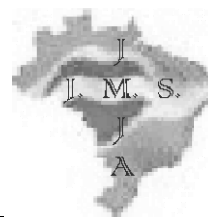


ENTRE A JUSTIÇA E A ORDEM: a
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Hélio Silvio Ourém Campos



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

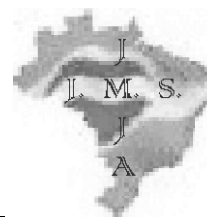


ENTRE A JUSTIÇA E A ORDEM:
a CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

À MINHA AVÓ (*em memória*), AOS MEUS FILHOS E AOS MEUS PAIS.



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



CITAÇÕES E ABREVIATURAS

1. Os textos históricos citados pretenderam observar a grafia da época em que foram escritos.
2. As abreviaturas, em seguida, vão em ordem alfabética.
3. As eventuais adaptações que fiz pretenderam evitar sobreposições.
4. Os dispositivos citados do Código Civil brasileiro referem-se ao de janeiro de 1916, com todas as modificações posteriores, realizadas quer pela Constituição brasileira de outubro de 1988, quer pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quer pelo Código de Defesa do Consumidor, e demais legislações esparsas. Assim procedi, pois o “*Novo Código Civil*”¹ ainda não entrou em vigor; o que só ocorrerá, provavelmente, em 2.003.
5. Os dispositivos citados do Código Tributário Nacional estão atualizados até setembro de 2.001.

A

ABDF- Associação Brasileira de Direito Financeiro

ac. - acórdão

AC - apelação cível

AComp- Ato Complementar

¹ NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO/ 2.001- texto proposto e consolidado pelo Relator Geral na Câmara - (incluindo as adequações constitucionais e legais feitas ao texto aprovado pelo Senado, conforme determinado pelo art. 1º da Resolução nº 01, de 2.000 – Congresso Nacional). O Projeto aprovado pela Câmara deve voltar para a Comissão Especial a efeito de receber a redação final. Depois, vai ao Plenário para nova votação. Após, seguirá para a sanção do Presidente da República. Passados dois anos da sanção presidencial, provavelmente em 2.003, entrará em vigor, embora esteja recebendo inúmeras críticas da comunidade jurídica, entre elas a da ausência de dispositivos sobre: a determinação da paternidade por meio do exame de DNA, a locação de útero, a clonagem, a união civil entre pessoas do mesmo sexo, etc.



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



ACP - ação civil pública

ADC - ação declaratória de constitucionalidade

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIn - ação direta de inconstitucionalidade

AEA- American Economic Association

AER- American Economic Review

AF- Arquivo Financeiro

AFP- Annales de Finances Publiques

AFRMM- adicional ao frete para a renovação da marinha mercante

AG - Amtsgericht (Tribunal local)

Ag - Agravo de instrumento

AgPt - agravo de petição

AgRg - agravo regimental

AgRt - agravo retido

AGU - Advogado Geral da União; Advocacia Geral da União

AI - ato institucional

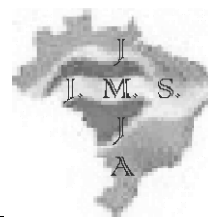
AIR- adicional ao imposto de renda

Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (periódico)

ALALC- Aliança Latino-Americana de Livre Comércio



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



ALCA- Área de Livre Comércio das Américas

AMJ - Arquivos do Ministério da Justiça (periódico)

AMS - Apelação em mandado de segurança

Ap - apelação

Ap. crim. - Apelação Criminal

AR - ação rescisória

art. - artigo

ATP- adicional de tarifa portuária

B

BACEN - Banco Central do Brasil

BDA - Boletim de Direito Administrativo (periódico)

BFDUC - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (periódico)

BGB - Burgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)

BGBI - Bundesgesetzblatt (Diário Oficial Federal Alemão)

BGH - Bundesgerichtshof (Superior Tribunal Federal da RFA)

BGHZ - Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Decisões do Superior Tribunal Federal da Alemanha em matéria civil) (periódico) (Carl Heymanns Verlag)

BID- Banco Interamericano de Desenvolvimento



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



BIRD- Banco Mundial

BNDES- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

BRD - Bundesrepublik Deutschland (República Federal da Alemanha)

BVerfG - Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da RFA)

BVerfGE - Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões do Tribunal Constitucional Federal da RFA) (periódico) (J.C.B.Mohr)

C

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAG - Código de Águas (D 24643/34)

Câm. - Câmara

Can. - Cânone (artigo do CDCan)

Cap. - capítulo

CAt - conflito de atribuições

CBA - Código Brasileiro de Aeronáutica (L 7565/86)

c/c - combinado com

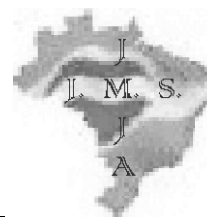
CC - Código Civil (L 3071/16)

CCom - Código Comercial (L 556/1850)

CComp - conflito de competência



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



CDC - Código de Defesa do Consumidor (L 8078/90)

CDCan - Código de Direito Canônico (promulgado em 25 de janeiro de 1983 pelo Papa João Paulo II) (em vigor desde 27.11.1983)

CDCCP - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (periódico) (RT)

CDTFP - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas (periódico) (RT)

CodEI - Código Eleitoral (L 4737/65)

CEE- Comunidade Econômica Européia

CEP - Código de Ética Profissional (dos advogados)

CEPAL- Comissão de Estudos para a América Latina

CF - Constituição Federal (CF de 5.10.1988)

cf. - conforme

CGR - Consultor Geral da República

cit. - citado; citação

civ. - civil; cível

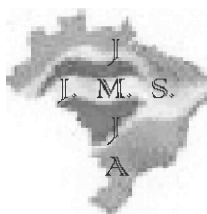
CJ - Ciência Jurídica (periódico)

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (DL 5452/43)

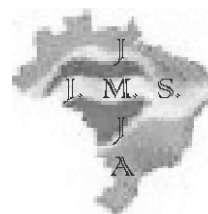
Codex - Código de Justiniano

COFIS- contribuição para o financiamento da seguridade social

Coment. - Comentários



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



const. - Constituição; constitucional

CP - Código Penal (DL 2848/40)

CPMF- contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira

CPC - Código de Processo Civil (L 5869/73)

CPC/39 - Código de Processo Civil de 1939 (DL 1608/39)

CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito (federal)

CPInd - Código da Propriedade industrial (L 5772/71) - Revogado expressamente pela LPI (Lei da Propriedade Industrial - L 9279, de 14.5.1996, DOU 15.5.1996, p. 8353)

CPP - Código de Processo Penal (DL 3689/41)

CSLL- contribuição social sobre o lucro líquido

CSM - Conselho Superior da Magistratura

CSMP - Conselho Superior do Ministério Público

CTB - Código de Trânsito Brasileiro (L 9503/97)

CTN - Código Tributário Nacional (L 5172/66)

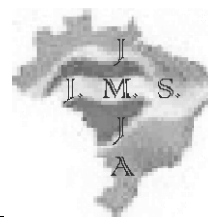
CUT- Central Única do Trabalhador

CVM - Comissão de Valores Mobiliários

D



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



D - decreto

DARF- Documento de Arrecadação de Receitas Federais

DASP- Departamento Administrativo de Serviço Público

d.C. - depois de Cristo

DC - Revista de Direito do Consumidor (periódico) (RT)

DDR - Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemã)

Dec-Lei- Decreto-Lei

Dep. - Deputado

Des. - Desembargador

Dig. - Digesto de Justiniano

Dig.Civ. - *Digesto delle discipline privatistiche* (UTET) (4ª ed. do *Digesto Italiano*) (seção de Direito Civil e Direito Processual Civil) (citação: autor, verbete, volume, página)

Dig.Comm. - *Digesto delle discipline privatistiche* (UTET) (4ª ed. do *Digesto Italiano*) (seção de Direito Comercial) (citação: autor, verbete, volume, página)

Dig.Pen. - *Digesto delle discipline privatistiche* (UTET) (4ª ed. do *Digesto Italiano*) (seção de Direito Penal) (citação: autor, verbete, volume, página)

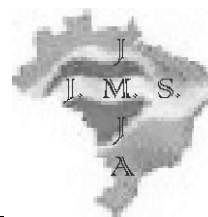
Dig.Proc. - *Digesto de Processo*, 5 vols., Forense, RJ, 1980/1988 (obra coletiva citada por autor, verbete, volume do *Digesto* e página)

Dig.Pubb. - *Digesto delle discipline privatistiche* (UTET) (4ª ed. do *Digesto Italiano*) (seção de Direito Público) (citação: autor, verbete, volume, página)

DJU - Diário Oficial da Justiça da União



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



DL - decreto-lei

DLeg - decreto legislativo

DOE - Diário Oficial do Estado (citação: abreviatura seguida da sigla do Estado)

DOU - Diário Oficial da União

DRiG - Deutschcs Richtergesctz (Lei Orgânica da Magistratura Alemã)

E

EAC - embargos em apelação cível

EAR - embargos em ação rescisória

EC - Emenda Constitucional

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8069/90)

ECR - Emenda Constitucional de Revisão

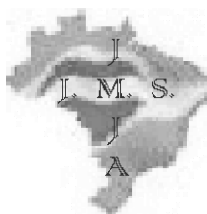
ed. - edição

EDcl - embargos de declaração

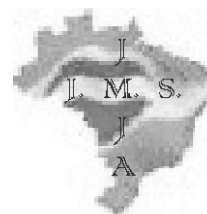
EDiv - embargos de divergência

e.g. - *exempli gratia*

EGBGB - Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Lei de Introdução ao Código Civil Alemão)



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



EGZPO - Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (Lei de Introdução à Ordenança Processual Civil Alemã)

EI - embargos infringentes

EJ - Estudos Jurídicos (periódico)

ELETROBRÁS- Centrais Elétricas Brasileiras

em. - ementa; ementário

EmentSTJ - Ementário da Jurisprudência do STJ (periódico) (citação: volume, n. da ementa e página)

Emp. Comp.- empréstimo compulsório

EmReg - emenda regimental

EOAB - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (L 8906/94)

ERE - embargos em recurso extraordinário

EReO - embargos em remessa oficial (*ex officio*)

ESD - *Enciclopédia Saraiva de Direito* (Saraiva) (obra coletiva) (citação: autor, verbete, volume, página)

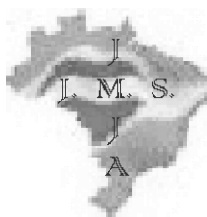
est. - estadual

Est. - Estudos

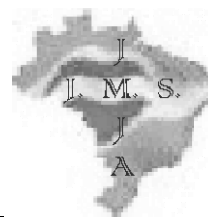
ET - Estatuto da Terra (L 4504/64)

EUA- Estados Unidos da América

ExInc - exceção de incompetência



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



ExImp - exceção de impedimento

ExSusp - exceção de suspeição

ExVerd - exceção da verdade

F

fed. - federal

FGG - Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Lei sobre os assuntos de jurisdição voluntária da RFA)

FGTS- Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

FGV- Fundação Getúlio Vargas

FINSOCIAL- imposto de financiamento da seguridade social

FNT- Fundo Nacional de Telecomunicações

FOB- Free on Board

FPE- fundo de participação dos estados

FPM- fundo de participação dos municípios

FUNRURAL- Fundo Rural

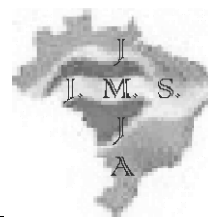
G

Gaio - Institutas de Gaio

GATT- General Agreement on Tariffs and Trade



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



GenesisProc - Genesis Revista de Direito Processual Civil (periódico) (Ed. Genesis)

GG - Grundgesetz (Lei Fundamental da RFA)

GmSOGB - Genicisamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Câmara Comum dos mais altos Tribunais da Federação da RFA)

GVG - Gerichtsverfassungsgesetz (Lei de Organização Judiciária Alemã)

H

HC - *habeas corpus*

HD - *habeas data*

I

IAA- Instituto do Açúcar e do Alcool

IAPAS- Instituto de Assistência e Previdência Social

IBC- Instituto Brasileiro do Café

IBDF- Instituto Brasileiro de Direito Financeiro

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IC - inquérito civil

ICM- imposto de circulação de mercadorias



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



ICMD- imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos

ICMS- imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

ID-Doutrina - Doutrina (periódico editado pelo Instituto de Direito. RJ-RJ)

IE- imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados

IF - intervenção federal

IGF- imposto sobre grandes fortunas

II – Imposto sobre importação de produtos estrangeiros

IIFP- Institut International de Finances Publiques

IIP- imposto de indústria e profissões

INAMPS- Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social

INCRA- Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial

INPS- Instituto Nacional de Previdência Social

Inq. - inquérito

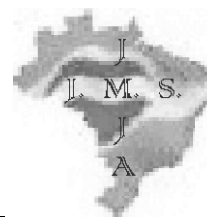
INSS- Instituto Nacional de Seguridade Social

Inst. - Institutas de Justiniano

Instit. - Instituições



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



IOB - Informações Objetivas (boletim de jurisprudência)

IOF- imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários

IP - inquérito policial

IPI- imposto sobre produtos industrializados

IPMF- imposto provisório sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira

IPTU- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana

IPVA- imposto sobre a propriedade de veículos automotores

IR- imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza

IRPJ- imposto de renda de pessoa jurídica

ISS- imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no ICMS

ITBI- imposto sobre a transmissão “*inter vivos*”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição

ITR- imposto sobre a propriedade territorial rural

IVA- imposto sobre valores adicionados

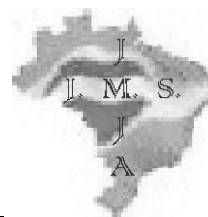
IVC- imposto de vendas e consignações

IVV- imposto de vendas a varejo

IVVC- imposto de vendas a varejo de combustíveis



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



J

j. - julgado em

JB - Jurisprudência Brasileira (periódico) (Juruá)

JSTF - Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Lex)

JSTJ - Lex-Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais (Lex) (citação: quando citada só abreviatura e página, refere-se a julgado do STJ; decisões dos TRFs: sigla do TRF, região, abreviatura, página. Exemplo: TRF-3ª-JSTJ 41/235)

JTACivSP - Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo (Lex do v. 1 ao 70; Saraiva do v. 71 ao 82; RT do v. 83 em diante)

JTACrimSP - Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (periódico) (Lex)

JTFR - Lex-Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos (periódico) (Lex Editora)

JuS - Juristische Schulung (Formação Jurídica) (periódico) (Beck)

Just. - Revista *Justitia*, órgão oficial do Ministério Público de São Paulo (periódico)

JZ - Juristenzeitung (Jornal dos Juristas) (periódico) (J.C.B.Mohr)

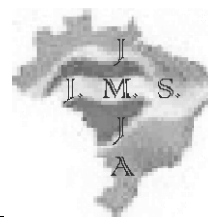
K

KO - Konkursordnung (Lei de Falências e Insolvência Civil Alemã)

L



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



L - Lei (federal)

LA - Lei de Alimentos (L 5478/68)

LACP - Lei da Ação Civil Pública (L 7347/85)

LAD - Lei das Ações Discriminatórias (L 6383/76)

LADIn - Lei que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade (L 4337/64)

LAF - Lei das Alienações Fiduciárias (DL 911/69)

LAJ - Lei de Assistência Judiciária (L 1060/50)

LAP - Lei da Ação Popular (L 4717/65)

LArb - Lei da Arbitragem (L 9307/96)

LAT - Lei Antitruste (Lei do Abuso do Poder Econômico) (L 8884/94)

LC - Lei Complementar

LCM - Lei da Correção Monetária (L 6899/81)

LCP - Lei das Contravenções Penais (DL 3688/41)

LD - Lei das Desapropriações (DL 3365/41)

LDA - Lei de Direitos Autorais (L 9610/98)

LDC - Lei de Defesa da Concorrência (L 8158/91)

LDel - Lei Delegada



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



LDepInf - Lei do Depositário Infiel (L 8866/94)

LDi - Lei do Divórcio (L 6515/77)

LDP - Lei da Defensoria Pública (LC 80/94)

LDRA - Lei de Desapropriação de Imóvel Rural para fins de Reforma Agrária (LC 76/93)

LDup - Lei das Duplicatas (L 5474/68))

LECCI - Lei de Execução de Cédula de Crédito Industrial (DL 413/69)

LECCR - Lei de Execução de Cédula de Crédito Rural (DL 167/67)

LECH - Lei de Execução de Cédula Hipotecária (DL 70/66)

LEF - Lei de Execução Fiscal (L 6830/80)

LEG - Lei de Engenharia Genética (L 8974/95)

LEH - Lei de Execução Hipotecária (L 5741/71)

LEP - Lei de Economia Popular (L 1521/51)

LExP - Lei de Execução Penal (L 7210/84)

LF - Lei de Falências (DL 7661/45)

LG - Landgericht (Tribunal regional)

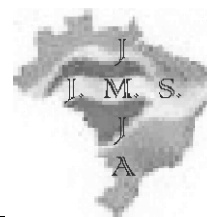
LHD - Lei do *Habeas Data* (L 9507/97)

LI - Lei do Inquilinato (L 8245/91)

LIA - Lei da Improbidade Administrativa (L 8429/92)



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



LICC - Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4657/42)

LIT - Lei das Interceptações Telefônicas (L 9296/96)

***Litis* - Revista Trimestral de Direito Processual (periódico) (vs. 1 a 4, 1974 a 1976)**

LJE - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (L 9099/95) (v. LPC - L 7244/84)

LLE - Lei da Intervenção e Liquidações Extrajudiciais de Instituições Financeiras (L 6024/74)

LLic - Lei de Licitações (L 8666/93)

LLMP - Lei da Liberdade de Manifestação do Pensamento (L 5250/67)

LMC - Lei de Medidas Cautelares (L 8437/92)

LMCF - Lei da Medida Cautelar Fiscal (L 8397/92)

LMS - Lei do Mandado de Segurança (L 1533/51)

LNB - Lei da Nacionalidade Brasileira (L 818/49)

LOAGU - Lei Orgânica da Advocacia Geral da União (LC 73/93)

LOJF - Lei de Organização da Justiça Federal (L 5010/66)

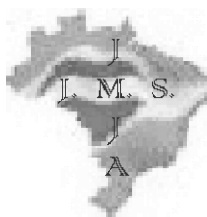
LOM - Lei Orgânica do Município

LOMN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79)

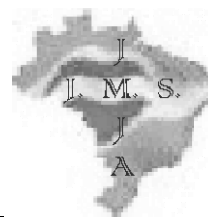
LOMP - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (L 8625/93)

LOMPU - Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75/93)

LPA - Lei do Processo Administrativo Federal (L 9784/99)



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



LPBPS - Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social (L 82 13/91)

LPC - Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (L 7244/84) (revogada pela LJE - L 9099/95)

LPF - Lei do Planejamento Familiar (L 9263/96)

LPI - Lei da Propriedade Industrial (L 9279/96) (Revogou expressamente o Código da Propriedade Industrial - L 5772/71)

LPNMA - Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (L 6938/81)

LPS - Lei do Parcelamento do Solo (L 6766/79)

LR - Lei que regula o procedimento dos recursos extraordinário e especial (L 8038/90)

LRP - Lei dos Registros Públicos (L 6015/73)

LSA - Lei das Sociedades por Ações (Lei das SA) (L 6404/76)

LUnEst - Lei da União Estável (L 9278/96)

LTN- Letras do Tesouro Nacional

LTRF - Lei sobre os Tribunais Regionais Federais (L 7727/89)

LUE - Lei do Usucapião Especial (L 6969/81)

M

MI - mandado de injunção

Min. - Ministro

MP - Ministério Público



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



MS - mandado de segurança

***MunchKommBGB* - *Müjuchener Konzrntent* zum *Bürgerlichen Gesetzbuch* ("Comentário de Munique sobre o Código Civil Alemão (BGB)"), 3ª ed., 10 vs., Beck, München, a partir de 1992 - Obra coletiva (citado: v., autor, § do BGB, n. e pág.)**

***MunchKommZPO* - *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung* ("Comentário de Munique sobre a Ordenança Processual Civil Alemã (ZPO)"), 3 vs., Beck, München, 1992 - Obra coletiva (citado: v., autor, § da ZPO, n. e pág.)**

m.v. - maioria de votos

N

nº - número

O

ob. - obra

obs. - observação

OCDE- Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico da Comunidade Européia

OEA- Organização dos Estados Americanos

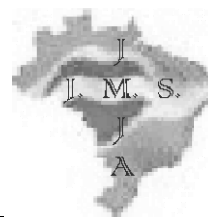
OIT- Organização Internacional do Trabalho

OLG - Oberlandesgericht (Tribunal Estadual Superior)

OMC- Organização Mundial do Comércio



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



ONU- Organização das Nações Unidas

Ord. Afons. - Ordenações Afonsinas

Ord. Fil. - Ordenações Filipinas

Ord. Man. - Ordenações Manuelinas

org.jud. - organização judiciária

ORTN- Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional

P

p. ou pg. - página

PA - processo administrativo

PASEP- programa de formação do patrimônio do servidor público

§ ou par. - parágrafo

Par.Ún. - Parágrafo Único

PE- Pernambuco

PETROBRÁS- Petróleo Brasileiro S.A

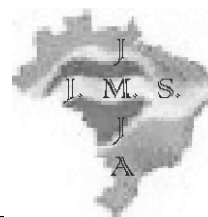
PIS- programa ou plano de integração social

pp. - páginas

proc. - processo; processual



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



Prov. - provimento

Q

quest. - questões

R

R\$- Real (moeda brasileira)

RBDP - Revista Brasileira de Direito Processual (periódico) (Forense) (vs. 1 a 58, 1975 a 1988)

RCADE - Revista do CADE (periódico)

RCDC - Regulamento do Código de Defesa do Consumidor (D 2181, de 20.3.1997)

RCJF - Regimento de Custas da Justiça Federal (L 9289/96)

Recl. - reclamação

RDA - Revista de Direito Administrativo (periódico) (FGV)

RDE - Revista de Direito Econômico (periódico)

RDFHP- Revista de Derecho Financiero y Hacienda Publica

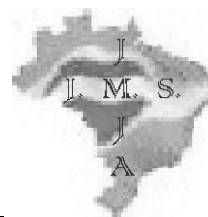
RDFSF- Rivista di Diritto Finanziario e Scienza della Finanza

RDP - Revista de Direito Público (periódico) (RT) (ns. 1 a 100, 1967 a 1991)

RDPC - Revista de Direito Processual Civil (periódico) (Saraiva) (vs. 1 a 6, 1960 a 1967)



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



RDPn - Revista de Direito Penal (periódico) (RT - Forense)

RDSF- Rivista di Diritto e Scienza delle Finanze

RDT- Rivista di Diritto Tributario

RDTTr - Revista de Direito Tributário (periódico) (RT)

RE - recurso extraordinário

Rec. - Recurso

rel. - relator, relatora

Renovar - Revista de Direito Renovar (periódico) (Ed. Renovar Ltda.)

REO - remessa *ex officio*

Res. - resolução

REsp - recurso especial

Rev.Der.Proc. - Revista de Derecho Procesal (Edersa, Madrid)

RF - Revista Forense (periódico) (Forense)

RFA - República Federal da Alemanha

RFDDD - Regulamento do Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos e Coletivos (D 1306/94) (v. CFDDD)

RFDUL- Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RHC - recurso ordinário em *habeas corpus*

RHD - recurso ordinário em *habeas data*



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



RIAB - Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros

RIDF- Rivista Italiana di Diritto Finanziario

RIL - Revista de Informação Legislativa (periódico) (Senado Federal)

RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

Riv.Dir.Civ. - *Rivista di Diritto Civile* (periódico) (Cedam)

Riv.Dir.Proc. - *Rivista di Diritto Processuale* (periódico) (Cedam)

Riv.Dir.Proc.Civ. - *Rivista di Diritto Processuale Civile* (periódico) (Cedam)

Riv.Trim.Dir.Proc.Civ. - *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (periódico) (Giuffrè)

RJ - Revista Jurídica (periódico) (Porto Alegre)

RJE - Revista de Jurisprudência Escolhida (Revista do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo) (periódico)

RJLEMI - Revista Jurídica LEMI (periódico)

RJTJE - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça dos Estados (periódico) (Vellenich)

RJTJRJ - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (periódico)

RJTJRS - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (periódico)

RMI - recurso ordinário em mandado de injunção



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



RMS - recurso em mandado de segurança

ROAB - Revista da OAB (Conselho Federal) (periódico)

ROABRJ - Revista da OAB do Rio de Janeiro (periódico)

ROABSP - Revista da OAB de São Paulo (periódico)

ROC - recurso ordinário constitucional

Rp - representação

RPGR - Revista da Procuradoria Geral da República (periódico) (RT)

RPS - Revista da Previdência Social (periódico) (Ed. LTr)

RR - recurso de revista

RSTJ - Revista do Superior Tribunal de Justiça (periódico)

RT - Revista dos Tribunais (periódico) (RT)

RTCMSP - Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (periódico)

RTCSP - Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (periódico)

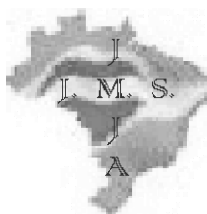
RTCU - Revista do Tribunal de Contas da União (periódico)

RTDP - Revista Trimestral de Direito Público (periódico) (Malheiros)

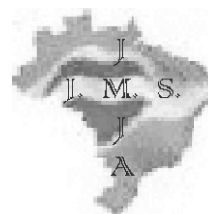
RTER - Revista do Tribunal Federal de Recursos (periódico) (Lex)

RTInf - RT Informa (boletim da Revista dos Tribunais)

RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



RTJE - Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (periódico)

RTRF-3ª - Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo) (periódico)

RvCr - revisão criminal

S

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

SE - sentença estrangeira

seç. – seção

Sen. - Senador

s/n - sem número

SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial

SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

SERPRO- Serviço Federal de Processamento de Dados da União

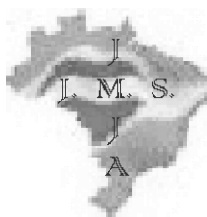
SESC – Serviço Social do Comércio

SESI – Serviço Social da Indústria

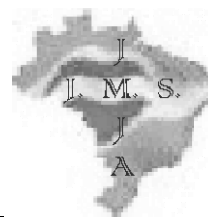
SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

SNDC - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

SNDE - Secretaria Nacional de Direito Econômico



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



SRF – Secretaria da Receita Federal

ss. - seguintes

SS - suspensão de segurança

ST - Revista Síntese Trabalhista (periódico) (Ed. Síntese)

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

StGB - Strafgesetzbuch (Código Penal)

STN- Sistema Tributário Nacional

StPO - Strafprozeßordnung (Ordenança Processual Penal)

SUDAM- Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia

SUDECO- Superintendência de Desenvolvimento do Centro-Oeste

SUDENE- Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste

Súm.- Súmula

SUS- Sistema Único de Saúde

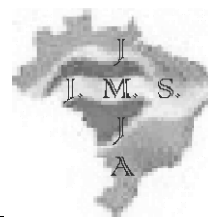
T

T - Turma

t. - tomo



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



TA - Tribunal de Alçada

tb. - também

TCE- Tribunal de Contas do Estado

TCU- Tribunal de Contas da União

TFR - Tribunal Federal de Recursos

TIPI- Tabela de imposto sobre produtos industrializados

Tít. - título

TJ - Tribunal de Justiça

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

trad. - tradução; tradutor

Trat. - Tratado

TRF - Tribunal Regional Federal (citação: abreviatura seguida da região. Exemplo: TRF-3ª)

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

Trib.- tributário ou tributo

ts. - tomos

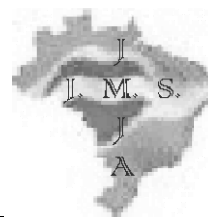
TSE - Tribunal Superior Eleitoral

TST - Tribunal Superior do Trabalho

U



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



UJur - uniformização da jurisprudência

ult. - ulterior; ulteriormente

un. - unânime; único

UNESCO- Órgão das Nações Unidas que trata dos aspectos econômicos, sociais e culturais

URSS- antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

USA- Estados Unidos da América do Norte

US\$- dólar

V

v. - ver; veja; volume

VerbrKrG - Verbrauchercreditgesetz (Lei alemã sobre crédito ao consumidor, de 17.12.1990)

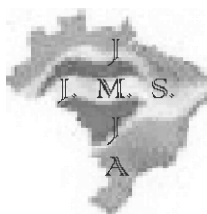
v.g. - *verbi gratia*

Vox - *Vox Legis* (periódico)

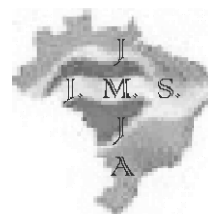
vs. - volumes

v.u. - votação unânime

Z



CITAÇÕES E ABREVIATURAS



ZPO - Zivilprozeßordnung (Ordenança Processual Civil)

ZPR - Zivilprozeßrecht (Direito Processual Civil)

ZdZP - Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (Revista do Processo Civil Alemão) (periódico) (Carl Heymanns Verlag)

ZZP - Zeitschrift für Zivilprozeß (Revista de Processo Civil) (periódico) (Carl Heymanns Verlag)

INTRODUÇÃO GERAL



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



Dialogar com o silêncio. Compatibilizar um raciocínio sistêmico fortalecido com exemplos tópicos. Uma relação de complementariedade e de não exclusão entre estas duas formas de pensar o direito.

Acreditava, como ainda acredito, que o direito de um Estado não se encontra no vácuo, sendo preciso confrontá-lo com a realidade. Pretendi ser profundo na análise dos problemas que se foram apresentando no curso das minhas investigações, dentro de uma linha de simplicidade, e evitando a vaguidade.

De acordo com estes objetivos iniciais, procurei aproximar a Academia do Parlamento, demonstrando de perto o processo legislativo; o que me fez acautelar contra alguns equívocos históricos tão largamente difundidos pela doutrina brasileira.

Um exemplo do que digo é o de que, ainda hoje, há quem pense que as medidas provisórias foram feitas para um parlamentarismo que não veio. Ora, o resgate do processo constituinte permite concluir que foi uma Emenda presidencialista que consagrou a medida provisória no Texto Constitucional brasileiro de 1988.

Também no resgate da prática parlamentar para o discurso acadêmico, verifiquei o enfraquecimento, ou mesmo a queda, do bicameralismo na Federação brasileira; a apresentação do Estado como o maior predador da previdência pública - haja vista a prática arrecadatória da COFIS – Contribuição para o financiamento da Seguridade Social e da CSLL – Contribuição social sobre o lucro líquido, bem como a constante inadimplência dos Municípios para com a previdência dos seus próprios servidores; a questão da dolarização da Argentina – que, em princípio, não pôde ser resolvida pelo processo legislativo ordinário; as deficiências da reforma constitucional das medidas provisórias, etc.

Outra matéria na qual procurei aprofundar as pesquisas foi a do mais adequado âmbito material dos Decretos presidenciais brasileiros, haja vista que a memória histórica aponta que a atual Constituição do Brasil retirou espaços que, habitualmente, eram conferidos para eles, pois havia, no final dos anos oitenta, uma certa revolta contra o Poder Executivo, uma revolta contra os Governos militares.

Quanto ao direito comparado, procurei identificar o instituto das medidas provisórias primeiramente de acordo com a realidade nacional, para, em seguida, tomar em conta o sistema de governo (presidencialismo, parlamentarismo e sistemas híbridos); isto porque, ao menos de alguma maneira, nos sistemas com características parlamentares, a



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



não conversão das medidas provisórias, ou as suas similares estrangeiras, podem provocar um início do processo de queda do próprio Governo; o que, efetivamente, não ocorre no Brasil.

De fato, ressaltando esta preliminar, fui verificando um abrandamento na análise dos requisitos de admissibilidade para os atos legislativos provenientes do Poder Executivo na Europa.

A questão, contudo, que se colocava era: isto também deveria ocorrer no Brasil?

Mais: seriam as medidas provisórias brasileiras legislações típicas de um verdadeiro estado de necessidade legislativo? A reforma do instituto, no Brasil, deveria fazê-las caminhar para uma via de legislatura comum e não excepcional?

Todas estas indagações foram feitas nos espaços social e político brasileiros, evitando que se perdessem em abstrações teoréticas sem base.

Durante todo o tempo, procurei não confundir hierarquia normativa com efetividade, de onde não apenas me resumi ao processo de reforma constitucional, ou manutenção do texto vigente, procurando estudar as regulamentações sub-constitucionais que vêm sendo propostas.

O fato de se tratar de um tema tão polêmico não evitou que fixasse bases concretas para o que defendia, como, por exemplo, quando insisto em algumas linhas de conduta normativa:

1. é preciso evitar a prejudicial incompatibilidade entre a incidência excessiva de tributos e a oferta de empregos, não sendo razoável tributar vorazmente a folha de salários², e, de maneira suave, a receita financeira, ainda que de entidades não

² No Brasil, incidem sobre a folha de salário: Contribuição previdenciária (20% para a maioria das empresas), Seguro de Acidente de Trabalho (1%, 2% ou 3%, de acordo com os graus de risco da atividade da empresa, definidos no Decreto nº 3.048/99), Sistemas “S” (Senai, Sesi, Senac, Sesc, Sebrae. Em geral, 2,5%, variando de acordo com a atividade da empresa, com adicional de 0,3%, ou 0,6% para o Sebrae), Contribuição do Instituto de Colonização e Reforma Agrária (em geral, 0,2%, variando conforme a atividade da empresa), Salário Educação (2,5%). Fonte: Ministério da



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



- financeiras. Não se trata de perseguir o capital, mas apenas de prestigiar o emprego e o trabalho;
2. “*cargo público não santifica ninguém*”. Há pessoas sérias e não tão sérias, quer do lado da Administração, quer do lado dos contribuintes ou responsáveis tributários. Dentro deste raciocínio, não se embute espaços para a sonegação; mas a necessidade de uma efetiva fiscalização e execução tributárias, respeitando os direitos e as garantias fundamentais;
 3. o direito constitucional tributário merece ter em conta as suas implicações nos diferentes ramos jurídicos em conexão com ele. Por isto, o direito penal, o processual penal, o processual civil, o administrativo, o civil, etc;
 4. o índice de desenvolvimento humano não pode, nem deve, ser um fator pouco importante para a construção de qualquer sistema jurídico;
 5. a organização dos Poderes políticos brasileiros não se trata de um esquema estanque, sendo possível atividades típicas e atípicas para qualquer deles. A busca de espaços de poder é algo que merece uma constante reflexão, estando aí inseridas as medidas provisórias presidenciais.

Não foi uma tarefa fácil procurar concluir alguma coisa que contribuísse para o fornecimento de elementos de debate em torno de uma melhor instrumentalização jurídica que, de algum modo, apontasse no sentido de uma certa estabilidade para o Brasil.

Era isto o que me queria impor inicialmente.

Mas, com o decorrer do tempo, confirmei o que, hoje, parece-me evidente; pois o problema brasileiro não está na Constituição, nem mesmo na formulação abstrata da legislação sob o seu comando.

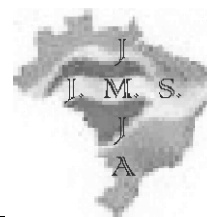
Talvez seja o caso de dizer que ele está nos fatos e nos valores predominantes nas altas esferas do Poder, que vão, pouco a pouco, ou abruptamente, corroendo as normas.

É preciso um Estado estável para que se produza um direito estável.

Previdência e Assistência Social. Base de cálculo: remuneração paga, devida ou creditada a segurados da Previdência Social.



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



Sendo o Brasil, em grande parte, uma sociedade receptora da influência de institutos muitas vezes projetados do pensamento filosófico-jurídico europeu, mesmo assim não é recomendável esquecer das condições e conjunturas da sua sociedade.

É, por isto, que as teorias estrangeiras, quando recepcionadas, terminam por desempenhar uma função interna não prevista; e, de tão original, divorciam-se das suas origens.

Quase sempre que surge alguma novidade teórica quer na Europa, quer nos Estados Unidos da América do Norte, ela termina rapidamente chegando ao Brasil, e formando alguns adeptos, que não poderiam menosprezar os riscos das transposições acríticas, que podem ser perigosas, pois as distintas exigências culturais impõem tranqüilidade e meditação.

Tudo isto pode parecer óbvio, mas se torna mais claro quando se funciona como um observador externo de um sistema dentro do qual sempre se viveu.

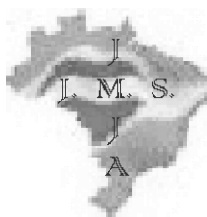
Muitas vezes, é preciso sair de casa para enxergar melhor as suas virtudes e os seus defeitos.

Foi o que busquei fazer.

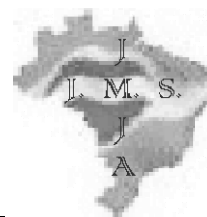
Não fechei o pensamento no Brasil, procurando recorrer, durante todo o curso da abordagem do objeto que escolhi, ao amparo de alguns autores estrangeiros, sobretudo os europeus; e, mais especialmente ainda, os portugueses.

Isto porque estou convencido de que, mesmo nas circunstâncias nacionais, os direitos estrangeiros podem ser úteis ao fornecerem possibilidades legislativas e sugestões ao intérprete-aplicador; o que vai de encontro ao chamado fenômeno da globalização, que vem aproximando os sistemas jurídicos.

Nesta busca plural de fontes, ative-me a uma questão central, que foi a da análise da Constituição brasileira de 1988 frente às suas expressões positivas do princípio da segurança jurídica.



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



Naturalmente, que, em um tema como este, aprofundei-me, com uma certa particularidade, em um campo que considero importante; e onde as questões mais se multiplicam, que é o tributário.

Como se sabe, no Brasil, há um chamado sistema tributário constitucional rígido; pois a estrutura principiológica detém, toda ela, presença na Constituição.

Portanto, no Brasil, não é possível estudar direito tributário sem que antes se forme uma boa base de direito constitucional.

O tema da segurança jurídica é um exemplo vivo do que falo.

Mas as garantias valem muito pouco, caso não se perquirir sobre a *efetividade do direito*.

O problema da aplicação das normas em um sistema é um passo importante, e que vai além do estudo da validade.

Por isto, a minha preocupação com a jurisprudência e com a sua evolução; às vezes, trôpega e vacilante.

Não abstraí a experiência jurídica concreta, colocando-a dentro da metodologia do pensamento sistemático.

Feitas estas considerações, esclareço que dividi “*A Constituição brasileira de 1988 e o Princípio da Segurança Jurídica no âmbito das medidas provisórias tributárias*” em oito Partes:

I. a atual Constituição do Brasil e o princípio da segurança jurídica – uma visão constitucional dos princípios tributários;

II. a segurança jurídica frente ao Estado de Direito no Brasil e o movimento de implantação do *orçamento participativo*;

III. a segurança jurídica frente às lacunas, aos silêncios eloqüentes (*reedição de medidas provisórias – texto originário*) e aos conceitos jurídicos indeterminados (*relevância e urgência*);



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



IV. a segurança jurídica e a inflação normativa frente ao princípio da responsabilidade fiscal;

V. o desenvolvimento globalizado e o princípio da segurança jurídica em face das “*leis descartáveis*” no Brasil, dando destaque, dentre outros subtemas, à possibilidade da tributação internacional do capital financeiro especulativo;

VI. as medidas provisórias na prática da experiência presidencialista brasileira e outros reflexos tributários;

VII. de 2.001 em diante;

VIII. as Teses e as Conclusões Gerais, acompanhadas do Quadro Sinóptico do Sistema Tributário brasileiro.

A primeira funcionou como uma espécie de Parte Geral ou subsidiária das demais.

Nela, comecei tratando dos motivos mais concretos que me levaram a escolher a minha questão central: a segurança e as suas expressões constitucionais.

A esta etapa chamei de *Brasil e A Realidade no Brasil*. Uma breve visão histórica do Estado, das Constituições e dos tributos.

Contextualizei o meu País, nos âmbitos interno e internacional, diante das constantes reformas constitucionais que vieram, e ainda estão por vir.

Procurando não ser cansativo ou monocórdico, tracei alguns horizontes sobre a história constitucional brasileira, particularmente no que se refere aos principais eventos de mudança.

Afinal, segurança não é fixidez, sendo possível a abertura e a mobilidade, no direito, sem que se perca o paradigma das linhas estruturais de continuidade.

Mas não vem sendo este o destino do Brasil, embora o desejo de estabilidade seja manifesto, no Texto Constitucional de outubro de 1988, quando clama, ao menos em vinte e quatro oportunidades, pela expressão *segurança*.



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



E, quando se repete tantas vezes uma mesma palavra, sublinha-se a sua importância, e o receio da sua ausência.

Em síntese, em um primeiro lançar de olhos, pareceu que, na Constituição, há segurança; onde não há é fora dela.

Visto isto, passei a estudar o que se deveria entender por *princípios*, e a importante dimensão que eles têm no sentido de dar unidade e adequabilidade à aplicação de um conjunto de regras.

Não esqueci de falar sobre o direito alternativo e sobre a posição que adoto frente a esta corrente do pensamento em meu País.

Uma *idéia base* que busquei desenvolver foi a de que, embora os valores se encontrem no campo da intuição emocional, é, porém, possível estudá-los em algumas *manifestações constitucionais objetivas*, tais como a irretroatividade, a anterioridade, a anualidade e outros princípios constitucionais tributários.

Foi a eles que chamei de expressões objetivas.

Tive um cuidado especial por distinguir entre a anterioridade e a anualidade, o que nem sempre vem sendo feito no Brasil; esclarecendo a conveniência da recuperação da anualidade no plano positivo.

Tratei, ainda, do denominado princípio da praticabilidade, mediante as suas expressões de presunção, padronização e simplificações em geral; atentando, especialmente, para a muito discutida substituição tributária.

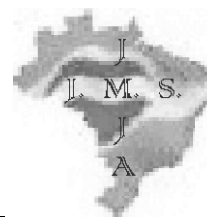
Quanto ao devido processo legal, procurei deixar claro que o direito é tarefa em construção tanto pela teoria; quanto, também, pela prática.

Aliás, nada é mais prático do que uma boa teoria.

Na segunda Parte, propus a educação cívica como uma pedra de toque para a cidadania; pois é no contexto do desenvolvimento cultural que se forma o cidadão.



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



A importância do cidadão dimensiona-se pela cultura em que ele está integrado.

Sob este raciocínio, procurei adaptá-lo ao Brasil e à sua atual Constituição, particularmente diante das constantes providências provisórias adotadas pelo Executivo nacional, incorporado em um sistema presidencialista de governo.

Fiz um estudo minudente sobre isto, procurando munir o leitor com o que há de mais atual no campo da produção dos trabalhos legislativos e das perspectivas que deles se anunciam (o orçamento participativo, por exemplo).

Aqui, o enquadramento constitucional dos vários Planos Econômicos não permitiu esquecer dos atropelos e desacertos, bem como da recapitulação de fatos históricos menos recentes; mas elucidativos de que *utilidade* e *imprescindibilidade* são expressões que não se confundem, quando, tranqüilamente, submetidas ao rigor da história.

Em que pese *segurança* e *mutabilidade* não serem possibilidades conflitantes, quando a velocidade de mudança implica em uma *inflação legislativa*, isto passa a preocupar; tal como vem ocorrendo no Brasil.

Aqui, lancei algumas sugestões que se não têm a pretensão de resolver o assunto, ao menos estruturam o debate, facilitando a sua condução.

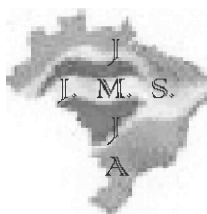
Quem convive com o sistema jurídico brasileiro sabe do que falo, e do permanente sentimento de ignorância sobre quais as normas que, realmente, estão em vigor.

Não desgarei para a polêmica pequenina, procurando a informação franca e aberta.

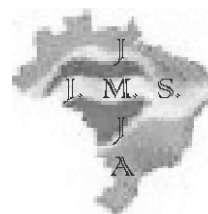
A terceira Parte destinei à filosofia em suas conexões com a dogmática.

Afinal, sem a dogmática qualquer debate termina por ser alheio ao Direito e à sua Ciência.

Não fui em busca do absoluto, ou de concepções metafísicas unitárias da vida e do mundo.



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



Não se trata, muito menos, de uma filosofia, meramente, acadêmica; mas de uma reflexão sobre a tábua de valores que fundamenta a ordem jurídica positiva brasileira.

Partidarizei-me com a visão tridimensional, computando, ao lado do fato e da norma, os valores; reconhecendo o equilíbrio instável que há entre eles três.

Contudo, para atender à estabilidade exigida pelo direito, em face dos conceitos jurídicos indeterminados, das lacunas, dos silêncios eloqüentes, dos tipos menos densos, etc., propus uma trilogia: *uniformidade – determinabilidade – segurança*.

A preocupação central com a seleção de um sistema de referência foi uma constante, dado que defendi que tudo depende do contexto, e as palavras, mesmo as mais simples, não são determinadas *a priori*.

Enfim, o direito não é um produto pronto em parte alguma, e o homem é, naturalmente, insatisfeito com aquilo que produz.

Mas, sem nenhuma segurança não há direito, nem bom, nem mal; talvez de espécie alguma.

Na quarta Parte, delineei algumas das maiores dificuldades que a inflação normativa vem provocando no Brasil, particularmente no campo da responsabilidade fiscal.

Talvez seja ela um dos principais pontos de afloramento de importantes mazelas do direito brasileiro, entendendo-se aí o problema do excesso de liminares, das dificuldades arrecadatórias, das discussões sobre a reforma do Poder Judiciário, etc.

Na quinta Parte, analisei o Brasil no mundo, demonstrando que é preciso ter limites até mesmo quando se busca capital externo nestes períodos de globalização.

Ética e desenvolvimento não são expressões contraditórias, e a estabilidade jurídica possui influência ponderável em ambas. Ainda aqui, sublinhei a necessidade de se discutir a respeito de uma tributação humanitária incidindo sobre o capital financeiro especulativo.

Na sexta Parte, investi o estudo e as conclusões anteriores no assunto: as medidas provisórias na prática da experiência presidencialista brasileira e outros reflexos tributários,



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



acompanhando a abordagem com um Quadro Sinóptico do Sistema Tributário Nacional e com outros Quadros gerais do nosso direito tributário, de maneira a facilitar a compreensão de tudo o que expus.

Aqui, aprofundei-me na experiência parlamentar, partindo da idéia de que ela e a acadêmica completam-se. Os esforços devem ser conjuntos.

Finalmente, na sétima Parte, tratei das expectativas por um direito novo, sobre cuja aplicação só o tempo dirá. Nesta etapa, acompanhei de perto tudo o que ocorria durante a Reforma, registrando mais um capítulo da história brasileira.

Encerro esta apresentação dizendo que tudo isto foi escrito entre Lisboa, Brasília e Recife, após um intenso esforço de pesquisa.

Espero que o resultado tenha sido um texto claro, e que, de algum modo, contribua para advertir sobre um tema em relação ao qual não encontrei paralelo específico de abordagem em meu País.

Não sei se a minha perspectiva foi inédita, e não busquei a novidade pela própria novidade.

De fato, colhi um assunto pragmaticamente importante, e que me deu motivação para escrever. Creio que produzi algo original e útil.

Foi uma viagem longa, não apenas no campo geográfico; mas também no tempo e no empenho que depus nesta peleja.

Passaram-se três anos desde que comecei a escrever, e rescrever, sobre aquilo que escolhi, em um certo dia de outubro de 1998, no meu gabinete, em Recife; quando, diante de centenas de processos, tinha de recomeçar a despachar.

A viagem para Lisboa era iminente, e, por uma questão de método, pus-me a pensar sobre o que de mais relevante mereceria a minha atenção.

De imediato, surgiu-me perguntar sobre o porquê de tão elevada contenciosidade.



TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



A resposta que me veio, naquela noite que já vai distante, foi esta: faltava estabilidade jurídica no Brasil. Era fundamental discutir sobre a organização do Estado (distribuição de competências) e sobre a organização dos Poderes (sistema de freios e contrapesos)³ no Brasil. Em suma, o Estado brasileiro ainda está carente de organização.

Daí para a escolha do tema, não demorou muito.

Pois bem, não escrevi nem a favor nem contra o direito brasileiro; mas sobre ele, apresentando, muitas vezes, sugestões de aperfeiçoamento abaixo de uma orientação progressiva que procurou, dentro do possível, a moderação.

A oportunidade desta matéria, creio que possa ser devidamente captada pelos profissionais do direito brasileiro (juízes, procuradores, promotores, advogados, etc), ou por aqueles que com o Brasil se importam, quer nos seus trabalhos diários, quer nas simples conversas que mantêm entre si.

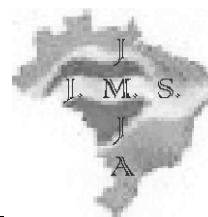
Foi com o desejo de ser útil que encontrei espaço para “*A Constituição brasileira de 1988 e o princípio da segurança jurídica no âmbito das medidas provisórias tributárias.*”

Este é o tema, e são estes os propósitos.

³ A medida provisória presidencial nada mais é do que um elemento dentro do universo da organização dos poderes políticos.

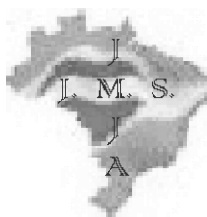


TÍTULO I. A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

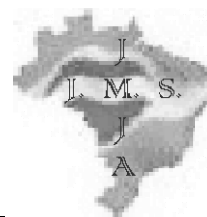


TÍTULO I

A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



NOÇÕES PRELIMINARES



NOÇÕES PRELIMINARES

“Apesar das advertências das Cortes Constituintes, a independência do Brasil tornou-se um dado adquirido, de tal modo que, ao entrar em vigor a Constituição de 1822 (23 de setembro), já o Brasil era um Estado independente (7 de setembro). Deste modo, as disposições constitucionais respeitantes ao Brasil nunca tiveram aplicação, porque, pode mesmo afirmar-se, a Constituição de 1822, quando entrou em vigor, já estava desactualizada e parcialmente derrogada pela evolução dos acontecimentos no Brasil. Por outro lado, a independência brasileira, ao pôr termo ao título imperial de D. João VI, surge como facto determinante de toda a história político-social portuguesa da 1ª metade do século XIX.” (OTERO. PAULO. O Brasil nas Cortes Constituintes Portuguesas de 1821-1822. Separata da Revista «O DIREITO». Ano 120.º. 1988, p. 450)

Normalmente, quando se recebe um viajante, há uma curiosidade recíproca entre aquele que está na terra e aquele que acaba de chegar.

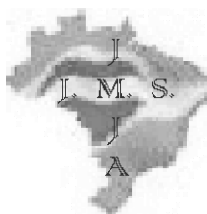
Mesmo havendo identidade nos idiomas, o que facilita bastante na comunicação entre ambos, seguramente surgirão termos desconhecidos, e outros cujos significados não coincidem.

Em situações como esta, é preciso boa vontade. Da parte de quem chega, pois precisa se adaptar aos novos costumes, e da parte de quem recebe, pois precisa ser compreensivo com alguns dos hábitos do forasteiro.

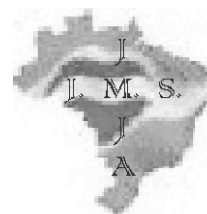
Pois bem, é nesta situação em que eu me encontro.

Um brasileiro em Portugal.

Quanto à escolha do tema, *“A atual Constituição do Brasil e o princípio da segurança jurídica – uma visão constitucional dos princípios tributários”*, decorreu de algumas razões, que declino.



NOÇÕES PRELIMINARES



Primeiro, porque, mesmo entre os mais experientes profissionais da área jurídica, em meu País, verifico uma grave incerteza sobre o que efetivamente continua em vigor em termos legais. Corre-se, sempre, o risco de se estar citando alguma norma revogada, inclusive constitucional.

Depois, porque isto chegou a um tal ponto, que já aparecem, em tom de gracejo, as perguntas: qual a última Emenda Constitucional promulgada? qual a última medida provisória? e aquela medida ainda continua em vigor?

E não é só entre os profissionais de direito que o alarme já soou, pois entre os de outras áreas afins, os livreiros jurídicos por exemplo, há os que confidenciam que estão vendendo muito pouco a Constituição. Motivo: mesmo os estudantes graduandos não se arriscam a comprar o Texto, dado a instabilidade provocada pelas constantes reformas.

Está havendo um verdadeiro desmonte constitucional.

As medidas provisórias até pareciam uma revista mensal, pois se renovavam mês a mês. Deixou-se de lado a numeração (1, 2, 3, etc), e se passou a acrescentar ao número uma letra, para com isto dar a impressão de que não são tantas assim, ficando: 1-a, 1-b, 1-c, etc.

Mesmo a coisa julgada material⁴, quando a decisão for contrária ao Estado, não traz grande estabilidade, dado que, ultimamente, as ações rescisórias vêm sendo usadas

⁴ 1. Bastante peculiar é o relato do Ministro NELSON JOBIM, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao destrinçar um vínculo entre a coisa julgada, o crime de lavagem de dinheiro, o narcotráfico e os paraísos fiscais. Nas palavras do Ministro (*iter criminis*): “Em determinado momento, uma das fórmulas utilizadas, principalmente nos anos 80 e 90, foi a coisa julgada. Os senhores desembargadores federais sabem que a coisa julgada é quase um mito dentro da nossa atividade jurisdicional. Os narcotraficantes usaram dos nossos mitos para esse fim: os valores oriundos do narcotráfico eram depositados num paraíso fiscal. Aí a empresa dos narcotraficantes europeus fazia o lançamento de um grande empreendimento imobiliário, principalmente no Mediterrâneo, de um resort a ser construído nesse balneário, e obtinha o financiamento para as obras em um banco de Paris, com a garantia do banco de Cayman. Imediatamente após, iniciavam-se as obras, passava-se um ano de fluxo normal do financiamento de 200, 400 milhões, o banco liberava 30 milhões, e rompia o contrato, após a liberação. A empresa recorria ao Judiciário francês e ajuizava uma ação de indenização civil por lucros cessantes. A ação era julgada procedente e o banco condenado a indenizar a empresa em 370 milhões de dólares, exatamente os valores que remanesciam no banco de Cayman, que já havia se articulado com o banco francês. Assim, o banco francês pagava, depositava o dinheiro em juízo, e a empresa entrava na economia formal européia com 370 milhões de dólares, oriundos da execução de uma sentença condenatória civil, transitada em julgado. Ou seja, o dinheiro ilícito era lavado pela atividade judiciária



NOÇÕES PRELIMINARES



como um “*super-recurso*”, conforme alguns Acórdãos já a estão chamando. Quanto ao prazo para a sua interposição, e por medida provisória, tentou-se duplicá-lo, passando de dois para quatro anos.

Pois bem, neste intervalo histórico, está-se a falar em Súmula com efeito vinculante. É esperar para ver.

Feito este primeiro relato, esclareço que desenvolvi esta Primeira Parte dividindo-a na exposição dos seguintes temas.

Inicialmente, tratei do Brasil, indicando alguns dados que demonstram as grandezas e as dificuldades do País.

Depois, tratei das 24 (vinte e quatro) oportunidades em que a Constituição referiu-se ao termo **segurança**.

Em seguida, fiz uma abordagem sobre o que vem a ser um princípio.

No final, tracei conexões entre o princípio da segurança jurídica e outros princípios também constitucionais, encarando a segurança como um instrumento da justiça.

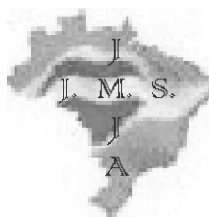
Durante todo este percurso, fiz questão de apresentar os artigos constitucionais em que me baseei e a jurisprudência que vem sendo construída sobre os assuntos abordados.

Aquilo que vem a seguir, é o resultado da minha empreitada⁵.

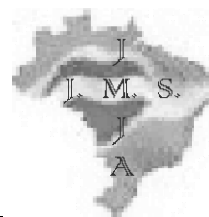
francesa.” (Extraído de Justiça e Cidadania. Ano III, nº 18, Agosto/2.001, ps. 30-31. Artigo “*Lavagem de Dinheiro*”. Ministro NELSON JOBIM).

2. A Escola Nacional de Magistratura da França, através do seu Representante, PHILLIPE DARRIEUX, em outubro de 2001, manteve contato com a Presidência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, de modo a realizar intercâmbio entre o Brasil e a França, trazendo a experiência francesa no combate contra os crimes financeiros, que costumam não possuir fronteiras.

⁵ Faço, no curso de “*A Constituição brasileira de 1988 e o princípio da segurança jurídica no âmbito das medidas provisórias tributárias*”, transcrições de artigos de lei, precipuamente artigos constitucionais. Adotei este método, de modo a facilitar a leitura, e permitir ao leitor a certeza daquilo que, no momento, era objeto da minha análise.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS

Para falar sobre o Brasil e o seu direito, considero que imprescindível se faz apresentar alguns breves comentários e informações preliminares sobre ambos.

Afinal, quer me parecer que, embora os primeiros traços formadores da personalidade jurídica do Brasil, enquanto Estado soberano, hajam decorrido da instalação da Família Real portuguesa em território brasileiro, com a conseguinte abertura dos portos às Nações amigas, ficando o Brasil elevado à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarves, é de boa recomendação sublinhar a realidade sócio-jurídica de um País cujo ordenamento positivo serve-me como tela de confronto.

É bem verdade que o interesse pelo Brasil é manifesto em várias obras lusitanas, como, por exemplo, em “*O Brasil nas Câortes Constituintes portuguesas de 1821-1822*”, de PAULO MANUEL OTERO⁶; ou no amplo repertório de JORGE MANUEL DE MIRANDA⁷.

Por isto, pretendo, preliminarmente, fornecer uma idéia sobre a importância do Brasil, e, conseqüentemente, do seu direito.

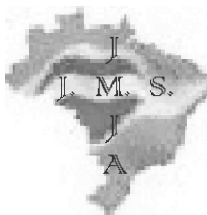
Trata-se de um País que, segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁸, seguindo os critérios da Comissão de Estatística das Nações Unidas para a apuração dos Indicadores Sociais Mínimos (ISM)⁹, dispõe, tal qual as mais atuais pesquisas

⁶ Ver “O Brasil nas Câortes Constituintes portuguesas de 1821-1822”, “apud” “O Direito”, Relatório de Mestrado em Direito Constitucional. FDL, em 1986-1987. Liberalismo – Câortes 1821-1822. A.120 e A03-962.

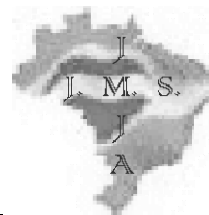
⁷ Ver “A transição constitucional brasileira e o anteprojecto da Comissão Afonso Arinos.” “apud” Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Nova Série, nºs 9-10 (jan. – jun. 1987), ps. 117-134.

⁸ Em termos de censo demográfico, o IBGE iniciou os seus trabalhos em 1940. Em 1990, o censo não foi realizado. Só em 1991 o mesmo ocorreu. A periodicidade das pesquisas é decenal.

⁹ O tamanho e a heterogeneidade do Brasil reduz a representatividade das médias nacionais.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



sobre censo demográfico e contagem da população, e, segundo a pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD), dos seguintes números:

Total da população do Brasil (contagem nacional de população em 1996): 157.079.573 hab. (cento e cinquenta e sete milhões, setenta e nove mil e quinhentos e setenta e três habitantes). Em 01.08.2000, o Total da população residente no Brasil (Resultados preliminares do Censo Demográfico 2000): 169.544.443 hab. (cento e sessenta e nove milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil e quatrocentos e quarenta e três habitantes)¹⁰.

Área Absoluta em quilômetros quadrados (1996): 8.547.403,5 (oito milhões, quinhentos e quarenta e sete mil e quatrocentos e três ponto cinco quilômetros quadrados).

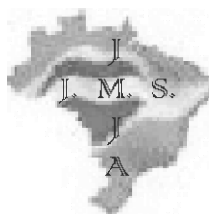
Número de Municípios (em 1997): 5.507 (cinco mil, quinhentos e sete).

PIB (Produto Interno Bruto): o valor do PIB de 1999 foi de R\$ 960.858.000.000,00 (novecentos e sessenta bilhões, oitocentos e cinquenta e oito milhões de reais), apresentando-se uma renda per capita de R\$ 5.860,75 (cinco mil, oitocentos e sessenta reais e setenta e cinco centavos)¹¹. Lamentavelmente, como já foi dito, a heterogeneidade do País termina por reduzir a representatividade das médias nacionais¹².

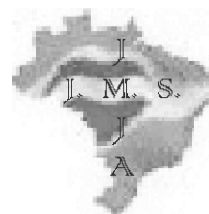
¹⁰ A estimativa da população brasileira, em abril de 2002, segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, é de 174.074.019 (cento e setenta e quatro milhões, setenta e quatro mil e dezenove) habitantes

¹¹ Dados da Coordenação Geral de Comunicação Social do IBGE, de 26.01.01.

¹² De acordo com o IBGE – dados de 1991/censo demográfico, considerando as classes de rendimento nominal médio mensal *domiciliar (domicílios particulares permanentes)*: até 1/4 do salário mínimo, estavam 210.047; entre 1/4 e 1/2 do salário mínimo, estavam 1.746.952; entre 1/2 a 1 salário mínimo, estavam 4.517.002; entre 1 e 2 salários mínimos, estavam 6.944.407; entre 2 e 3 salários mínimos, estavam 4.606.305; entre 3 e 5 salários mínimos, estavam 5.488.783; entre 5 e 10 salários mínimos, estavam 5.521.276; entre 10 e 15 salários mínimos, estavam 1.910.696; entre 15 e 20 salários mínimos, estavam 912.302; entre 20 e 30 salários mínimos, estavam 789.544; com mais de 30 salários mínimos, estavam 724.370. A mesma pesquisa apontou, na categoria dos “sem rendimentos”, 478.347 domicílios particulares; e, na categoria dos “sem declaração”, 893.410. 1. O salário mínimo utilizado à época da pesquisa era de Cr\$ 36.161,60 (trinta e seis mil, cento e sessenta e um cruzeiros e sessenta centavos). Atualmente, a moeda do Brasil é o real. 2. Nestes números, não



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



O Setor industrial foi o principal responsável pelo desempenho da economia em 1997, com 5,52 % (cinco vírgula cinquenta e dois por cento) de crescimento, vindo, a seguir, a agricultura, com 2,69 % (dois vírgula sessenta e nove por cento), e os serviços, com 1,24% (um vírgula vinte e quatro por cento). Dentro da indústria de transformação, o melhor desempenho coube à fabricação de automóveis, caminhões e ônibus, com 14,31 % (quatorze vírgula trinta e um por cento). A indústria de construção civil cresceu, em 1997, 8,45 % (oito vírgula quarenta e cinco por cento).

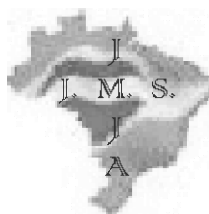
A carga tributária das Administrações Públicas como um todo (União, Estados e Municípios) variou bastante de 1990 a 1997. Estimativas preliminares para os dois últimos anos mostram uma estabilidade da carga tributária em torno de 28,02 % (vinte e oito vírgula zero dois por cento). A redução da carga tributária federal, estadual e municipal pode ser explicada, basicamente, de acordo com os dados do IBGE, pelo comportamento dos principais tributos nacionais – imposto sobre a renda, contribuição para o financiamento da Seguridade Social, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, e algumas taxas municipais, que, relativamente a 1996, reduziram a sua participação no PIB em 1997.

No final de 1998, e após as eleições de outubro, o Governo Federal apresentou um Programa de Estabilização Fiscal¹³, anunciando que o mesmo encontrava-se fundado na

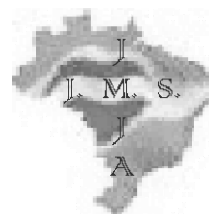
estão incluídos os rendimentos das pessoas cuja condição, no domicílio, era a de pensionista, empregado doméstico ou parente do empregado.

¹³ De acordo com os dados fornecidos pelo Governo (Fonte: IBGE/PNAD – último dado disponível), cabe destacar sobre a realidade no Brasil:

Infra-estrutura básica	Total de domicílios atendidos		Novos domicílios
	Antes do Plano Real (1993)	Depois do Plano Real (1996)	
Abastecimento de água (rede geral)	75%	77,6%	3.169.141
Esgotamentos Sanitários (rede coletora)	38,9%	40,3%	1.646.408
Lixo Coletado	69,9%	73,2%	3.264.575
Iluminação Elétrica	90,0%	92,9%	3.655.646



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



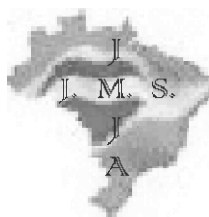
premissa básica de que o Estado não pode viver além dos seus limites, gastando mais do que arrecada. Com este programa, diz-se buscar o equilíbrio das contas públicas, o que representaria um passo decisivo na redefinição do modelo econômico brasileiro. Este programa, que trouxe mudanças no regime fiscal do País, seria um desdobramento necessário do Plano Real¹⁴, que buscou: a estabilização da moeda, o crescimento sustentado com

Telefone	19,8%	25,4%	2.796.133

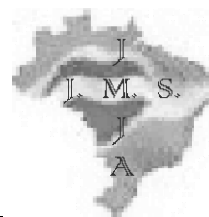
Eletrodomésticos	Total de domicílios atendidos		Novos domicílios
	Antes do Plano Real (1993)	Depois do Plano Real (1996)	
Fogão	95,5%	96,6%	3.125.443
Rádio	85,1%	90,4%	4.472.470
Televisão	75,8%	84,3%	5.518.731
Televisão em cores	50,2%	69,2%	8.968.204
Geladeira	71,7%	78,2%	4.591.321
Freezer	12,9%	18,0%	2.372.124
Máquina de Lavar Roupa	24,3%	30,4%	3.114.936

Resultados Fiscais do Governo Central (R\$ bilhões correntes)				
(*) A previsão já considera o efeito das medidas anunciadas em 08 de setembro de 1998				
INDICADOR	1995	1996	1997	1998 (*)
Receitas Totais	120,41	138,55	161,51	182,89
Transferências a Estados e Municípios	20,89	23,02	24,58	28,16
Receita Líquida	99,52	115,53	136,93	154,74
Despesa Total	97,28	115,96	136,61	149,71
Resultado Primário	2,25	-0,43	0,32	5,03
Tesouro (exclusive previdência pública)	15,99	14,76	19,98	31,15
Previdência Pública – União	-13,35	-14,80	-16,93	-18,32
INSS	-0,40	-0,39	-2,73	-7,80

¹⁴ O Plano Real é assim resumido pelo Jornal “O Estado de São Paulo”, 29.10.98: “Modelo econômico adotado pelo governo, de manter o real valorizado em relação ao dólar, levou o País a apresentar freqüentes déficits cambiais (saída de recursos externos superior à entrada), com as importações correndo acima das exportações. Uma política que o tornou altamente dependente do capital financeiro para financiar seu déficit na conta corrente da balança de pagamentos (o buraco nas contas externas).” Diante deste quadro, está-se afirmando, no Brasil, que são necessárias reformas. Sobre isto, analisa o mesmo Jornal: “Mas, para a obtenção do equilíbrio definitivo das contas



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



mudança estrutural e ganhos de produtividade, além da melhoria progressiva das condições de vida da população brasileira.

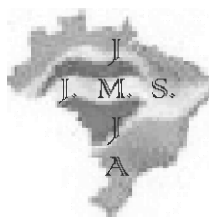
Como justificativa para o novo programa, diz-se que a relativa abundância de recursos internacionais, que seria uma característica dos primeiros quatro anos do processo brasileiro de estabilização, cedeu lugar a um ambiente de forte retração de capitais. Assim, supressas as condições favoráveis de liquidez internacional, ficou o Brasil impossibilitado de prosseguir com o gradualismo na adoção dos chamados ajustes estruturais, sendo imprescindível fazer com que o Estado passasse a viver dentro dos seus limites orçamentários.

Ocorre que, neste contexto de crise internacional (crise na Ásia, crise na Rússia¹⁵, crise na Argentina¹⁶, etc), é bastante comum se falar em reformas do ordenamento jurídico, que, quase sempre, é apontado como um obstáculo para a solução da crise.

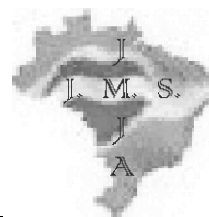
públicas, não bastam as medidas de ajuste, é preciso a aprovação e adoção das reformas administrativa, previdenciária e tributária. A administrativa já foi aprovada, mas ainda necessita de regulamentação. A previdenciária, por sua vez, está em fase final de tramitação no Congresso, mas os especialistas entendem que novas medidas terão de ser adotadas para eliminar de vez o rombo da Previdência, o que exigirá a aprovação de legislação infraconstitucional. A reforma tributária, por fim, deve começar a ser discutida no fim do ano ou apenas no início de 1999. Talvez, seja a de mais difícil aprovação, pois deve contrariar os interesses de Estados e Municípios.”

¹⁵ “O Estado de São Paulo”, 29.10.98, resume estas duas crises, afirmando: “Crise na Ásia – A crise nos países asiáticos afetou os mercados emergentes, obrigando o Brasil a elevar os juros para 43,4% ao ano e a editar o ‘o pacote 51’, em outubro de 1997. A questão é que a maior parte das medidas não foi posta em prática, com exceção do aumento de impostos. Como de costume, o governo enfrentou as dificuldades aumentando receitas, e não cortando despesas. Como o cenário internacional no primeiro semestre de 1998 apresentou melhoras e a política de juros altos fez com que as reservas cambiais brasileiras alcançassem a casa dos US\$ 75 bilhões, a equipe econômica optou por enfrentar o déficit fiscal apenas a partir do segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso.” “Crise na Rússia – Em 17 de agosto, no entanto, a Rússia desvalorizou o rublo e decretou moratória parcial. A partir do calote russo, a situação deteriorou-se rapidamente, e o capital estrangeiro para países emergentes, antes abundante, passou a escassear. Mais que isso, passou a ocorrer uma saída expressiva de capitais.”

¹⁶ Sobre a crise argentina de 2.001, a aprovação do pacote de ajuste implicou em uma dramática batalha do governo, embora já estivesse valendo por decreto, vindo, agora, a ter o aval de lei. O pacote aumentou as contribuições patronais de grandes empresas de serviços privatizados, adiou o pagamento das restituições do Imposto de Renda, eliminou as isenções do Imposto sobre valor agregado, impediu a Justiça de acatar recursos contra as novas medidas de ajuste – o que vem sendo



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



No Brasil, por exemplo, recomenda-se, rotineiramente, reformas constitucionais para superar os problemas econômicos internos e externos. Acaba-se de intentar uma Reforma Constitucional Administrativa (Emenda Constitucional nº 19/98). Fala-se em Reforma Constitucional Tributária, Reforma da estrutura do Poder Judiciário nacional, Reformas previdenciárias de primeira e de segunda gerações, etc.

Enfim, parece ser esta a tradição brasileira. Ao menor sinal de problema, aponta-se como resposta mudar novamente a Constituição. Estamos sempre à procura de uma nova Constituição. É difícil confiar em um direito assim.

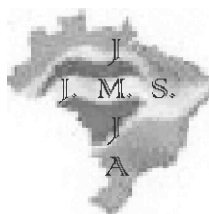
Esta afirmação o faço não com o objetivo episódico de contestar qualquer reforma, mas após analisar os nossos antecedentes históricos. Veja-se o que vai a seguir. É uma amostra da história constitucional brasileira. Via de regra, diz-se que as Constituições do Brasil foram editadas em: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 (esta última muitos a consideram uma Emenda à de 1967; e é assim que ela se apresenta) e 1988.

O Brasil já teve Constituições de várias espécies: rígida, flexível, mista etc. O Brasil, segundo consta na história, chegou mesmo a ter uma Constituição por apenas um dia, ao adotar, em 1821, a Constituição espanhola de 1812 (Constituição de Cádiz).¹⁷

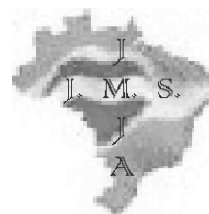
A Constituição espanhola teve, entre nós, vigência mais efêmera do que em seus próprios limites, pois, já no dia seguinte, o decreto de sua adoção é ab-rogado. (Vide “A Constituição do Brasil 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada” - Price Waterhouse - Departamento de Assessoria Tributária. São Paulo, Price Waterhouse, 1988, ps. 23-24)

considerado inconstitucional, etc. O objetivo principal deste pacote parece ter sido o de zerar o déficit fiscal, tendo havido intensas negociações, que conseguiram o apoio dos peronistas e garantiram a maioria do governo.

¹⁷ Foi um Decreto de 21 de abril de 1821 que estabeleceu a adoção provisória da Constituição espanhola de 1812. Esta Constituição, que vigorou por apenas dois anos na Espanha, chegou a ser utilizada pelo Brasil, por Portugal e pelos Reinos de Nápoles, da Sicília e do Piemonte. Nela, estavam contidos princípios como o da tripartição dos poderes, a adoção da religião católica apostólica romana e a liberdade de imprensa.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS

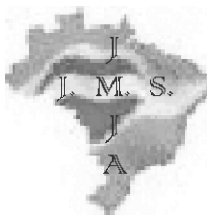


Como também se sabe, a Constituição de 25 de março de 1824 (a que mais tempo demorou em vigor)¹⁸ chegou a passar, enquanto Projeto¹⁹, por um plebiscito entre as Províncias. Pernambuco (atualmente, um Estado, e terra onde nasci) não a aprovou, e foi desencadeada a Confederação do Equador, ficando ao nosso lado a Paraíba, o Rio Grande do Norte, o Ceará e o Piauí²⁰. Entre as suas características de destaque, saliento o previsto em três dos artigos constitucionais:

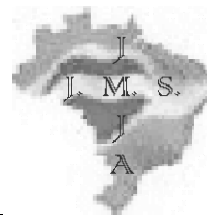
¹⁸ Antes disto, houve a convocação de uma Assembléia. Esta, foi convocada sem que houvesse um anteprojecto a discutir. Com esta finalidade foi nomeada uma Comissão formada por sete membros: Antônio Carlos e seu irmão José Bonifácio, Antonio Luis Pereira da Cunha, Pedro de Araújo Lima, José Ricardo da Costa Aguiar, Manoel Ferreira Câmara e Francisco Muniz Tavares. O Anteprojecto da Comissão dos Sete teve por artífice Antonio Carlos, que fundamentou o seu trabalho tomando por base, primordialmente, as constituições francesa e a norueguesa. (Vide “A Constituição de 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada” – Price Waterhouse – Departamento de Assessoria Tributária. São Paulo, Price Waterhouse, 1989, ps.27 e ss). No curso dos trabalhos constituintes, ocorreu uma forte oposição ao liberalismo do projeto constitucional. Exemplos do que digo: 1. A manifestação do General Pedro José da Costa Barros: “Eu nunca poderei conformar-me a que se dê o título de cidadão brasileiro indistintamente a todo escravo que alcançou cartas de alforria. Negros boçais, sem ofício, nem benefício, não são no meu entender, dignos desta honrosa prerrogativa; eu os encaro antes como membros danosos à sociedade à qual vêm servir de peso, quando não lhe causem males.” 2. Para Maciel da Costa: “Não sou da opinião dos que pensam que sem este cabeçalho de direito e deveres não há Constituição política (...)” (ambas as citações retiradas de A Constituição do Brasil de 1988, ob. cit., p. 29).

¹⁹ D. Pedro I, na proclamação imperial que dissolveu a Assembléia Constituinte e Legislativa (13.11.1823), convocou uma nova Assembléia – Conselho de Estado – com o objetivo de elaborar um Projeto de Constituição. Foi ao Conselheiro Carneiro de Campos que coube a tarefa de redigi-lo, havendo o Conselho terminado os seus trabalhos já aos 17.12.1823. Exemplares deste Projeto foram encaminhados a todas as Câmaras Provinciais. A adesão a ele não foi plena, havendo algumas Câmaras o recusado. Em Pernambuco, foi isto o que ocorreu, dado às idéias republicanas que então vingavam. No entanto, a maioria das Câmaras Provinciais foram favoráveis ao Projeto, que se tornou a Constituição Política do Império, pelo Decreto datado de 11.03.1824 (o ato solene de juramento ocorreu em 25.03.1824).

²⁰ Nesta Confederação, ocorreram fortes divergências internas, pois os setores populares apresentavam-se favoráveis à abolição da escravatura, enquanto os proprietários rurais não o eram. O movimento foi sufocado, e foram condenados à morte os seus líderes, entre eles Frei Caneca. A reação ao Texto Constitucional, e a mudança das contingências políticas da época, terminaram por provocar o Ato Adicional de 1834, que conferiu autonomia às Províncias, constituindo as mesmas Assembléias Legislativas Provinciais. Este Ato foi votado pela Câmara dos Deputados, sem a presença dos Senadores, dado que os mesmos não estavam investidos de poderes para alterar a



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



“Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”

*“Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: **Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.**”*

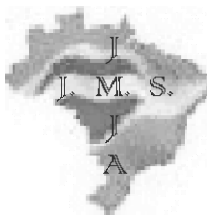
“Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.”²¹

As principais alterações à Constituição de março de 1824 foram:

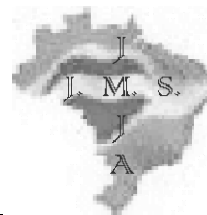
- a) a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, também chamado de “Acto Adicional”. Aqui, ficou estabelecido que todas as Províncias teriam Assembléias Legislativas Provinciais (art. 1º). Quanto à composição destas Assembléias, ficou disposto que as Províncias de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, Minas e São Paulo teriam 36 membros. As províncias do Pará, Maranhão, Ceará, Parahyba, Alagôas e do Rio Grande do Sul teriam 28 membros. E as outras províncias teriam 20. Uma Lei Geral poderia alterar esta composição (art. 2º). Também ficou fixado que o Poder Legislativo Geral poderia decretar a organização de uma Segunda Câmara Legislativa para qualquer Província, a pedido da sua Assembléia (art. 3º). A partir deste ato, a doutrina brasileira

Constituição. Por isto, aos 17.06.1834, decidiram os Deputados que o Senado não deveria participar da Reforma Constitucional. O Senado, embora com algumas reações, concluiu por acatar a decisão.

²¹ Estes dispositivos foram extraídos com a redação que lhe foi dada originariamente. Ver CAMPANHOLE, ADRIANO e CAMPANHOLE, HILTON LOBO. Constituições do Brasil(1988, 1969, 1967, 1946, 1937, 1934, 1891, 1824).10ª ed., São Paulo, Editora Atlas S.A, 1989, ps. 759 e 767-768.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



costuma afirmar que o Brasil passou a ser um Estado unitário descentralizado, em face da concessão de autonomia política às Províncias;

- b) a Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, também chamada de Lei da Interpretação, pois a sua Ementa era a seguinte: “*Interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional*”. Aqui, aponta-se um “contra-golpe” do Imperador do Brasil, D. Pedro II, pois esta Lei detém artigos com feitiço centralizador, e colmata o seu texto afirmando no seu último artigo, o art. 8º. Diz o art. 8º: “As Leis Provinciaes que forem oppostas á interpretação dada nos artigos precedentes, não se entendem revogadas pela promulgação desta Lei, sem que expressamente o *sejão* por actos do Poder Legislativo Geral.”

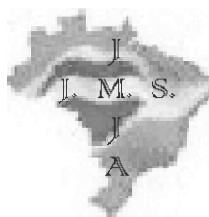
A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, embora haja se sujeitado a uma Assembléia, encontrou, na mesma, uma atuação muito tímida, porquanto ela praticamente se limitou a questões formais, com a ressalva da discussão sobre a repartição de rendas entre as unidades da Federação que surgia (ver arts. 7º e ss.).

Aqui, cabe dizer que foi o Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889, que proclamou provisoriamente a República Federativa dos Estados Unidos do Brasil (arts. 1º e 2º). À época, e é o que consta no Decreto, escrevia-se a palavra *Brasil* com **Z** (art. 2º)²².

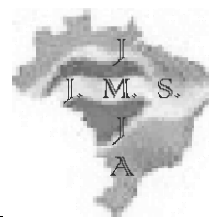
Deste período do início da República brasileira, é possível identificar o americanismo que realmente imperava:

- a) o nome escolhido para o Estado que então se criava – República dos Estados Unidos do Brasil – o que vigorou até 1967, quando se tornou República Federativa do Brasil;
- b) a bandeira nacional que foi adotada entre os dias 15 e 19 de novembro de 1889, idêntica à bandeira norte-americana, apenas se substituindo o vermelho e

²² Conforme pesquisa nos diversos Anais e Comentários sobre as Constituições brasileiras, parece que a expressão Brasil, com “S”, deveu-se à influência francesa.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



o branco pelo nosso já tradicional verde amarelo. Essa bandeira, idealizada à base da República dos Estados Unidos da América do Norte, foi a mesma que, logo após a Proclamação da República, JOSÉ DO PATROCÍNIO hasteou com sentimento patriótico defronte do edifício onde era confeccionado o Jornal ‘A Cidade do Rio’, de sua propriedade. Entretanto, deve ser feita a ressalva de que a bandeira atual foi criada por TEIXEIRA MENDES, em 19 de novembro de 1889, sob a argumentação de que, naquelas condições, receava-se que o empirismo democrático fizesse adotar para a bandeira nacional uma imitação da dos Estados Unidos da América do Norte, e em obediência às indicações de AUGUSTO COMTE²³, resolveu-se apresentar a BENJAMIM CONSTANT um projeto que ele haveria aceito sem hesitação. O intuito era o de evitar que se institísse um símbolo nacional com o duplo inconveniente de fazer crer em uma filiação que não existe entre os dois povos, e de conduzir a uma imitação servil daquela República;

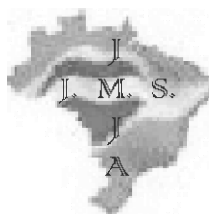
- c) uma exceção à adoção das regras constitucionais norte-americanas foi a restrição legislativa imposta aos Estados-membros da Federação. A despeito da centralização de poderes nos termos da Constituição de 1891, os Estados possuíam capacidade própria para legislar, mas somente em áreas periféricas do direito, estando as matérias básicas – direito civil, comercial, penal, etc. – sob a responsabilidade do Congresso Nacional.

Enfim, a realidade norte-americana não era compatível com a nossa; inclusive em face do distanciamento existente entre as antigas Províncias brasileiras e o modelo inicial de Confederação adotado pelos Estados Unidos da América do Norte.²⁴

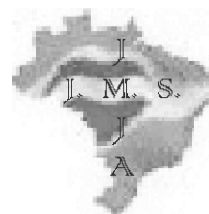
As principais modificações promovidas, nesta Constituição, foram feitas aos 07.09.1926, e eram quatro: ampliação das hipóteses de intervenção federal (art. 6º); proibição das chamadas leis rabilongas, ficando desautorizado que, nas leis de orçamento, constassem

²³ Talvez, PLATÃO haja sido uma espécie de precursor de AUGUSTO COMTE, acreditando que os melhores e mais aptos podiam governar bem. O problema político estaria em educar e selecionar os melhores para governar. Falava em reis-filósofos, matemáticos-filósofos, achando que a solução estaria em tirar as crianças do *meio pervertido*, levando-as para o campo. Educação generalizada para todos, para daí desabrocharem os talentos.

²⁴ Vide A Constituição do Brasil de 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada – Price Waterhouse – Departamento de Assessoria Tributária. São Paulo. Price Waterhouse, 1988, p. 44.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



disposições estranhas à previsão da receita e da despesa fixada para os serviços anteriormente criados (art. 34, § 1º e alíneas); a instituição do veto parcial (art. 37, § 1º) e a limitação do habeas-corpus ao resguardo da liberdade de locomoção (art. 72, § 22).

Com a limitação do habeas-corpus, que, com a Reforma de setembro de 1926, voltou às suas fronteiras clássicas, porquanto restrito à defesa do direito de locomoção, terminou-se por criar um hiato no ordenamento jurídico brasileiro, pois os demais direitos pessoais passaram a se situar em um espaço vazio, não dispondo de uma medida procedimental pronta e eficaz.

Naturalmente, as discussões sobre o assunto terminaram por atingir o Supremo Tribunal Federal.

Os juristas foram buscar amparo nas ações possessórias, e, por meio delas, a construção jurisprudencial assegurava os demais direitos pessoais não amparados por habeas-corpus.

Assim, a Constituição de 1934 trouxe o mandado de segurança como o instrumento apto para defender aqueles direitos que não estivessem amparados pelo habeas-corpus.

No entanto, a Constituição de 1937 não previu o mandado de segurança, cabendo à Jurisprudência esforçar-se na sua tarefa de interpretação, defendendo o entendimento de que a Lei nº 191, que regulamentava o mandado de segurança disciplinado em 1934, continuava em vigor.

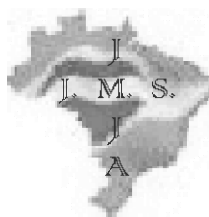
Na Constituição de 1946, retornou a previsão expressa do mandado de segurança.²⁵

Sobre a Constituição de 16 de julho de 1934²⁶, destaco, entre os seus pontos principais: a instituição constitucional do voto feminino (art. 108); a instituição constitucional do mandado de segurança, que aparecia como instrumento hábil a defender direitos certos e incontestáveis²⁷ - o processo a ser adotado seria o mesmo do habeas corpus,

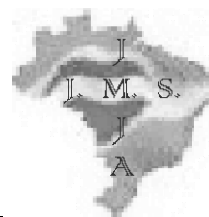
²⁵ Ver TEMER, MICHEL. Elementos de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1990, ps. 184-185.

²⁶ Aqui, a palavra Brasil já vinha grafada com S.

²⁷ A expressão direito incontestável provocou muita polêmica nos meios jurídicos, cabendo à jurisprudência nacional fixar os limites do termo.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



seguindo a previsão do art. 113, 33; e, finalmente, a criação da Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63, al. “d” e arts. 82 e ss.)²⁸.

Uma referência à parte cabe fazer às suas Disposições Transitórias.

Particularmente, ao art. 18, que dizia:

“Art. 18. Ficam aprovados os actos do Governo Provisorio, dos interventores federaes nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciaria dos mesmos actos e dos seus effeitos.”

Sobre isto, a opinião que predominou foi a de que o decreto de instituição do Governo Provisório era uma lei constitucional, outorgada por um poder de fato, servindo como uma Constituição Provisória, que foi reconhecida posteriormente pelo Texto Constitucional de 1934.

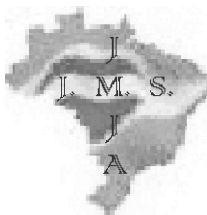
A Constituição de 16 de julho 1934 durou muito pouco, pois, já em 10 de novembro de 1937, fez-se surgir a “*polaca*”. Ela previa a realização de um plebiscito para legitimá-la (arts. 175 e 187)²⁹, o que, naturalmente, não ocorreu, ficando o mandamento apenas como uma estratégia idealizada pelo chamado “Chico Ciência” (o jurista Francisco Campos)³⁰. Esta Constituição teve como principal diretriz o fortalecimento do Poder Executivo. Ela também foi conhecida pela ênfase que deu às matérias trabalhistas. É de receber especial atenção o seu art. 174, que tratava “DAS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO”. Ele diz:

“Art. 174. A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República, ou da Câmara dos Deputados.”

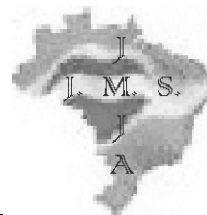
²⁸ Ver SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1995, ps. 83 e ss.

²⁹ Dizia o art. 187, o último da Constituição de 1937: “Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.”

³⁰ No Brasil, atribuem a denominação *Chico Ciência* ao jurista Francisco Campos, pela sua engenhosidade de transformar atos da ditadura em fórmulas legais.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



§ 1º. O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco, por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras.

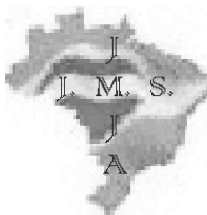
§ 2º. O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, de iniciativa da Câmara dos Deputados, exige, para ser aprovado, o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara.

§ 3º. O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, quando de iniciativa da Câmara dos Deputados, uma vez aprovado mediante o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara, será enviado ao Presidente da República. Êste, dentro do prazo de trinta dias, poderá devolver à Câmara dos Deputados o projeto, pedindo que o mesmo seja submetido a nova tramitação por ambas as Câmaras. A nova tramitação só poderá efetuar-se no curso da legislatura seguinte.

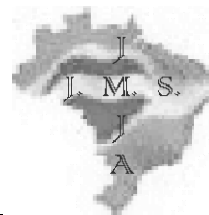
§ 4º. No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe fôr favorável o plebiscito.”

Disto tudo se conclui que a Constituição do Brasil de novembro de 1937 era flexível, alterável por maioria ordinária. No entanto, a chamada Constituição do “Estado Novo”, que centraliza o poder político e reduz os sindicatos a instrumentos do Estado sem qualquer representatividade política, extingue os partidos políticos e suprime, drasticamente, a participação do Legislativo nas decisões governamentais; além de enfraquecer o sistema federativo. Isto tudo não impede que, em fevereiro de 1945, o General Góes Monteiro³¹ declare-se, publicamente, a favor das eleições e da anistia para os presos políticos.

³¹ Foi o à época Coronel Góes Monteiro, chefe do Estado Maior de Getúlio Vargas, que condicionou a Junta Militar, que se havia instalado em 24 de outubro de 1930 (que ocupou o poder após a deposição do Presidente Washington Luiz – o último da chamada República Velha), a permitir que



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



É bem verdade que o Presidente Getúlio Vargas, buscando motivar um movimento em seu favor (o *queremismo*), chegou a elaborar algumas leis baixando o custo de vida dos brasileiros e diminuindo a presença, no Brasil, de grandes empresas estrangeiras. Mas isto não foi o suficiente, pois quando o Presidente Getúlio Vargas, pretendendo medir o seu prestígio, nomeou para o cargo de chefe de polícia do Distrito Federal, em lugar de João Alberto, o seu irmão Benjamin Vargas, não consultando nenhum alto oficial, terminou por ter o Ministro da Guerra (o General Góes Monteiro) a exigir que o Presidente exonerasse o seu irmão, no que não foi atendido. Contrariado, o Ministro da Guerra cercou com as suas tropas o Palácio Presidencial, em 29 de outubro de 1945, deflagrando o golpe contra o Presidente, destituindo-o do seu cargo. Getúlio foi deposto, embora a Constituição lhe fosse flexível.

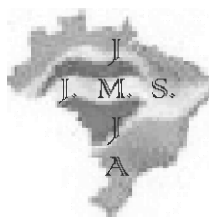
Ainda sobre o período da Constituição de 1937, parece comum a citação da chamada Lei Orgânica dos Estados (Decreto-Lei nº 1.202, de 08 de abril de 1939), pois, como já foi dito anteriormente, neste período, o federalismo, no Brasil, enfraqueceu-se extremamente, surgindo a figura dos Interventores, que eram os antigos Governadores dos Estados confirmados pelo Presidente; ou, acaso o Governador do respectivo Estado não fosse confirmado, caberia ao Presidente promover a intervenção federal, decretando-a (art. 176, da Constituição de 1937).

Depois, veio a Constituição de 18 de setembro de 1946, a última dos chamados Estados Unidos do Brasil, que marca o fim do Estado Novo. Esta Constituição acolhia a idéia da Reforma Agrária, embora somente como um compromisso programático, pois o seu Texto preconizava a promoção da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. A matéria era recomendada ao Congresso Nacional, de modo que este legislasse sobre o assunto. Dizia o art. 147, desta Constituição:

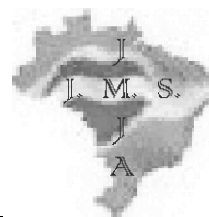
“Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16³², promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Getúlio assumisse a Presidência. Se assim não se fizesse, ameaçava avançar com os seus homens com destino ao Rio de Janeiro. Foi assim que Getúlio passou a ser o Chefe do Governo Provisório.

³² “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade,



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Outro destaque desta Constituição era a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e formas da lei. A regulamentação não veio, e a matéria ficou apenas no papel.

No período de vigência desta Constituição, Getúlio Vargas voltou ao poder, tomando posse, como Presidente, em 31 de janeiro de 1951. É neste período que se estabelece o monopólio estatal da exploração petrolífera (L. nº 2004, promulgada em 03 de outubro de 1953) e se encaminha a mensagem da criação da Eletrobrás, com o objetivo de uma nacionalização efetiva do domínio da energia elétrica. Quanto à remessa de lucros, demonstrou-se como, entre 1939 e 1953, a entrada de capitais privados alcançou apenas 1,9 bilhão de cruzeiros, contra 17,2 bilhões de cruzeiros de remessas para o exterior.³³

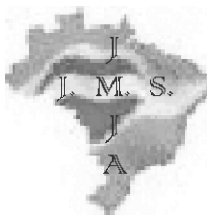
Todas estas questões acirram a oposição a Vargas, com ressonância na imprensa e nos meios políticos (assembléias). Em 22 de agosto de 1954, vinte e dois brigadeiros pronunciam-se publicamente exigindo a renúncia de Vargas. Vargas não renuncia, e, na madrugada de 24 de agosto de 1954, surge a notícia do seu suicídio. Um tiro no coração.

Vargas deixa uma carta-testamento, onde fala:

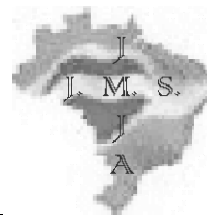
“Lutei contra a espoliação do Brasil. Lutei contra a espoliação do povo. Tenho lutado de peito aberto. O ódio, as infâmias, a calúnia não abateram meu ânimo. Eu vos dei a minha vida. Agora, ofereço a

nos termos seguintes: (...) § 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”. Este dispositivo sofreu alteração decorrente da Emenda Constitucional nº 10, de 09 de novembro de 1964, passando-se a excetuar a indenização em dinheiro para o caso de desapropriação da propriedade territorial rural, onde estava autorizada a indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo os índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

³³ Ver A Constituição do Brasil 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada – Price Waterhouse, p. 85, ob. cit.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS

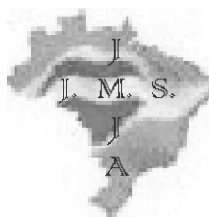


minha morte. Nada receio. Serenamente dou o primeiro passo no caminho da eternidade, e saio da vida para entrar na História.”

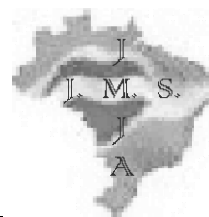
Como se vê, o Brasil não tem apenas riquezas naturais, grande extensão, uma enorme população, um PIB que o deixa entre os maiores Países do mundo. O Brasil também tem história. E qualquer análise jurídica sobre o Brasil não pode desconhecê-la.

Ainda sobre a Constituição de setembro de 1946, cabe grafar as suas principais alterações. São as seguintes:

- a) a Emenda Constitucional nº 04, de 02 de setembro de 1961, que instituiu o Sistema Parlamentar de Governo, e foi revogada pela Emenda nº 06, de 23 de janeiro de 1963, que restabeleceu o sistema presidencial;
- b) a Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, que criou a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (art. 2º, que alterou o art. 101, e instituiu este procedimento na alínea “K”);
- c) a Emenda Constitucional nº 18, de 06 de dezembro de 1965, que instituiu um sistema tributário nacional, recebendo destaque a atribuição dos impostos regulatórios externos (imposto sobre a importação de produtos estrangeiros e sobre a exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados – art. 7º) à União; a atribuição à União do imposto sobre produtos industrializados, em substituição ao antigo imposto sobre o consumo (art. 11, “caput”); a atribuição aos Estados do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por comerciantes, industriais e produtores, em substituição ao antigo imposto sobre vendas e consignações (art. 12); e a atribuição aos Municípios do imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados, em substituição ao antigo imposto sobre indústrias e profissões (art. 15);
- d) o Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966, retificado em 12 de dezembro do mesmo ano. Por ele, o Congresso Nacional foi convocado a se

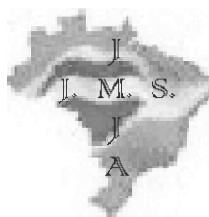


CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS

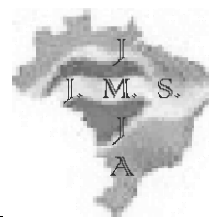


reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967.³⁴ O objeto da convocação extraordinária era a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. (art. 1º, “caput” e § 1º)

³⁴ O **movimento de 1964** teve grande importância para a história da Nação brasileira. Em 13 de março de 1964, foi realizado, na cidade do Rio de Janeiro, um grande comício, organizado pelos Conselheiros de João Goulart, pretendendo demonstrar ao Congresso o apoio popular do Presidente, de modo a autorizá-lo a promover as reformas que pretendia. Neste comício, além do Presidente, discursaram Leonel Brizola, Miguel Arraes, dentre outros. Ao término do comício, o Presidente João Goulart anunciou a assinatura de Decretos de desapropriação de terras e a encampação das refinarias de petróleo particulares. Em 26 de março do mesmo ano, marinheiros estavam a reivindicar melhor alimentação, melhor soldo e usar trajes civis fora das horas de serviço. Fuzileiros navais foram enviados para reprimir o movimento, mas terminaram por aderir aos revoltosos. As Forças Armadas exigiram do Presidente uma punição, em face da quebra da hierarquia. O Presidente João Goulart fez um acordo com os marinheiros. O Ministro da Marinha sentiu-se desprestigiado, e pediu exoneração, sendo substituído pelo Almirante Paulo Mário Rodrigues. Aos 30 de março de 1964, João Goulart ainda discursava, procurando reafirmar os compromissos assumidos aos 13 de março. Após este discurso, o General Mourão Filho decidiu mobilizar as suas tropas, em Juiz de Fora, Estado de Minas Gerais, deslocando-as para o Rio de Janeiro. A data fixada pelos militares era o dia dois de abril. Mas o levante foi antecipado. Não houve resistência, e o Presidente ficou sem o apoio militar. Não podendo resistir ao golpe, o Presidente viajou para Brasília, e depois para Porto Alegre. O Congresso declarou vaga a Presidência da República. O Presidente João Goulart terminou por pedir asilo político ao Uruguai. Em eleição indireta, em 11 de abril de 1964, o General Humberto de Alencar Castelo Branco é eleito Presidente, de acordo com o Ato Institucional nº 01, de 09 de abril de 1964. Em 1965, foram realizadas eleições diretas para Governador dos Estados, e a oposição venceu em cinco Estados (Guanabara, Minas Gerais, Mato Grosso, Santa Catarina e Rio Grande do Norte). Isto foi visto pelos militares como uma ameaça, o que fez o Presidente Castelo Branco baixar o Ato Institucional nº 02, de 27 de outubro de 1965, que extinguiu os partidos políticos e conferiu ao Presidente amplos poderes para cassar direitos políticos e decretar estado de sítio. O Ato Institucional nº 03, de 5 de fevereiro de 1966 foi editado com o objetivo de estabelecer eleições indiretas para Governador. Pois bem, foi o número de atos institucionais e emendas constitucionais editados após o movimento de 1964 que levou o Governo a entender necessário consolidar a legislação existente, optando por elaborar uma nova Constituição.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Pois bem, foi este Ato Institucional³⁵ - transformou o Congresso Nacional em Poder Constituinte, que fez surgir a Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967. A Constituição de um Congresso mutilado, nas palavras de PAULO BONAVIDES³⁶.

ATOS INSTITUCIONAIS E ATOS COMPLEMENTARES

No Brasil, durante o regime da Constituição de 18 de setembro de 1946, foram expedidos quatro (4) Atos Institucionais.

Dou destaque para o Ato Institucional nº 01, de 10.04.1964 (republicado em 11.04.1964, por ter saído com incorreções). Nele, os Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome do que a **Exposição de Motivos** deste Ato chamou de “autêntica revolução”, manteve a Constituição de 1946, ampliando os poderes do Presidente da República. Disse, também, que “a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional” a sua legitimidade.

Assim, defendia-se não haver radicalizado, pois se estava resolvendo manter o Congresso Nacional com as reservas de poderes nele (AI-1) fixadas.

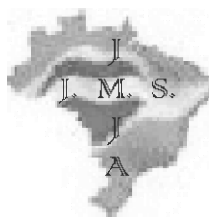
A justificativa que se dava era a da “restauração da ordem interna e do prestígio internacional”, tomando as “urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista.”

Enfim: “a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, legitima-se por si mesma.”

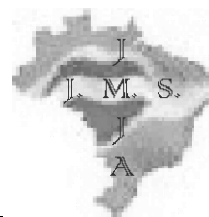
É o que dizia, na Ementa “À Nação”, pois assim começavam os três primeiros Atos Institucionais³⁷. Eles *esclareciam* que a *revolução* estava em movimento, ou, como

³⁵ O Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966, convocou o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, entre 12 de dezembro de 1966 até 24 de janeiro de 1967, devendo discutir, votar e promulgar o Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Este Projeto, cuja confecção foi coordenada pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, e pelo Presidente Castelo Branco, contou com a participação de juristas ilustres, como Orozimbo Nonato, Themístocles Brandão Cavalcanti e Miguel Seabra Fagundes. Sendo assim, é discutível se falar em promulgação ou em outorga, pois se estaria diante de uma situação intermediária.

³⁶ BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, p. 427.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



proclamava o Ato Institucional nº 02, de 05.11.65 (também republicado por ter saído com incorreções): “Não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará. Assim, o seu Poder Constituinte não se exauriu (...)”.

No Ato nº 02/65, dizia-se no art. 14: “Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a do exercício em funções por tempo certo.” E, no art. 15: “No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais.”

Quanto ao Ato Institucional nº 04, de 07.12.1966 (também retificado), já ficou salientado que ele convocou o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República (art. 1º, “caput” e § 1º).

Veio a Constituição de 1967.

Na Constituição de 24 de janeiro de 1967, computando-se os quatro Atos já existentes, chegou-se aos dezessete (17) Atos Institucionais e quarenta (40) Atos Complementares. Entre os Atos Institucionais, ainda merece destaque o AI-5, de 13.12.1968.

A origem deste Ato deveu-se ao seguinte fato.

O Deputado MÁRCIO MOREIRA ALVES, protestando, na Câmara dos Deputados, contra a violência policial e o regime militar, sugeriu o boicote ao desfile da Independência, de sete de setembro.

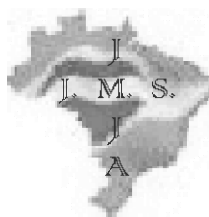
Este discurso provocou uma enorme irritação nas Forças Armadas.

Por isto, o Governo pediu licença ao Congresso para processar o Deputado.

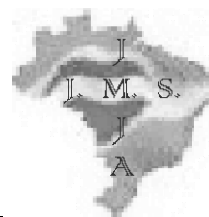
O Congresso negou. Aos doze de dezembro, o Plenário rejeitou a solicitação do Governo.

A reação foi drástica. Expediu-se o AI-5.

³⁷ O Ato Institucional nº 02 e o nº 03 já foram resumidos, anteriormente, quanto às suas motivações.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



O Ato Institucional nº 05/68, além de autorizar os Atos Complementares, no art. 9º, com o objetivo de instrumentalizar a execução das suas medidas e de defender a *revolução* com medidas de estado de sítio (art. 152, § 2º, da Constituição de janeiro de 1967), estabeleceu que o Presidente da República, quando julgasse conveniente, poderia decretar o recesso parlamentar, ficando, neste período, “autorizado a legislar em todas as matérias” (art. 2º, “caput” e § 1º).

Manteve, ainda, a possibilidade de suspensão dos direitos políticos, sem a necessidade de atender às limitações constitucionais (art. 4º); suspendeu as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (art. 6º); suspendeu o habeas-corpus em casos de crimes políticos (art. 10); excluiu de qualquer apreciação judicial a si próprio (AI-5) e aos Atos Complementares que dele decorressem etc.

Como se vê, a Constituição de janeiro de 1967, acaso tenha sido feita com o objetivo de, gradualmente, normalizar a ordem jurídica no Brasil, não teve o seu objetivo confirmado na prática.

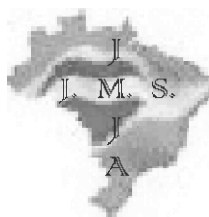
A idéia de elaborá-la, ao que parece, decorreu do fato do grande número de Atos Institucionais e de Emendas Constitucionais editadas após o movimento de 1964.

Sobre isto, disse PAULO BONAVIDES: “*E o caminho escolhido pelos militares não poderia ter sido outro que o da centralização e fortalecimento do Poder Executivo. O período de abril de 64 a dezembro de 66 registra nada menos do que a edição de quatro atos institucionais e quinze emendas constitucionais. Entre essas últimas, estão as que determinavam reformas nos Poderes Legislativo e Judiciário, no sistema financeiro e ainda no campo tributário.*”³⁸

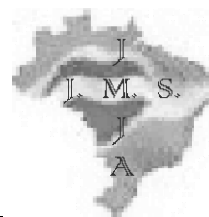
A rigor, como foi possível observar, não se pode dizer, ao certo, se ela foi outorgada ou promulgada, tendo um caráter semi-autoritário.

Afinal, o Congresso foi convocado para se reunir extraordinariamente, discuti-la e votá-la. O rígido calendário, previamente estabelecido, foi cumprido rigorosamente.

³⁸ BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, p. 429.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Veja-se. O Projeto foi enviado pelo Governo, chegando ao Congresso Nacional em 12.12.1966. A Carta foi promulgada em 24.01.67.

As formalidades foram cumpridas.

PONTES DE MIRANDA, ao comentar a Carta de 1967, disse: “*Na Constituição de 1967, há mais subservidão do que revolucionariedade.*”³⁹ E arremata: “*o Ato Institucional de 1964 foi erro grave na história do Brasil e produziu os outros erros, em outros atos institucionais.*”

Esperava-se que, pelo menos, cessassem os Atos Institucionais. Mas não cessaram.

Daí o caráter também psicológico do AI-5.

Ele liquidou com as esperanças de democratização.

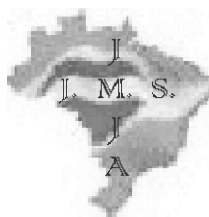
Quanto à Emenda nº 01, de 17 de outubro de 1969, até hoje ainda se discute se foi mesmo uma nova Constituição.

Isto acontece, ao meu ver, por dois motivos, a saber:

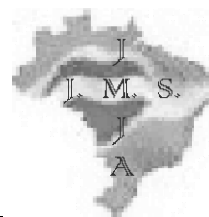
- a) em face da procura de legitimidade constitucional do governo à época instituído, que ainda pretendia o reconhecimento da Carta de 1967, que teve origem híbrida;
- b) dado às grandes modificações que provocou no regime jurídico constitucional.

Na verdade, uma Junta de Ministros militares a outorgou em 17.10.1969, havendo ela tratado de adaptar os vários Atos Institucionais e Complementares, fortalecendo o Poder Executivo, que, na época, justificava-se com o pretexto de que aquilo era uma tendência universal.

³⁹ MIRANDA, PONTES DE. Comentários à Constituição de 1967 – Tomo I. Editora Forense. 1987.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



A sociedade protestava como podia, mas a concentração autoritária de poder respondeu com a repressão e com a censura à liberdade de expressão, de reunião, de imprensa, etc.

Uma das reações mais marcantes ao autoritarismo ocorreu no Estado de Pernambuco, com o lançamento da Carta do Recife, em 1971, por um grupo progressista do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que tentava fazer oposição ao regime.

Neste documento, pretendia-se uma Assembléia Nacional Constituinte, o que só veio a ocorrer anos depois, em 1986.

No entanto, foi em abril de 1984 que se iniciou, em São Paulo, uma grande campanha de rua exigindo as eleições diretas em todos os níveis. Esta campanha teve o nome “Diretas, já”.

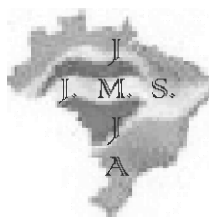
O produto da mobilização foi a eleição indireta de TANCREDO NEVES por um Colégio eleitoral, que era repudiado pela opinião pública.

A posse não veio. O Presidente eleito morreu.

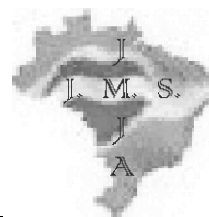
Surgiram as divergências de interpretação sobre quem deveria assumir. Se o Presidente da Câmara, Deputado ULYSSES GUIMARÃES, ou o Vice-Presidente eleito, o Senador JOSÉ SARNEY. Tornou-se Presidente o segundo, em 1985.

Ainda sobre a Constituição que antecedeu a de 1988, falava-se que era uma “colcha de retalhos”, dado que foi atingida por 27 (vinte e sete) Emendas. A 26ª foi para instalar a Assembléia Constituinte que elaborou a atual Constituição⁴⁰. A 27ª, de 02 de dezembro de 1985, dispôs, sobretudo, quanto à repartição de receitas entre as pessoas políticas que compunham a Federação brasileira (União, Estados-membros, e, também, os Municípios).

⁴⁰ A Emenda Constitucional nº 26, de novembro de 1985, convocou a Assembléia Nacional Constituinte (art. 2º), além de conceder anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. Também concedeu anistia aos autores de crimes políticos ou conexos e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis (art. 4º).



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Compreendidas no período histórico da Constituição que precedeu a atual no Brasil, destaco duas Emendas, a saber:

- a) a Emenda Constitucional nº 08, de 14 de abril de 1977, o chamado “Pacote de Abril”, que, entre outros dispositivos, fez surgir a figura dos denominados Senadores “biônicos”, pois previa, no § 2º, do art. 41, que o preenchimento de um cargo, entre os três destinados aos Senadores de cada Estado, deveria ser feito mediante eleição indireta, por um Colégio Eleitoral. Este Colégio era composto por membros das Assembléias Legislativas estaduais e de delegados das Câmaras municipais do respectivo Estado a ser representado;
- b) a Emenda Constitucional nº 15, de 21 de novembro de 1980, que restabeleceu o sistema de voto direto nas eleições para Governador de Estado e para Senador da República (art. 41, “caput”, com a redação da Emenda).

A atual Constituição do Brasil é a de 05 de outubro de 1988, e, considerando as Reformas Administrativa e Previdenciária (Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998 e Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, respectivamente – duas entre as mais extensas), já atingiu as 38 (trinta e oito) Emendas⁴¹, computando-se, neste

⁴¹ Além das 32 (trinta e duas) Emendas decorrentes do Texto Permanente, cabe esclarecer que foram emitidas mais 06 (seis) Emendas, denominadas de Revisionais, por força do art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que diz: “A *revisão constitucional* será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, atualizada pelas Revisões Constitucionais de 82, 89, 92 e 97, dispõe, nos arts. 284º - 289º, sobre o instituto da Revisão Constitucional, tratando da *competência e do tempo de revisão; da iniciativa; da aprovação e promulgação; do Novo texto da Constituição; dos limites materiais e dos limites circunstanciais*.

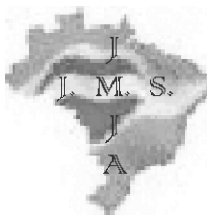
Ver, também, o procedimento regular de Emenda Constitucional no Brasil, que se encontra previsto no art. 60, do Texto Permanente, e prevê uma série de exigências para a promulgação de uma Emenda Constitucional, entre elas o quórum de três quintos.

É o teor do art. 60:

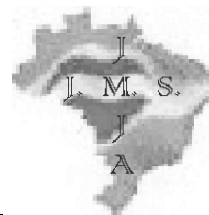
“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II- do Presidente da República;



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



universo, as Emendas Constitucionais nºs. 21 e 22, ambas de 18 de março de 1999, a de nº 24, de 09 de dezembro de 1999, a de nº 31, de 14 de dezembro de 2000 e a de nº 32, de 11 de setembro de 2001, que, embora de menor extensão, tratam, respectivamente, de assuntos importantes, como: o reforço para o custeio da previdência social, mediante a prorrogação da Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira (CPMF); a possibilidade de criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal; a criação do Ministério da Defesa, retirando a condição de Ministros dos Comandantes militares (Exército, Marinha e Aeronáutica); sobre a criação de um Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza e confere uma nova regulamentação constitucional para as medidas provisórias brasileiras.

Além destas, há a Reforma Tributária, a do Poder Judiciário, a da instituição de um sub-teto para a remuneração dos servidores públicos estaduais, distritais e municipais etc.

Um verdadeiro *desmonte constitucional*.

III- de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa dos seus membros.

§ 1º. *A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.*

§ 2º. *A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.*

§ 3º. *A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.*

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

I- a forma federativa de Estado;

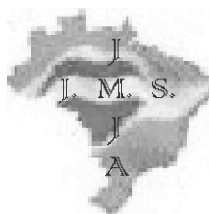
II- o voto direto, secreto, universal e periódico;

III- a separação dos Poderes;

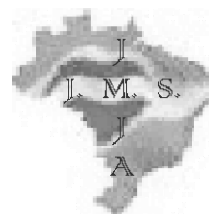
IV- os direitos e garantias individuais.

§ 5º. *A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa."*

Embora este dispositivo fale em separação de poderes, cabe ressaltar que, no art. 2º, da atual Constituição, figura, entre o que ela chama de princípios fundamentais, a previsão de que: "São Poderes da União, independentes e **harmônicos** entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."



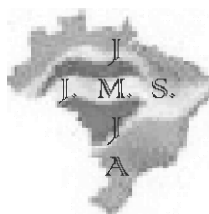
CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



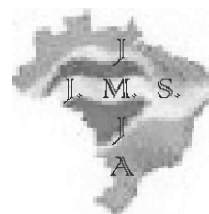
De fato, a Constituição de outubro de 1988, em face de não haver partido de um projeto padrão, permitiu o acolhimento de propostas as mais variadas, cabendo às Subcomissões temáticas tentar conferir um mínimo de unidade ao que se fazia. Depois, com a Comissão de Sistematização, lançou-se na difícil tarefa de conferir unidade a algo que efetivamente não possuía, até porque pretendia-se um sistema de governo parlamentar, e foi votado o presidencialismo, inclusive no plebiscito previsto no art. 2º, das Disposições Transitórias⁴².

⁴² A cronologia da Assembléia Nacional Constituinte foi a seguinte, segundo o “*Jornal da Constituinte*”: (Obs.: (1) em 03.12.1987, foi aprovada mudança no Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte; (2) a Constituição de 05 de outubro de 1988 originalmente previa a sua promulgação para 15.11.1987; (3) em seguida, vão os principais momentos do processo constituinte brasileiro)

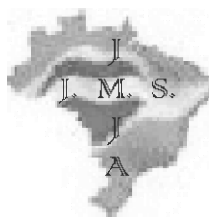
Ano	Mês	Dia	Matéria
1987	02	01	Instalação
	02	02	O Dr. ULYSSES GUIMARÃES foi eleito Presidente da Comissão Diretora
	02	05	Foi aprovado o Regimento provisório
	03	19	Foi aprovado o Regimento definitivo
	03	24	Foi promulgado o Regimento definitivo
	03	26	Foi eleita a Mesa Diretora permanente
	04	07	Instalação das Subcomissões temáticas
	04	14	Início do prazo de Emendas
	04	19	Fim do prazo de Emendas
	05	25	Encerramento
	04	01	Instalação das Comissões temáticas
	05	27	Início do prazo de Emendas ao Anteprojeto das Subcomissões
	06	01	Fim do prazo de Emendas
	04	09	Início da Comissão de Sistematização
	06	15	Recebimento de 08 Anteprojetos das Comissões
	06	26	1º Anteprojeto da Constituição, com 501 artigos
	06	29	Início do prazo de apresentação de Emendas na Comissão de Sistematização
	07	02	Fim do prazo de apresentação de Emendas na Comissão de Sistematização



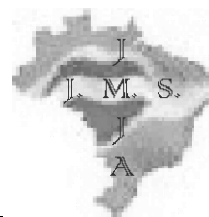
CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



	07	09	Término da votação do anteprojeto de Constituição, resultando no Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, com 496 artigos
	07	12	Encaminhamento do Projeto aprovado ao Plenário
	07	14	Início do prazo de discussão do Projeto em Plenário
	07	15	Início do prazo de apresentação de Emendas
	08	13	Fim do prazo de apresentação de Emendas
	08	23	Fim do prazo de discussão do Projeto em Plenário, voltando à Comissão de Sistematização
	08	24	Início do prazo para o Relator apreciar as Emendas
	08	26	O Relator apresenta o substitutivo
	09	05	Fim do prazo de apresentação de Emendas ao Substitutivo e o Relator apresenta o 2º Substitutivo, com 264 artigos
	09	24	Início do prazo na sistematização de votação do Projeto, com 496 arts; Substitutivos: 1º (305 arts.) e o 2º (264 arts.) e das Emendas
	11	18	Término de votação na Comissão de Sistematização
	11	24	O Projeto A, aprovado na Sistematização, é entregue ao Presidente da Assembléia Nacional Constituinte
	11	26	Inicia a discussão e votação pelo Plenário do Projeto A
1988	01	07	Início da apresentação de Emendas ao Projeto A
	01	13	Fim do prazo de apresentação de Emendas
	01	14	Início do prazo para o Relator proferir parecer sobre as Emendas, sem alterar o Projeto
	01	20	Fim do prazo para o Relator proferir parecer sobre as Emendas
	04	21	Instituída a Comissão de Redação, com 19 membros
	06	30	Fim da votação em 1º turno, resultando no Projeto B
	07	05	O Relator entrega a redação final do Projeto B
	09	02	Término da votação, em 2º turno, do Projeto B, que se transforma em Projeto C
	09	15	A Comissão de Redação distribui a redação aprovada do Projeto C
	09	20	Término da apreciação de propostas, resultando no Projeto D, redação final
	09	21	Publicado e distribuído o Projeto D, redação final
	09	22	O Plenário aprova, em turno único, em votação global, a redação final, do Projeto transformado em Constituição



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Além do mais, vários foram os dispositivos que, embora promulgados, tinham contra si forte oposição, especialmente aqueles que envolviam matéria econômica e financeira.

Apenas para exemplificar o que digo, assinalo a Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, que terminou por fazer uma série de modificações no Texto Constitucional, entre elas:

- a) eliminou a figura da empresa brasileira e da empresa brasileira de capital nacional (art. 170, inc. IX e art. 171)⁴³. De

	10	05	Foi promulgada a Constituição (*) O Substitutivo do Relator ao Projeto de Resolução nº 02/1987- Assembléia Nacional Constituinte, que trata do seu Regimento Interno, previa o término dos trabalhos constituintes em 15.11.1987.

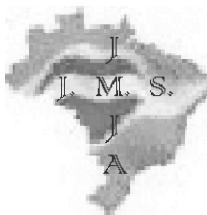
⁴³ Diziam os artigos eliminados: “Art. 170. *(o “caput” foi mantido)* A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.” Era o texto do art. 171: “Art. 171. São consideradas: I- empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II- empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º. A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

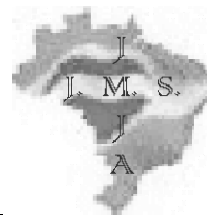
I- conceder protecção e benefícios especiais temporários para desenvolver actividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País.

II- estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

- a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas das empresas, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia,
- b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS

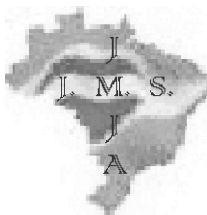


fato, o que, particularmente, o art. 171 pretendia era que fossem conferidas proteções e benefícios especiais, no campo da defesa nacional e em áreas de especial interesse para o desenvolvimento nacional (tecnologia por exemplo), a empresas que ficassem sobre o **controle efetivo** de pessoas radicadas no Brasil;

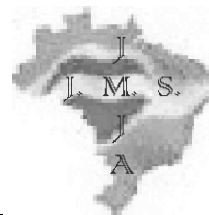
- b) interferiu na pesquisa e na lavra de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica, pois substituiu do § 1º, do art. 176 a expressão “empresa brasileira de capital nacional” por “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”;
- c) interferiu no monopólio da União sobre o petróleo e o gás natural, pois autorizou a mesma a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra das jazidas, refinação e transporte do petróleo etc., conforme dispôs na nova redação do § 1º, do art. 177. Apenas a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados ficaram sob o monopólio da União, sem a possibilidade de a mesma contratar estas atividades com empresas estatais ou privadas; isto por força da exclusão do referenciado §1º.

Com a Emenda nº 07, também de 15 de agosto de 1995, não foi diferente, pois alterou o art. 178, chegando a modificar a regra geral de que a navegação de cabotagem e a interior seriam privativas de embarcações nacionais, porquanto, no Parágrafo Único do mesmo artigo, assinalou: “*Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.*” No texto reformado, havia a taxatividade de que a navegação de cabotagem e a interior eram privativas de embarcações nacionais, apenas com a ressalva de casos de **necessidade pública**, segundo o que dispusesse a lei.

§ 2º. *Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.*” Todo este artigo 171 foi eliminado do Texto Constitucional pela Emenda nº 06, de 15 de agosto de 1995.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Ainda no campo da ordem econômica, cabe destacar que a Emenda nº 08, de 15 de agosto de 1995, tratou de ampliar as possibilidades de o setor privado vir a explorar os serviços de telecomunicações, pois, entre outras novidades, nada vem dizendo sobre a necessidade de controle acionário estatal.⁴⁴ (art. 21, inc. XI e XII, al. “a”)

É bem possível que se diga que tudo isto vai no caminho de que o mundo está a exigir que o Estado diminua de tamanho, dado que a burocracia oficial não se apresenta como a base para se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da Constituição do Brasil), o que é um dos objetivos fundamentais da República. Após 1988, caiu o muro de Berlim, e isto simbolicamente permitiria a mais ampla abertura ao capital privado.

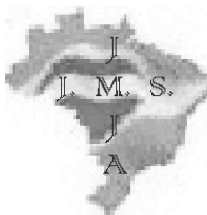
Pode ser que nisto haja razão, mas, nos setores onde a lucratividade não se apresente, será necessária a atuação do Estado, sob pena de nem o Estado nem o capital privado virem a atendê-los. Ou, dito de outro modo: quando a atividade for lucrativa, cabe às empresas particulares tirarem o proveito; quando não for, caberá ao Estado arcar com o prejuízo. Parece que esta não pode ser a interpretação a se atribuir ao art. 173, “caput”, da Constituição do Brasil⁴⁵, que predica que a exploração direta da atividade econômica pelo

⁴⁴ O Texto original tinha a seguinte redação: “*Compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados, e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado, através da rede pública de telecomunicações explorada pela União e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.*” O atual Texto prevê: “*Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;*”

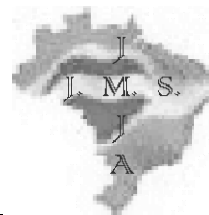
⁴⁵ Constituição do Brasil: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos **imperativos da segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.

(Este parágrafo vai com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998) § 1º A lei estabelecerá o **estatuto jurídico** da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I- sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da *segurança nacional* ou ao *relevante interesse coletivo*. Afinal, não pode caber a alguém apenas o que dá prejuízo; não sendo razoável admitir que se retire como compatível com o interesse coletivo esta consequência hermenêutica.

Em verdade, no trecho constitucional referente à ordem econômica foram tais as modificações e a pressa com que elas foram feitas que até se redundou por provocar um artigo que não possui nenhum texto. É, como foi visto, a situação do art. 171, da Constituição do Brasil, que, ao seu lado, tem apenas o seguinte registro: “Revogado pela Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995.”

Mais (repita-se): as Emendas nºs. 06 e 07, que têm a mesma data (15 de agosto de 1995), aprovaram, cada uma delas, o mesmo artigo constitucional. Acredite se quiser. O art. 246, da Constituição do Brasil foi aprovado duas vezes, e com idêntico teor, tal a desatenção que vem merecendo a Constituição no Brasil. Algo bastante semelhante, mas ainda pior, do que adotar uma Constituição por um dia. No caso, sequer se procurou saber que o artigo já havia sido aprovado.

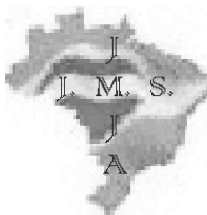
Dizia o art. 246:

“Art. 246. 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.”⁴⁶

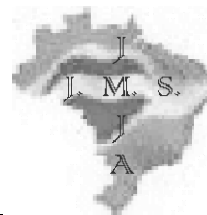
Diante deste dispositivo, e analisando um tributo que, no Brasil, é chamado de contribuição social do salário-educação, escrevi um artigo que terminava afirmando:

- II- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;*
- III- licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;*
- IV- a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;*
- V- os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”*

⁴⁶ É a nova redação deste artigo, conferida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive.”



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



1. se a Constituição chegou ao exagero de ver aprovado um mesmo artigo duas vezes, também, entre as suas matérias, há aquelas que vêm repetidas em mais de um artigo, como é o caso do princípio da igualdade e da segurança jurídica⁴⁷ e a garantia da irretroatividade da lei menos benéfica etc. Ora, se um destes dispositivos vier a ser alterado por Emenda, e os outros não o forem, poderiam estes últimos servirem de fundamento de validade para novas medidas provisórias, posteriores a 1995 ?
2. se um artigo alterado por Emenda tratasse, originalmente, de dois ou mais assuntos, e apenas um houvesse sofrido alteração, estaria o outro impossibilitado de vir a ser regulado por meio de medida provisória, mesmo estando manifestamente presentes os requisitos constitucionais para a sua edição: relevância e urgência (art. 62, da Constituição do Brasil)?⁴⁸

⁴⁷ Quanto à segurança, destinei um Capítulo para falar sobre a Constituição de 1988 e o termo *segurança*. Sobre a isonomia, reproduzo o que falei em minha publicação, apresentando algumas das oportunidades em que a Constituição do Brasil a ela se refere:

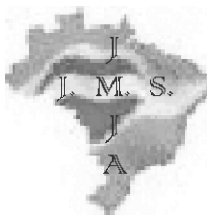
Art. 5º, “caput”: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” Ainda no “caput” deste artigo, tem-se a inviolabilidade do “direito à vida, liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” No inc. I, do mesmo artigo, diz-se: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.” No art. 226, § 5º, vem disposto: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” No art. 150, inc. I, diz-se que é vedado às pessoas políticas “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em *situação equivalente*”, não sendo outra coisa o que diz o art. 145, § 1º, quando trata da capacidade econômica do contribuinte.

Quanto à redução das desigualdades entre as regiões, pode-se, ao menos, citar-se os arts. 3º, inc. III; 151, inc. I; 165, § 7º e 170, inc. VII.

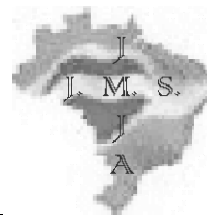
Sobre o princípio da irretroatividade, é o mesmo que ocorre, conforme se retira dos arts. 5º, “caput” (segurança jurídica); 5º, inc. XXXVI (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”); 150, inc. III, al. “a” (“é vedado às pessoas políticas cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”).

⁴⁸ Constituição do Brasil: “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



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Quanto ao primeiro argumento, é possível que se diga que tanto a isonomia, quanto a segurança jurídica, como também a garantia da irretroatividade da lei menos benéfica, estão, todos eles, sob o manto da intangibilidade constitucional (art. 60, § 4º, da Constituição do Brasil)⁴⁹. No entanto, cabe sopesar que nada é mais fundamental, nos tempos modernos, do que a educação de um povo, e, entre os direitos e garantias individuais, é obrigatória a presença da educação.

Assim, reconhecida esta como um direito de todos e um dever do Estado (arts. 205 e ss.) - o que é fortalecido pelo fato de que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou mesmo a sua oferta irregular, detém como consequência, prevista na Constituição, a responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º) – é preciso que, na interpretação dos seus predicamentos constitucionais, não se esqueça de que a cidadania se constrói com a melhoria da qualidade de ensino e com a universalização do atendimento escolar (ver arts. 205 e ss, da Constituição do Brasil)⁵⁰.

Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.” (Texto originário). Vide o Título “*De 2.001 em diante*”, onde analiso a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que confere nova regulamentação às medidas provisórias brasileiras.

⁴⁹ Constituição do Brasil: “Art. 60 (...) § 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;

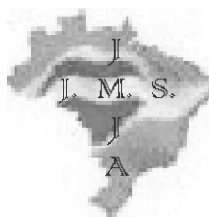
IV- os direitos e garantias fundamentais.”

⁵⁰ Constituição do Brasil. Por exemplo: “Art. 212. *A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.*

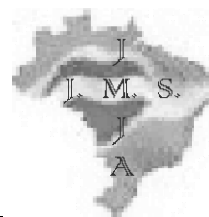
§ 1º. A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito de cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º. Para efeito do cumprimento do disposto no caput deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213 (escolas públicas, comunitárias, confessionais ou filantrópicas).

§ 3º. A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Não se pense que a questão que agora apresento só tenha importância teórica. Veja-se.

A contribuição social do salário-educação⁵¹ vem disciplinada no art. 212, § 5º, que foi alterado em 1996, pela Emenda nº 14, de 12 de setembro de 1996, que lhe retirou a expressão: “que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes”, embora a remissão feita à lei disciplinadora pudesse vir a restabelecer a regulamentação neste mesmo sentido.

Ora, embora não de maneira especial, é sabido que o art. 149, da vigente Constituição do Brasil⁵², trata das contribuições especiais; e, entre elas, está as sociais.

§ 4º. Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. (a L. nº 8.913, de 12 de julho de 1994, dispõe sobre a municipalização da merenda escolar).

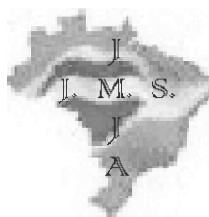
§ 5º. O ensino fundamental terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação recolhida, pelas empresas, na forma da lei.”

⁵¹ O antecedente histórico mais antigo desta exação brasileira parece ser o “subsídio literário”, um imposto destinado a financiar a educação, instituído logo após a expulsão dos jesuítas do Brasil, o que implicou no fechamento dos seus colégios e na substituição pelas “aulas régias”. Foram dois os motivos básicos para esta expulsão, a saber: a) a região das Missões ou a questão dos limites no sul do Brasil; b) o atentado contra o Rei José I, em 1758, em Portugal.

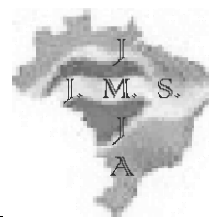
⁵² Constituição do Brasil: “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III (exigência de lei complementar para o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, e 150, I e III (princípio da legalidade estrita ou da tipicidade cerrada e princípios da irretroatividade e anterioridade, com a ressalva de que para as contribuições em favor da seguridade social a anterioridade é nonagesimal), e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Parágrafo Único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.”

Diz o art. 195, § 6º, Constituição do Brasil: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)”



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Abstraindo a existência de outros defeitos apontados nesta contribuição social, cabe perquirir se este pode ser visto como mais um.

Particularmente, isto me faz lembrar um chavão tantas vezes repetido no Brasil: “quando não se quer, qualquer desculpa serve.”

Feita esta análise panorâmica da história do Estado e do direito constitucional brasileiro, passo a um maior detalhamento na área fiscal quanto àquilo que de mais importante passou pelo Brasil desde o descobrimento.

Antes disto, vale a referência sobre o que venha a ser “*tributo*” de acordo com o direito positivo nacional.

Tal como muitas definições são positivadas, o mesmo ocorre com o “*tributo*”.

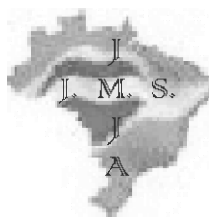
A própria Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988 remete à lei complementar a tarefa de definir “*os tributos e suas espécies*” (art. 146, inc. III, al. “a”)⁵³.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/25.10.1966) define o que seja o tributo, dizendo no seu art. 3º: “*é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*”

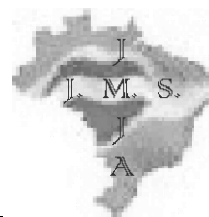
Em suma, a idéia do conceito de tributo é pertencente ao direito positivo, não sendo uma questão de lógica jurídica ou universal. Varia com a história.

§ 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b (princípio da anterioridade, que impede às pessoas políticas cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;).”

⁵³ Constituição de outubro de 1988. “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (...)”.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Dentro desta perspectiva, é que se torna preciso considerar que as contribuições extraídas da história não são antecedentes perfeitos das exações atuais.

De fato, muitas vezes, as comparações, inclusive as históricas, são perigosas.

Etmologicamente, contudo, a expressão *tributo* deriva do latim, *tributum*, participípio passado do verbo *tribuere*, e tem, dentre outras acepções, a de dividir ou repartir entre as tribos. Daí a idéia de carga pública repartida entre as tribos.

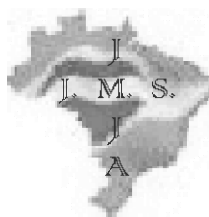
No caso do Brasil colônia⁵⁴, é fundamental inserir esta noção de acordo com:

- a) o direito geral português, que valia para todo o reino;
- b) o direito expresso por uma legislação específica, ou colonial geral;
- c) o direito especial formulado para o Brasil. Foi o caso das minas e dos índios;
- d) o direito emanado pela própria colônia (os forais⁵⁵ e os regimentos permitiam aos governadores, limitadamente, complementarem as leis da metrópole. Também as câmaras ou os senados das câmaras das vilas e cidades formulavam leis, pretendendo atender às necessidades da administração municipal);
- e) o direito consuetudinário, derivado dos usos e costumes locais, inclusive dos índios autóctones.

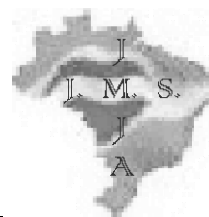
Em suma, o direito colonial era diferente daquele em vigor na metrópole.

⁵⁴ A Capitulção do Mar Oceano, conhecida como o Tratado de Tordesilhas (07.06.1494), determinava que, caso a Espanha descobrisse novas terras a oeste até 20 de junho de 1494, a linha passaria a 250 léguas de Cabo Verde. Caso contrário, tal como ocorreu, passaria a 370 léguas. Contra isto, o Rei FRANCISCO I, da França, contraditava, dizendo que não encontrava, no testamento de Adão, poderes conferidos ao Papa, ALEXANDRE VI, para dividir o mundo entre Portugal e Espanha (Castela, Leão, Aragão e Granada). Este é, provavelmente, o primeiro diploma legal afetando o Brasil. A Bula do Papa JÚLIO II, de 24 de janeiro de 1506, confirmou ao Rei MANUEL I, enquanto grão-mestre da Ordem de Cristo e soberano de Portugal, os direitos sobre o Brasil, conforme o referido Tratado. Esta Bula foi novamente confirmada por outra, do Papa LEÃO X, isto sem que deixassem de existir restrições das demais potências européias.

⁵⁵ Os forais são, às vezes, considerados autênticos Códigos tributários.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Mas, creio que já na fase inicial da Colônia, ainda no princípio da exploração do pau-brasil, adveio a cobrança do “*quinto do pau-brasil*”, uma espécie de primeira exação fiscal nas terras brasileiras.

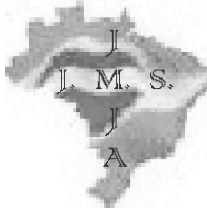
Cabe observar que o período do Brasil colônia não conheceu muitos tributos tradicionais em Portugal, como os foros de julgada, a fossadeira, o relego, as portagens, as açougagens, o montado e a coima, etc.⁵⁶

Até o final do regime das Capitanias hereditárias⁵⁷, algo que ocorreu por volta do século XVIII, nos tempos do Marquês de Pombal⁵⁸, os tributos ou as rendas eram distribuídos entre o real Erário e o donatário, mais ou menos da seguinte forma:

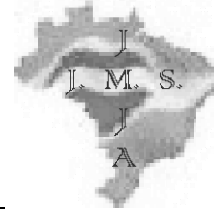
⁵⁶ A título de esclarecimento: (1) foros de julgada – recaía em terras lavradas, às vezes pagos em pão (trigo); (2) fossadeira – eram pagos pelos que eram obrigados a ir com o rei ao fossado, e, também, era o nome dado à terra que estava obrigada àquele tributo; (3) relego – privilégio que gozavam os servidores de algumas terras para venderem o seu vinho sem concorrência; (4) portagens – correspondia aos direitos de barreira, e era pago por cargas ou passagem. Uma espécie de pedágio; (5) açougagem – pago por ter açougue, não só pela venda de carne, mas também pão, hortaliça, etc.; (6) montado – expressava o tributo pago aos donos dos terrenos que serviam para a engorda dos porcos; (7) coima – pena pecuniária incidente contra o que se apoderava de pequenos valores de propriedade alheia ou ao dono de animais que pastavam indevidamente em propriedade de outrem. Uma forma de multa.

⁵⁷ Uma espécie de usufruto ou de enfiteuse (direito privado), ou de concessão (direito público). Interessante observar que, nos séculos IX e X, quando os visigodos desceram das Astúrias, ganhando terrenos aos infiéis (árabes e mouros), e, também, nos séculos XII e XIII, quando os monarcas do antigo condado portugalense avançavam para o sul, ao serem conquistadas as terras, e diante do problema de defendê-las, conservava-as com o povoamento e o cultivo. Assim, alguém da confiança do rei era designado governador, encarregando-se da ocupação e da conservação das terras. Nas capitanias, não era diferente, nomeando-se, mediante a carta foral, alguém com objetivo similar.

⁵⁸ O século XVIII foi o do iluminismo, onde surgiram os “*déspotas esclarecidos*”, entre eles CATARINA, da Rússia; FREDERICO, da Prússia; JOSÉ II, da Áustria e o Ministro de JOSÉ I, de Portugal, denominado de SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELO, o Conde de Oeiras e Marquês de Pombal. A opinião sobre este importante vulto português vai de críticas que o taxam de tirânico e cruel a elogios que apontam nele o que houve de melhor em Portugal, colocando-o ao lado de VASCO DA GAMA e de LUÍS DE CAMÕES. Com o seu caráter revolucionário, promoveu reformas, entre elas a reconstrução de Lisboa, a quase total extinção das capitanias hereditárias e a expulsão dos jesuítas, que foram obrigados a sair do Brasil, fechando todos os colégios que patrocinavam. Estes colégios foram substituídos pelas “*aulas régias*”, que eram financiadas pelo “*subsídio literário*”, um tipo de imposto que pretendia financiar a educação, criado pelo Alvará de 23



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Para o real Erário:

- a) os direitos alfandegários (importação, exportação);
- b) 10% do valor das mercadorias naufragadas que viessem às costas brasileiras;
- c) o quinto ou vigésimo do ouro, prata, cobre, coral, pérola, chumbo, etc.
- d) o dízimo do pescado e dos demais produtos da terra;
- e) a sisa (transmissão) por cabeça de índio escravizado.

Para o donatário ou equivalentes:

- a) o monopólio das explorações das moedas e quaisquer outros engenhos;
- b) a barcagem, ou direitos de passagem nos rios;
- c) o quinto ou vigésimo do produto do pau-brasil, das especiarias e das drogas;
- d) o quinto do ouro e minerais preciosos, encontrados na Capitania;
- e) meio dízimo do pescado, ou, a cada grupo de vinte peixes, um cabia ao donatário, capitão-mor ou governador;
- f) a redízima, ou a décima parte da dízima, sobre todas as rendas da coroa.

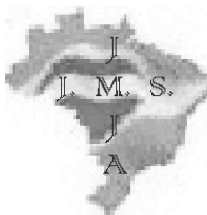
No período em que vigorou o Governo Geral, dividia-se os tributos em ordinários e extraordinários. Para o real Erário, basicamente os mesmos tributos eram remetidos. Para o Governador-Geral, acrescentava-se os direitos dos escravos.

Os tributos designados de extraordinários, como o próprio nome indica, eram destinados a despesas excepcionais, tais como para fazer frente aos gastos com tropas ou construções de fortalezas ou cidades.

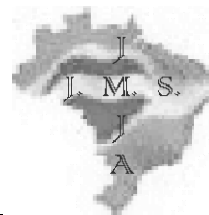
Em termos mais genéricos, costumava-se distribuir os tributos em três classificações:

- a) as derramas, que independiam dos rendimentos do contribuinte;
- b) as fintas, que obedeciam a uma proporção com a renda do contribuinte;

de novembro de 1772. Incidia sobre cada rês abatida, e sobre a aguardente destilada e a “carne verde”.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS

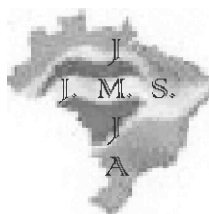


- c) as contribuições, que eram uma espécie de designação subsidiária e de conteúdo variado.

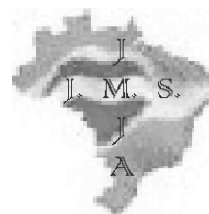
Observação: no século XVIII, a derrama teve uma significação histórica importante para o Brasil, pois dela sobressaía-se a cobrança do quinto do ouro em atraso. Daí a Inconfidência mineira⁵⁹, que levava às armas o sentimento de impopularidade do esquema tributário implantado. Aliás, no Brasil, ainda é popular a expressão “*quintos dos infernos*”; o que, por si só, fornece uma imagem simbólica do repúdio.

Durante o chamado domínio holandês, por volta de 1630 a 1654, onde os batavos fixaram-se no então centro econômico do Brasil, Pernambuco, a terra do açúcar (Zuickerland), e de onde surgiu a reflexiva afirmação de que “*não existia pecado do lado de baixo do Equador*” (GASPAR BARLEAUS, “*História dos feitos recentemente praticados*

⁵⁹ A Inconfidência mineira é havida como um dos principais movimentos de emancipação política do Brasil colônia, embora haja sido coordenada pela elite de Minas Gerais sob a influência de ideais iluministas. Em 1789, propunha a Independência em relação a Portugal. Parece que a política pombalina para o Brasil, com a organização das Companhias de Comércio monopolistas, trouxe um peso que se fazia bem sentir na mais importante região aurífera e diamantífera brasileira, que era Minas Gerais. De fato, a “*derrama*” não implicava em um novo tributo, mas na cobrança da diferença em relação ao que deveria ter sido pago e não o foi. Porém, a forma de execução promovida pelas autoridades portuguesas era extremamente violenta, gerando uma revolta contra a situação de dominação. Além disto, o “*Alvará de proibição industrial*”, baixado em 1785, por D. MARIA I, a louca, proibia a existência de manufaturas no Brasil; o que dificultou, ainda mais, o nível de vida da população interiorana, que passara a depender das tropas que traziam do litoral os produtos importados por preços muito altos e em uma quantidade precária. A independência das 13 colônias inglesas, na América do Norte, também foi um exemplo estimulador para outros movimentos emancipacionistas na América Ibérica, incluindo o Brasil. Um dos poucos líderes sem posses desta Conjuração foi TIRADENTES - um militar (Alferes) filho de um pequeno proprietário - que, procurando garantir o apoio de outros proprietários rurais, contactou com vários mineradores, entre eles JOAQUIM SILVÉRIO DOS REIS, que, embora a princípio haja aderido ao movimento, pois era também um devedor de impostos, posteriormente, com medo, resolveu delatar a conspiração. Na Quarta audiência de depoimentos, no início de 1790, TIRADENTES assumiu a sua posição de líder. Onze dos acusados foram condenados à morte, mas apenas TIRADENTES foi executado, pois os demais tiveram as penas comutadas para degredo perpétuo por D. MARIA I. O Alferes foi executado aos 21 de abril de 1792, no Rio de Janeiro, sendo esquartejado, distribuindo-se as partes do seu corpo para exposição em Minas Gerais como uma advertência contra novas tentativas de rebelião.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



durante os oito anos no Brasil”), os holandeses como que fixaram uma espécie de Constituição do Brasil holandês, mediante o Regulamento de 23 de agosto de 1636, havendo, em cada município, o Conselho comunal, que implicava na soma do Conselho dos escabinos (uma espécie de tribunal municipal) mais o escuteto (schout), que era o chefe administrativo municipal.

Era exatamente o escuteto que detinha as funções de promotor de justiça, de chefe de polícia local e também de exator da fazenda. Na verdade, nem sempre a cobrança dos impostos holandeses realizava-se pelo escuteto, sendo passível de ser realizada por arrendatários, especialmente comerciantes judeus.

Já no reinado de D. MARIA I, ou entre o final do século XVIII e o início do século XIX, eclodiram, no Brasil, mais quatro contribuições:

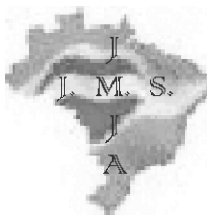
- a) direitos que variavam de 10, 20, 24 ou 40% relativos à pólvora de origem estrangeira (Alvará de 13 de julho de 1778);
- b) subsídio do açúcar e do algodão (Carta Régia de 19 de maio de 1779);
- c) subsídio do tabaco em pó (Alvará de 18 de setembro de 1779);
- d) imposto sobre o ouro, sobre botequins e tabernas e sobre a aguardente (Alvará de 18 de março de 1801).

Em seguida, com a vinda ao Brasil da família real portuguesa, adivieram transformações principalmente no campo do direito público brasileiro, ficando o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves um tanto refém dos ingleses.

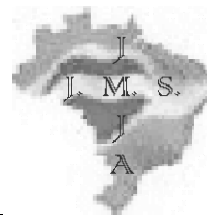
Era a *sombra da Inglaterra* lançada por sobre o Atlântico. No Brasil, havia, de fato, uma espécie de jurisdição especial para os súditos da majestade britânica, ratificada e destacada no Tratado de Comércio e Navegação de 1810.

Sob esta fisionomia histórica, foram criados novos tributos, ao lado dos já existentes. São exemplos disto:

- a) importação (Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, a da abertura dos portos às nações amigas);
- b) direitos de guindaste (Alvará de 25 de abril de 1808);
- c) décima dos prédios urbanos, ou 10% sobre os rendimentos líquidos dos imóveis situados no litoral ou em regiões populosas do interior (Alvará de 27 de junho



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



- de 1808). Depois, passou a ser chamado de décima urbana, e, em seguida, de imposto sobre prédios urbanos;
- d) pensão para a Capela Real (Alvará de 20 de agosto de 1808);
 - e) contribuição de polícia (Ato de 13 de maio de 1809);
 - f) imposto de sisa dos bens de raiz (Alvará de 3 de junho de 1809). Depois, passou a chamar-se de imposto sobre a transmissão imobiliária por ato inter-vivos;
 - g) meia sisa dos escravos, implicando na cobrança de 5% sobre toda a venda de escravo conhecedor de um ofício – ou ladino (Alvará de 3 de junho de 1809);
 - h) décima das heranças e legados (Alvará de 17 de junho de 1809);
 - i) imposto do selo sobre o papel (Alvará de 17 de junho de 1809);
 - j) direitos de entrada de escravos novos (Alvará de 22 de junho de 1810);
 - k) imposto sobre carruagens, lojas, armazéns ou sobrados e navios (Alvará de 20 de outubro de 1812);
 - l) imposto sobre a carne verde e as lãs grosseiras produzidas no Brasil;
 - m) direitos de 10% exigidos sobre os vencimentos dos funcionários da Fazenda e da Justiça, um predecessor do imposto de renda.

Enfim, existiam paralelamente impostos semelhantes cobrados pela Corte, pelas Províncias e pelos municípios.

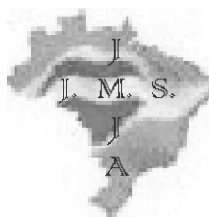
Obviamente, os tributos não passaram imunes ao movimento de independência e pela Constituição de 25 de março de 1824.

No art. 15, inc. X, ela previa como da atribuição da Assembléia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pela Câmara dos Senadores, fixar anualmente as despesas públicas e repartir a contribuição direta. No art. 36, inc. I, firmava como da competência da Câmara dos Deputados a iniciativa sobre os impostos.

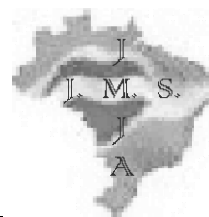
Era o ideal liberal de que toda tributação precisaria passar pela representação. Era o princípio da legalidade.

A Constituição de março de 1824 não continha apenas este princípio, comportando o da capacidade contributiva, o da isonomia, o da irretroatividade, etc.

Outra peculiaridade é a de que, mesmo sendo o Brasil um Estado unitário, existiam, ao lado da central, a receita provincial, e os tributos municipais.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Eram cerca de 151 rubricas, com denominações assistemáticas, além das provinciais e municipais.

Com o Ato Adicional de 1834, tentou-se discriminar melhor as exações, fixando que às Assembléias provinciais cabia legislar sobre a fixação das despesas municipais e os impostos necessários, contanto que estes não prejudicassem as imposições gerais do Estado. E às Câmaras municipais poderiam propor os meios de compor as despesas dos seus municípios (art. 10, § 5º)⁶⁰.

A Lei nº 99, de 31 de outubro de 1835 especificou as rendas do Governo central.

A Lei nº 317, de 21 de outubro de 1843 criou novos impostos e aumentou os já existentes.

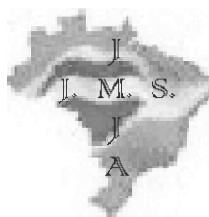
Era bastante caótico o sistema estabelecido, se é que se achava possível fornecer um sistema tributário equilibrado para o Brasil imperial.

Entre outros problemas, a carga tributária era cumulativa e as receitas costumavam ser distribuídas em:

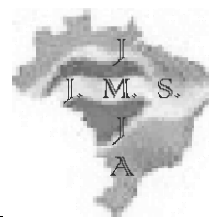
- a) receitas gerais (exs.: importação, exportação, sisa dos bens de raiz, loterias, taxas dos escravos, etc);
- b) receitas provinciais (exs.: décima dos legados e herança, dízimas dos gêneros – açúcar, café, transmissão sobre a propriedade móvel, meia sisa dos escravos ladinos, décima dos prédios urbanos, etc);
- c) receitas municipais (arrecadavam os tributos que a Província respectiva lhes outorgava).

Veio a República, e com ela a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, pretendendo firmar um sistema rígido de discriminação de receitas tributárias, distribuído entre a União e os Estados, pois ficavam excluídos os Municípios.

⁶⁰ Acto Addicional, Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 – Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. “Art. 10. *Compete às mesmas Assembléas legislar: (...) § 5º. Sobre a fixação das despesas municipaes e provincias, e os impostos para ellas necesarios, com tanto que estes não prejudiquem as imposições geraes do Estado. As Camaras poderão propôr os meios de occorer ás despesas dos seus municipios.*”



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



No art. 7º, havia uma competência exclusiva da União (exs.: importação, taxas de selo, ressalvada a estadual, taxas de correios e telégrafos). Vedava-se ao Governo federal criar distinções e preferências com relação aos portos estaduais.

No art. 9º, definia-se os impostos estaduais (exs.: exportação, sobre imóveis rurais e urbanos, sobre transmissão de propriedade e sobre indústria e profissões, contribuições referentes aos seus telégrafos e correios).

Foi esta Constituição que fixou a imunidade recíproca, proibindo aos Estados tributarems bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente (art. 10)⁶¹. Vedava-se, também, à União e aos Estados a prescrição das leis retroativas.

Contudo, no art. 12⁶², considerava lícito aos Estados e à União, cumulativamente ou não, criar outras fontes de receitas, desde que não colidisse com as vedações nela fixadas. Esta competência concorrente permaneceu sendo objeto de severas críticas, e serviu de anteparo para a criação do imposto de renda no Brasil pela via subconstitucional.

Finalmente, proibia a criação de imposto de qualquer natureza senão em virtude de lei autorizativa.

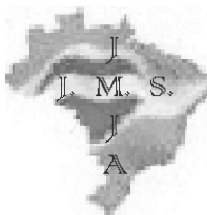
Ocorre que a grave crise econômica que abateu o mundo, no final dos anos 20, não deixou de influenciar decisivamente no Brasil. Trouxe a depressão para o setor rural e, por outro lado, fez com que houvesse um estímulo para a fabricação de produtos nacionais.

Em suma, a economia agrícola sentiu-se sufocada, tirando o seu apoio do Governo; o que redundou na chamada “Revolução de 30”.

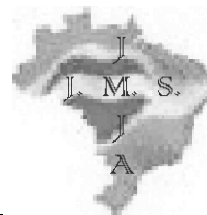
No período revolucionário, foram criados:

⁶¹ Constituição de 24 de fevereiro de 1891. “Art. 10. É proibido aos Estados tributar bens e rendas federaes ou serviços a cargo da União, e reciprocamente.”

⁶² Constituição de 24 de fevereiro de 1891. “Art. 12. Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é lícito á União, como aos Estados, cumulativamente ou não, crear outras quaesquer, não contravindo o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, n. 1.”



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



- a) a taxa de educação e saúde, incidente sobre documentos no âmbito federal, estadual ou municipal (Decreto nº 21.335, de 29 de abril de 1932);
- b) a contribuição de melhoria (Decreto nº 21.930, de 11 de maio de 1932);
- c) o imposto proporcional sobre capitais empregados em hipotecas (Decreto nº 21.949, de 12 de outubro de 1932).

Em 1934, foi determinada uma Reforma no Tesouro Nacional (Decreto nº 24.036, de 26 de março).

Também em 1934, eclodiu uma nova Constituição brasileira, mais precisamente aos 16 de julho.

Uma das suas novidades foi o fato de que manteve, ao lado das receitas federais e estaduais, as municipais.

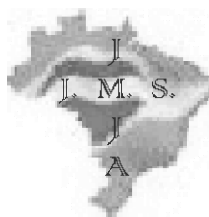
Outra foi o fato de vedar a bitributação. Era o texto: “*É vedada a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União quando a competência for concorrente. Sem prejuízo do recurso judicial que couber, incumbe ao Senado Federal, ex officio ou mediante provocação de qualquer contribuinte, declarar a existência da bitributação e determinar a qual dos dois tributos cabe a prevalência.*” (art. 11)

Criou também:

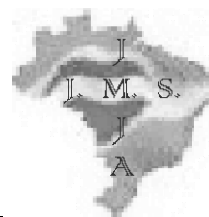
- a) o imposto de renda e o de consumo como tributos federais (art. 6º, inc. I, als. “c” e “b”);
- b) o imposto de vendas e consignações para os Estados (art. 8º, inc. I, al. “e”).

Competia privativamente à União (art. 6º), entre outras exações, fixar impostos sobre: importação; consumo de quaisquer mercadorias, exceto os combustíveis de motor à explosão; renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a cédula de imóveis, etc.

Competiam privativamente aos Estados fixar impostos sobre: propriedade territorial, exceto a urbana; transmissão de propriedade *causa mortis*; transmissão de propriedade imobiliária inter vivos, inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade; vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive as industriais, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual; exportação de



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



mercadorias de sua produção até o máximo de dez por cento ad valorem, vedados quaisquer adicionais; indústria e profissões, etc.

Quanto ao imposto de indústrias e profissões, embora lançado pelo Estado, seria arrecadado por ele e pelos Municípios em partes iguais.

Também previa a competência residual, admitindo a criação de outros impostos, para além do disposto expressamente no Texto Constitucional, cabendo 30% à União e 20% aos Municípios, de onde tinham provindo.

Competia privativamente aos Municípios, além da participação no imposto de indústria e profissões e de vinte por cento sobre a competência residual: imposto de licenças; impostos predial e territorial urbanos, cobrado, o primeiro, sob a forma décima ou de cédula de renda; o imposto sobre diversões públicas; o imposto cedular sobre a renda dos imóveis rurais e as taxas sobre serviços municipais.

Mas o intervalo democrático foi curto, pois em 1937, veio a “*polaca*”, que, embora trouxesse pequenas alterações, mantendo o que havia sido previsto em 1934, alinhou consigo uma ditadura.

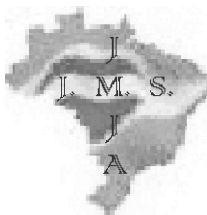
Entre as mudanças:

- a) suspendeu-se o imposto estadual sobre consumo de motor à explosão e o municipal sobre rendas de imóveis rurais. Disto resultou a unificação dos impostos de consumo e de renda, que ficaram com a União;
- b) criou-se um adicional ao imposto de renda, motivando-o na proteção à família. Ele incidia sobre pessoas solteiras, viúvas e sobre casais sem filhos (Decreto nº 3.200, de 19 de abril de 1941).

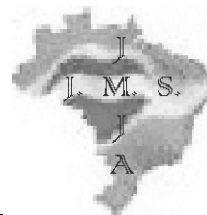
Após, veio a Constituição de 18 de setembro de 1946, que destacou:

- a) o aspecto municipalista⁶³;

⁶³ Em 1945, o Tesouro Federal arrecadava 63% dos tributos pagos, enquanto os Municípios não chegavam a receber 7%, cabendo aos Estados por volta dos 30% restantes. Por isto, objetivando melhorar as finanças municipais, tomou-se, entre outras, as seguintes medidas: a) conferiu-se aos Municípios todo o Imposto de Indústria e Profissões (IIP), pois antes só ficavam com 50% dele; b)



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS

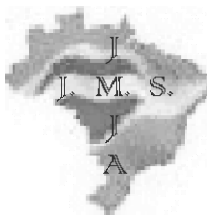


- b) o desaparecimento das referências à bitributação feitas nas Constituições de 1934 e 1937, entendendo-se que toda ela seria inconstitucional, sem que isto precisasse ser dito;
- c) o conceito expresso da contribuição de melhoria para a hipótese de valorização do imóvel em consequência de obras públicas, não sendo exigível para além da despesa realizada e do acréscimo do valor para cada imóvel beneficiado (art. 30 e Parágrafo Único);
- d) as limitações ao poder de tributar foram ampliadas, tornando-se imunes os templos, bens e serviços de partidos políticos, instituições educacionais e assistenciais e o papel destinado exclusivamente a jornais, periódicos e livros (art. 31);
- e) os impostos deveriam ser sempre que possível pessoais e graduados pela capacidade econômica do contribuinte (art. 202);
- f) a visão de proteger os setores mais pobres, reduzindo a antiga tradição da tributação regressiva, onde se onera mais os que menos têm capacidade de pagar;
- g) o instituto do direito anglo-saxão (*grants-in-aid*) que implica na técnica de participação por uma pessoa política de um tributo da competência para a instituição de uma outra pessoa política. Isto foi promovido pela Emenda Constitucional nº 05, de 21 de novembro de 1961, que tinha por epígrafe instituir uma nova discriminação de rendas em favor dos municípios brasileiros.

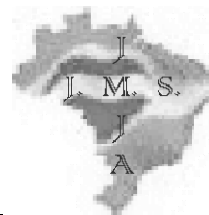
Exemplificando com a fórmula adotada:

1. tributos da competência da União. Ex.: imposto sobre consumo de mercadorias – do total do volume arrecadado, 10% pertenciam aos municípios, efetuada a distribuição em partes iguais; imposto único sobre combustíveis e lubrificantes minerais do País e energia elétrica – 60%, no mínimo, entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção; imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza – 15% do total do volume arrecadado pertenciam aos municípios, efetuada a distribuição em partes iguais, etc;

fixou-se uma quota, dividida em partes iguais, no rateio dos 10% do Imposto de Renda, excluídas as Capitais; c) quando a arrecadação estadual de impostos, salvo o de exportação, excedesse, em Município que não fosse o da Capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-ia anualmente 30% do excesso arrecadado.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



2. tributos da competência dos Estados. Ex.: competência residual – 20% do produto da arrecadação pertenciam à União; participação na arrecadação do imposto único sobre lubrificantes e minerais do País e energia elétrica – 60%, no mínimo, eram entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, etc;
3. tributos dos municípios. Ex.: participação na arrecadação do imposto sobre consumo de mercadorias (10%), do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (15%), dos impostos concorrentes entre a União e os Estados (40%) e do recebimento do excesso de arrecadação de impostos do Estado (30%)⁶⁴.

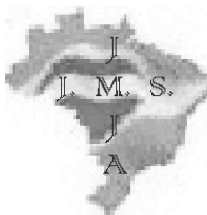
Em seguida, veio aquele que é considerado o fator inicial mais marcante do atual sistema tributário brasileiro⁶⁵. Refiro-me à Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que procurou encontrar uma nova ordem tributária para o Brasil.

Também no período pós 1964, recebe realce a Emenda Constitucional nº 07, de 22 de maio de 1964⁶⁶, que suspendeu, até 31 de dezembro de 1964, a limitação constitucional

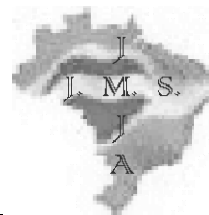
⁶⁴ Vide o art. 29, da Emenda Constitucional nº 05, publicada no Diário Oficial de 22 de novembro de 1961, e revogada pelo art. 25, da Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro de 1965: “Art. 29. Além da renda que lhes é atribuída por força dos §§ 2º, 4º e 5º, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhe forem transferidos pelo Estado, pertencem aos municípios os impostos: I- sobre propriedade territorial urbana e rural; II- predial; III- sobre transmissão de propriedade imobiliária inter vivos e sua incorporação ao capital de sociedades; IV- de licenças; V- de indústria e profissões; VI- sobre diversões públicas; VII- sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência. Parágrafo Único. O imposto territorial rural não incidirá sobre sítios de área não excedente a vinte hectares, quando os cultive, só ou com sua família, o proprietário.”

⁶⁵ O que não significa retirar a importância da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

⁶⁶ A Emenda Constitucional nº 07, de 22 de maio de 1964, dispunha: “Artigo Único. A vigência do parágrafo 34, do art. 141, da Constituição Federal, na parte em que exige a prévia autorização orçamentária para a cobrança de tributo em cada exercício, fica suspensa até 31 de dezembro de 1964.” Era o mencionado § 34, do art. 141: “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 34. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



sobre a exigência de prévia previsão orçamentária para a cobrança dos tributos, também conhecida como princípio da anualidade.

Enfim, foi esta a discriminação de competências estatuída pela Emenda Constitucional nº 18/1965⁶⁷, em suas linhas mais gerais mantida até hoje no Brasil:

1. tributos da competência da União:

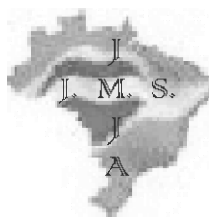
- a) impostos: I- impostos sobre o comércio exterior (art. 7º) – importação de produtos estrangeiros e exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais e nacionalizados; II- impostos sobre o patrimônio e a renda (art. 8º) – propriedade territorial rural, renda e proventos de qualquer natureza; III- impostos sobre a produção e a circulação (arts. 11 e 14) – produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal; IV- especiais (art. 16) - produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de combustíveis e lubrificantes líquidos ou gasosos, sobre produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica, sobre produção, circulação ou consumo de minerais do País (art. 16, inc. III), extraordinários (art. 17);
- b) taxas (art. 18);
- c) contribuições de melhoria (art. 19).

2. tributos da competência dos Estados:

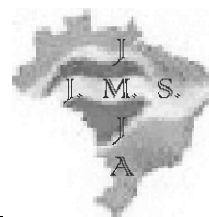
- a) impostos: I- sobre o patrimônio e a renda (art. 9º); sobre a transmissão de bens imóveis por natureza ou por acessão física, de direito reais sobre imóveis; II- sobre a produção e a circulação (art. 12) – operações relativas à circulação de mercadorias;

autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.”

⁶⁷ Emenda Constitucional nº 18, publicada no Diário Oficial da União de 06.12.1965. Era o seu art. 1º: “O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal, e, nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual ou municipal.”



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



- b) taxas;
- c) contribuições de melhoria (art. 19).

3. tributos da competência dos municípios:

- a) impostos: I. sobre o patrimônio e a renda (art. 10) – sobre a propriedade predial e territorial urbana; II- sobre a produção e a circulação (arts. 13 e 15) – sobre operações relativas à circulação de mercadorias, com base na legislação estadual e por alíquota não superior a 30% (art. 13); sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados (art. 15);
- b) taxas;
- c) contribuições de melhoria (art. 19).

Seguindo estas linhas gerais, veio o Código Tributário Nacional, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, recepcionado pela Constituição de 1967 e consagrado a título de lei complementar pelo Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967.

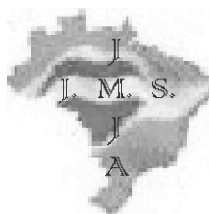
De fato, aos 19 de agosto de 1953, havia sido indicada uma Comissão para elaborá-lo. O seu Anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional sob o nº 4.834-54.

Na verdade, com a Constituição de 1967, que, como foi visto, foi elaborada em face da transformação do Congresso Nacional em Poder Constituinte originário, pouco se alterou.

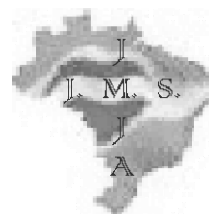
Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 01/1969, de larga extensão, ocorreram algumas transformações, mas continuavam mantidas as designações gerais da Emenda Constitucional nº 18/1965.

Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 consagrou um Título para a “*Tributação e o Orçamento*”, o Título VI, destinando o Capítulo I para o Sistema Tributário Nacional.

Este Capítulo está dividido em três partes: a) trata dos princípios gerais e das limitações do poder de tributar; b) discrimina as receitas dos impostos pela União, por Estados e o Distrito Federal e pelos Municípios; c) dispõe sobre a repartição das receitas tributárias.



CAPÍTULO 1. O BRASIL - UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS



Pela extensão e profundidade do assunto, destinei um Capítulo especial para estudar o Sistema tributário brasileiro e a sua atual realidade normativa, apresentando, de modo detalhado, o que chamei de Quadros Estruturais do direito tributário no Brasil.

Questões como a da progressividade do IPTU – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, alterações na legislação do IR – imposto de renda e proventos de qualquer natureza, o planejamento tributário e a denominada norma geral anti-elisiva, a constitucionalidade de novas contribuições (SEBRAE, CPMF, etc.), o sigilo bancário mediante a Lei Complementar nº 105/2001, o caráter nacional/estadual do ICMS, a guerra fiscal e os seus motivos e mecanismos são todos assuntos, entre muitos outros, que precisam ser estudados mediante o conhecimento do Sistema e das suas Normas Gerais, para, só após, investir-se no caso concreto.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS

“Nenhuma lei pelo Rei feita o obriga, senão enquanto Ele, fundado em razão e igualdade, quiser a ela submeter o seu real poder.” (Livro II, Título 35, § 21, das Ordenações Filipinas, de 1602)

“A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.” (art. 99, da Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824)

“(…) Foram distribuídos, em 1999, 54.279 processos. No ano de 1998, foram distribuídos 50.232 processos. Houve um aumento, portanto, em 1999, de 4.047 processos distribuídos. O Supremo Tribunal Federal julgou, em 1999, 55.662 processos. Em 1998, foram julgados 52.612 processos. O aumento foi, portanto, de 3.050 processos. Convém esclarecer que temos um estoque de 15.351 processos a serem distribuídos. É dizer, o Supremo Tribunal recebeu, em 1999, 69.630 processos.”.(INTERNET - Notícias do Supremo Tribunal Federal, de 17.12.99 às 15:00 hs. Manchete: CARLOS VELLOSO afirma que Supremo fez o que devia em 1999).⁶⁸

⁶⁸ “ De 02 de janeiro a 25 de novembro de 1998, o Supremo Tribunal Federal distribuiu 45 mil processos para os onze ministros do Tribunal examinarem e levarem a julgamento. Durante todo o ano passado, os ministros do STF receberam 33 mil 963 processos. O Supremo Tribunal julgou, no período de 02 de janeiro a 25 de novembro de 1998, um total de 43 mil 760 processos, incluídos neste número ações que deram entrada antes de janeiro de 1998. Também nesses meses de 1998, foram publicadas 12 mil 596 decisões (acórdãos) do STF. Mantido o ritmo atual de distribuição, até o final deste ano deverão ser encaminhados aos ministros outros 4 mil 200 processos, totalizando quase 50 mil novas ações em andamento. Confirmada essa previsão, cada ministro do Tribunal terá recebido, em 1998, pelo menos cinco mil processos para relatar e julgar, à exceção do presidente do STF que, pelo regimento interno do Tribunal, decide sobre um grupo especial de processos”.(Noticiário Informativo do próprio Supremo Tribunal Federal, de 05.12.1998-INTERNET)”



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



Recentemente, um dos maiores Jornais do Brasil⁶⁹ divulgou que, para as empresas que estão em São Paulo⁷⁰, a cada 28 (vinte e oito) horas é editada uma nova norma relativa ao ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior).

Já foram 137 (cento e trinta e sete) convênios celebrados entre Estados no ano de 1997. Em 1998, até outubro, já se estava na casa dos 105 (cento e cinco). O vai-e-vem da legislação desafia as empresas, que precisam manter escritórios de advocacia terceirizados, com o objetivo de atualização. É comum se ouvir que, para acompanhar as mudanças, quase diárias, só é possível pela Internet. Chega o Estado, inclusive, a alterar prazos de recolhimento de tributo para atender a campanhas como o “Liquida São Paulo”, uma promoção de inverno da Associação de Lojistas de Shoppings.

”Já em outubro de 1999, o Supremo Tribunal Federal recebeu, entre 02 de janeiro e 11 de outubro, mais de 63 (sessenta e três) mil processos, dos quais 47.184 já foram protocolados. Diz, ainda, o Noticiário do Supremo Tribunal Federal, veiculado na INTERNET, sob a manchete “ Supremo já julgou 42.836 processos até 11 de outubro deste ano”. No mesmo período foram autuados 37.532, distribuídos 36.815 e julgados 42.836 processos. Segundo a Coordenação do Módulo de Acompanhamento Processual do STF, somente o presidente do Supremo, Ministro CARLOS VELLOSO, despachou, em igual período, 2.643 processos. Foram publicados até Segunda-feira passada, 12.040 Acórdãos. Em 1998, o Supremo Tribunal Federal protocolou 49.859 processos e julgou 52.471 processos, contra 40.859 em 1997, 31.664 em 1996 e 34.865 em 1995. De 1990 até o último dia 11.10.99, o Supremo Tribunal Federal já julgou 305.958 processos.” (Extraído do Noticiário Oficial do Supremo Tribunal Federal brasileiro. 13.10.99. Hora: 14:00 hs. www.stf.gov.br)

⁶⁹ GAZETA MERCANTIL, 16.10.98. Artigo da autoria de MARTA WATANABE, de São Paulo. Título do artigo: “Normas de ICMS mudam a cada 28 horas.”

O ICMS está previsto na Constituição do Brasil no art. 155, inc. II, sendo uma abreviatura de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. É um dos principais tributos do sistema brasileiro em termos de arrecadação. É o principal tributo dos Estados em termos de valor arrecadado.

⁷⁰ São Paulo é o Estado economicamente mais forte do Brasil.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



Outro assunto que mereceu destaque, no Brasil, foi o fato de uma medida provisória⁷¹, que foi convertida em lei (Lei nº 9.639/26.05.1998, art. 11, “caput” e Par. Único), anistiar empresários acusados de apropriação indébita de valores descontados dos seus empregados em favor da seguridade social. Ocorre que, no dia seguinte à publicação, constatou-se que este dispositivo não constava no texto de lei que foi aprovado no Congresso Nacional, e, por isto, foi reeditada a lei, excluindo a anistia. Após forte polêmica, o Supremo Tribunal Federal a declarou inconstitucional, por não haver cumprido o rito que deveria cumprir em sua tramitação legislativa.

Embora exemplificativamente, e ainda sobre medida provisória, ressalto aquela que duplicou o prazo da propositura da ação rescisória para 4 (quatro) anos⁷²; isto quando a parte derrotada fosse o Poder Público⁷³. Foi a Medida Provisória nº 1.703-17, de 28 de setembro de 1998, que, no seu art. 5º, dispunha:

“Art. 5º. Os arts. 188 e 485, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passam a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 188. O Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, gozarão do prazo:

I. em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória;
e

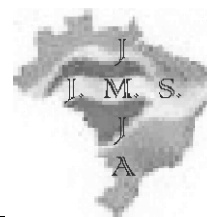
⁷¹ Constituição do Brasil, art. 62. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de 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.” (Texto originário). Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).

⁷² Nos termos da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que deu nova regulamentação jurídica ao instituto da medida provisória, estabeleceu-se que é vedada a sua edição sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil (art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”). Mas em relação àquelas que estavam em vigor em data anterior à publicação desta Emenda, continuam em vigor até revogação explícita (1) ou deliberação definitiva do Congresso Nacional (2), conforme o art. 2º.

⁷³ A ação rescisória vem sendo utilizada no Brasil como um verdadeiro super-recurso.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



*II- em quádruplo para contestar.*⁷⁴

‘Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

X- a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial.’” (este inciso não tinha correlato no texto original)

Enfim, só no Governo do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, que foi reeleito no primeiro turno das eleições presidenciais⁷⁵ (primeiro domingo de outubro/98)⁷⁶, já foram editadas mais medidas provisórias do que foram expedidos Decretos-leis durante toda a vigência da Constituição de 1967, que vigorou até 1988, passando por várias Emendas.⁷⁷

⁷⁴ A redação original é a seguinte: “Art. 188. *Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.*”

⁷⁵ Dados do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral – TSE: Eleições de 1998 – 1º Turno – Resultado Final Nacional: Total de votos apurados – 83.290.705 (78,50% de 106.101.067 eleitores. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO – 35.936.540 – 53,07% dos votos válidos). Eleições de 1994 – 1º Turno – Resultado Final Nacional: Total de votos apurados – 77.920.633 (82,21% de 94.782.803 eleitores. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO – 34.350.217 – 54,28% dos votos válidos).

⁷⁶ Constituição do Brasil, art. 77: “Art. 77. *A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro Domingo de outubro, em primeiro turno, e no último Domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (...) § 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.*” (O “caput” do art. 77 vai com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997)

⁷⁷ No Brasil, não são poucas as vozes no sentido de que a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, publicada no Diário Oficial de 20.10.69 (Retificada em 21.10.69. Republicada em 30.10.69) constituiu uma nova Constituição, dado a sua extensão e importância. No entanto, nos Considerandos desta Emenda, consta que se mantinha em vigor a Constituição de 24.01.67.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



De fato, segundo o que registra o Serviço de Controle de Informações do Senado Federal, até 10 de novembro de 1998, foram expedidas 3.288 (três mil, duzentos e oitenta e oito) medidas provisórias. Destas, 2.475 (duas mil, quatrocentos e setenta e cinco) no Governo do atual Presidente. Quanto aos Decretos-leis, se computados desde o Decreto-Lei nº 319, de 27 de março de 1967 até o de nº 2.481, de 31 de outubro de 1988, dá um total de 2.162 (dois mil, cento e sessenta e dois).⁷⁸

O próprio Texto Constitucional já sofreu o absurdo de ver aprovado o mesmo artigo em duas Emendas distintas. Foi o art. 246, que determinava: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação do artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.” Este dispositivo foi aprovado na Emenda nº 06, de 15 de agosto de 1995 e na Emenda nº 07, que têm ambas a mesma data. Posteriormente, este dispositivo foi limitado no tempo, sob a seguinte redação (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001): “*É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive.*”

Mais: na Constituição do Brasil, há artigo sem texto. É o art. 171, que foi revogado pela Emenda Constitucional nº 06. Enfim, a mesma Emenda que retirou o conteúdo de um artigo constitucional, promoveu a duplicidade de um outro.

⁷⁸ A Constituição atual do Brasil predica no art. 25, do seu Ato das Disposições Transitórias que: “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I- ação normativa; II- alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. § 1º Os decretos-leis, em tramitação no Congresso Nacional, e por este não apreciados até a promulgação da Constituição, terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I- se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias, a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II- decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados; III- nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes. § 2º. Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, Parágrafo Único.”



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



No entanto, e a despeito de tudo, esta mesma Constituição de 1988⁷⁹ preocupou-se com o desejo do cidadão de obter **segurança**, pois se manifestou sobre este termo em 24 (vinte e quatro) citações. Uma delas está no Preâmbulo, quando predica que a Assembléia Nacional Constituinte reuniu-se para instituir um Estado Democrático destinado a garantir, entre outros valores, a segurança e a liberdade. E, já no art. 5º, “caput”, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da propriedade e da segurança, cogitando que, destes princípios, decorrem os demais.

Infelizmente, segurança é o que não há. Note-se que aqui não se está falando de um direito alternativo, mas da própria insegurança transmitida pela constante mutação do direito legislado. Embora, nos meados de 1999⁸⁰, venha o Governo Federal a divulgar o seu desejo de suavizar este estado de coisas, afirmando o Chefe da Casa Civil da Presidência da República que *“o Governo quer tentar reduzir o número de edições de medidas provisórias, e diminuir a quantidade de modificações nas MPs em vigor. Essas mudanças ocorrem com frequência e no momento em que elas são reeditadas. Muitas vezes incluídos assuntos não relacionados com os objetivos iniciais da medida”*.⁸¹

Sem a estabilidade nas relações jurídicas repercute uma incerteza e uma desconfiança nas Instituições. É, por isto, que aquilo que estou apresentando pretende, de algum modo, chamar a atenção para o quanto é necessário a estabilidade, inclinando por, ao menos, passar ao cidadão comum o sentimento de que, quando se submete ao Poder Judiciário no Brasil, não se está lançando em um mero jogo de azar, onde tudo depende da sorte.

⁷⁹ Foi promulgada em 05 de outubro de 1988.

⁸⁰ Isto tudo em um País que tem um PIB estimado para 1999 no montante de 1 trilhão de Reais, embora com um déficit público esperado, para o mesmo ano, em uma proporção no PIB, de 8% (oito por cento). Em valores monetários, o déficit público esperado para 1999 é de 80 bilhões de Reais. Estes dados foram retirados da “Estimativa de impacto da implantação do programa de distribuição de renda no déficit público esperado para 1999. Em anexo ao Informativo do Senado Federal – Subsecretaria de Relações Públicas - à Comissão Mista Especial criada através do Requerimento nº 37, de 1999 – Congresso Nacional. Material sobre o *Programa de Combate e Erradicação da Pobreza*.”

⁸¹ Extraído do Jornal “O Globo”. 09.08.1999. Caderno “O País”, p. 10.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



De fato, vislumbro um forte intervalo entre a realidade social e a jurídica, mas não apenas constituído por uma questão de linguagem. Penso que este não é o problema. Afinal, acato que o direito trabalhe no campo dos três modais (permitido, proibido e obrigatório), ou, dito de outro modo, que o direito encontre-se estruturado em função do código binário “*lícito e ilícito*”⁸². Também não quero, aqui, pôr em discussão a teoria da *autopoiese*, que foi concebida entre as ciências biológicas, no começo da década de 70, com os trabalhos de Maturana e Varela⁸³, e transposta para o campo social por NIKLAS LUHMAN, a partir de 1984.

Não me parece que o ponto de relevo fique em torno de ser o direito um sistema auto-reprodutivo, detendo elementos e estruturas que se constituam a partir do próprio sistema, e não pela influência direta de outros sistemas⁸⁴.

⁸² Ver NEVES, MARCELO. A constitucionalização simbólica. São Paulo, Ed. Acadêmica, 1994, ps. 120-121. Ver também CARVALHO, PAULO DE BARROS. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo, Ed. Saraiva, 1998, ps. 100-104.

⁸³ “Uma segunda interpretação salientaria antes a relação entre a auto-referência do Direito e a sua imprevisibilidade. O ideal de certeza e segurança, que repousa no postulado da previsibilidade da aplicação do direito aos casos concretos da vida, seria incompatível com essa sua característica de auto-referência (...) HOFSTADER denuncia mesmo explicitamente que a hierarquia das fontes do direito não é poupada a semelhante lógica de circularidade: “A ironia está em verificar que, deste modo, tendo-se batido com a cabeça no tecto, somos impedidos de saltar para fora do próprio sistema na busca de uma autoridade superior, não restando senão recorrer a regras aparentemente menos definidas, mas que, afinal, são as únicas fontes das regras de nível superior: as regras de nível inferior.” (TEUBNER, GUNTHER. O Direito como sistema autopoietico. Tradução e Prefácio de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, ps. 03 e 05-06).

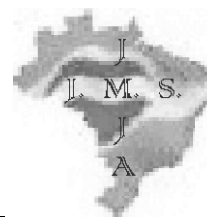
Em meu entendimento, se não fosse possível nenhuma segurança, não haveria a necessidade do direito. “Sem segurança não há direito, nem bom nem mau, nem de nenhuma classe”. (vide *La Inseguridad Juridica*. ALTERINI, ATILIO ANIBAL. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1993, p. 07. Atribui a frase a LUIS RECASENS SICHES).

⁸⁴ A teoria autopoietica, como se vê, é extremamente jovem; e, também por isto, ainda se encontra sob intensa discussão, inclusive quanto aos seus fundamentos e confirmação empírica das suas bases. No entanto, graças à sua originalidade, vem produzindo apaixonadas discussões, que oscilam entre a fascinação e a crítica impietosa. (vide o Prefácio de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, ao Direito como Sistema Autopoietico. Obra citada, 1989, XXX-XXXII)

Pessoalmente, acredito que mereça uma particular atenção no que se refere ao seu discurso sobre a instrumentalização econômica e política do direito formal moderno. Em minha interpretação desta teoria, reflito sobre a adoção de critérios extrajurídicos, que, em face ao oportunismo político e ao



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



A afirmação de que um sistema não age sobre outro sistema, alterando-o, permitindo-se apenas pensar que um sistema pode tomar conhecimento de informações de outro sistema, processando as mesmas segundo o seu código próprio, faz-me lembrar do que disse um arguto jurista brasileiro: *“Tende-se a dar primazia excessiva ao direito em tese, a seu estudo e interpretação doutrinária, quando o verdadeiro direito, o direito vivo, o que cumpre sua missão de processo de adaptação social, com os olhos voltados para os seres humanos que serão atingidos pela decisão, é o direito aplicado, concretizado, individualizado, revelado no caso.”*⁸⁵

É também esta a lição que retiro de afirmações como a que defende que uma regra jurídica adquire verdadeira normatividade quando é usada para decidir um caso jurídico, pois só assim se completa o seu processo de concretização (judicial ou administrativo)⁸⁶.

Enfim, esta questão de ser o direito um sistema auto-reprodutivo faz-me lembrar daquele pai dedicado que busca ministrar ao seu filho a mais balanceada nutrição, fornecendo-lhe alimentos que contêm os elementos necessários ao seu desenvolvimento forte e sadio.

Para isto, dá-lhe tomate, cebola, pimentão, arroz, feijão, carne etc..⁸⁷ Ora, o organismo do menino irá decompor estes alimentos, retirando dos mesmos aquilo que precisa. Obviamente, eles irão sofrer transformações, no organismo da criança, para serem assimilados.

Admito que seja isto o que ocorra comparativamente com o direito, pois ele assimilará, à sua maneira, os acontecimentos políticos, religiosos, econômicos etc.

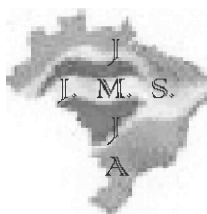
No entanto, se estes acontecimentos forem negativos, mesmo que tenha o direito uma linguagem própria, dificilmente escapará dos seus efeitos.

econômico, podem lançar o direito em um campo dramático de indeterminação. (Ver, nesta obra: *A nova indeterminação*, ps. 202 e ss).

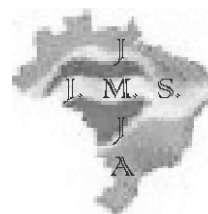
⁸⁵ Ver FERREIRA, SÉRGIO DE ANDRÉA. O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais, in *Revista Forense*, vol. 334, p. 209.

⁸⁶ Ver CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra, Almedina, 1992, p. 229.

⁸⁷ Tomando-se em conta o padrão alimentar do cidadão brasileiro médio.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



Logo, quer me parecer fundamental a formação de uma consciência positiva e bem informada entre aqueles que vivem em um Estado, ressaltando daí a importância dos princípios que regem aquela comunidade.

Dito de outro modo, não basta saber que existe o princípio, pois ainda é necessário querer e poder cumpri-lo⁸⁸.

Pois bem. Vai, a seguir, um Quadro Sinótico que sempre está a necessitar de atualização, frente à enorme velocidade legislativa brasileira, onde, em um só dia, chegam a ser promulgadas quatro (04), ou mesmo cinco (05) Emendas Constitucionais, tal como ocorreu, respectivamente, nos dias 15 de agosto de 1995 (04) e 07 de junho de 1994 (05).

⁸⁸ Observando os principais aspectos do Orçamento brasileiro de 2002, isto sem falar na possibilidade de contingenciamento durante o exercício financeiro, tem-se que a efeito de pagamento de juros de dívidas compromete-se 72,1 bilhões de reais e com a formação do superávit primário (sem juros) 36,7 bilhões de reais. Para que se tenha uma noção comparativa, o Fundo de Combate à pobreza apenas compromete 5 bilhões de reais.

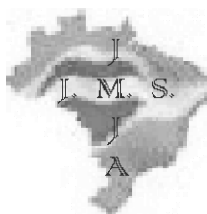


CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS

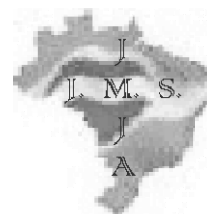


EMENDAS CONSTITUCIONAIS (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988)

1. Emenda nº 01, de 31 de março de 1992 – remuneração dos Deputados estaduais e vereadores.
2. Emenda nº 02, de 25 de agosto de 1992 – plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, alterando a data de realização de 07 de setembro para 21 de abril de 1993.
3. Emenda nº 03, de 17 de março de 1993 – vários dispositivos esparsos, entre eles: contribuições dos servidores para as aposentadorias e pensões, ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, fato gerador presumido, eliminação do adicional do imposto de renda (Estados) e do imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos (municípios), criação do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF) com vigência até 31 de dezembro de 1994.
4. Emenda nº 04, de 14 de setembro de 1993 – anualidade da legislação que altera o processo eleitoral, a partir da vigência do ano da vigência da nova lei.
5. Emenda nº 05, de 15 de agosto de 1995 – veda a edição de medida provisória para regulamentar os serviços locais de gás canalizado.
6. Emenda nº 06, de 15 de agosto de 1995 – trata da pesquisa e da lavra de recursos minerais e veda a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo constitucional cuja redação haja sido alterada através de Emenda promulgada a partir de 1995.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



7. Emenda nº 07, de 15 de agosto de 1995 – veda as medidas provisórias nos exatos termos da Emenda anterior, de nº 06/95 (mesma data), trata do transporte aéreo, aquático e terrestre, além de dispor sobre a navegação interior e de cabotagem por embarcações estrangeiras.

8. Emenda nº 08, 15 de agosto de 1995 – trata da exploração dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, vedando, ainda, a utilização de medida provisória para tratar dos serviços de telecomunicações, bem como da criação do órgão regulador e de outros aspectos institucionais.

9. Emenda nº 09, de 09 de novembro de 1995 – trata do petróleo e dos seus derivados, vedando a edição de medida provisória sobre o assunto.

10. Emenda nº 10, de 04 de março de 1996 – altera o Fundo Social de Emergência, para o saneamento financeiro da Fazenda Pública federal e estabilização econômica (prioridade aplicação: saúde, educação e benefícios previdenciários). Este Fundo foi criado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 01/94. Compreenderia o período desde 1994 até 30 de junho de 1997.

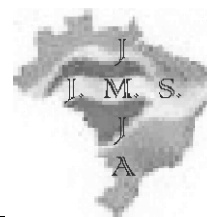
11. Emenda nº 11, de 30 de abril de 1996 – permite a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e concede autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

12. Emenda nº 12, de 15 de agosto de 1996 – outorga competência à União para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF – prazo de até dois anos).

13. Emenda nº 13, de 21 de agosto de 1996 – trata da autorização e do funcionamento de estabelecimentos de seguros, resseguro, previdência e capitalização, e do órgão oficial fiscalizador.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



14. Emenda nº 14, de 12 de setembro de 1996 – trata da manutenção e do desenvolvimento do ensino.

15. Emenda nº 15, de 12 de setembro de 1996 – trata da incorporação, da fusão e do desmembramento de municípios por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal.

16. Emenda nº 16, de 04 de junho de 1997 – permite a reeleição, para um único período subsequente, do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos. Fixa o mandato do Presidente da República em 04 (quatro) anos, com início em 01 de janeiro do ano seguinte ao da eleição.

17. Emenda nº 17, de 22 de novembro de 1997 – altera o Fundo Social de Emergência, ampliando-o até 31 de dezembro de 1999. Fala em Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), ao lado da nomenclatura Fundo Social de Emergência.

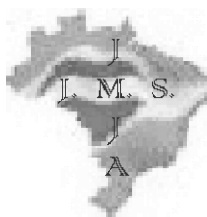
18. Emenda nº 18, de 05 de fevereiro de 1998 – trata do regime constitucional dos militares, disciplinando-o com a seguinte nomenclatura: “Dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”⁸⁹.

19. Emenda nº 19, de 05 de junho de 1998 – Reforma Administrativa ou “modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal”.

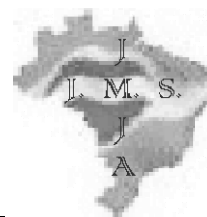
20. Emenda nº 20, de 15 de dezembro de 1998 – Reforma Previdenciária ou “modifica o sistema de previdência social e estabelece normas de transição”.

21. Emenda nº 21, de 18 de março de 1999 – prorroga, alterando a alíquota, a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira (CPMF). Prorroga, por 36 (trinta e seis meses), a CPMF. Alíquotas: 0,38 % (primeiros 12 meses) e 0,30 % (nos 24 meses subsequentes). O resultado do

⁸⁹ A partir da década de 90, e intensificados no início deste século XXI, foram os movimentos grevistas das polícias estaduais, quer a civil, quer também a militar, provocando sérios sobressaltos entre a população.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



aumento da arrecadação decorrente da alteração da alíquota, entre 1999 e 2001, iria para o custeio da previdência social.

22. Emenda nº 22, de 18 de março de 1999 – atribui à lei federal a possibilidade de criação de **juizados especiais no âmbito da Justiça Federal**. Inclui, na competência do Supremo Tribunal Federal, o **habeas corpus** quando o coator for Tribunal Superior, ou a autoridade esteja submetida diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Inclui, na competência do Superior Tribunal de Justiça, o **habeas corpus** quando o coator for Tribunal sujeito à sua jurisdição, ou Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

23. Emenda nº 23, de 02 de setembro de 1999 – cria o Ministério da Defesa, perdendo a condição de Ministros os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

24. Emenda nº 24, de 09 de dezembro de 1999 – extingue os ministros classistas e juízes classistas, ressaltando o cumprimento dos mandatos em vigor.

25. Emenda nº 25, de 14 de fevereiro de 2000 (art. 3º - esta Emenda Constitucional entra em vigor em 01 de janeiro de 2001) – dispõe sobre os Municípios brasileiros (subsídios de Vereadores, despesa do legislativo municipal, crime de responsabilidade do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal).

26. Emenda nº 26, de 14 de fevereiro de 2000 – acrescenta a palavra “moradia” aos direitos sociais.

27. Emenda nº 27, de 21 de março de 2000 – cria a DRU (Desvinculação de Receitas da União).

28. Emenda nº 28, de 25 de maio de 2000 – altera o prazo prescricional para os créditos decorrentes das relações de emprego dos trabalhadores urbanos e rurais.

29. Emenda nº 29, de 13 de setembro de 2000 – assegura recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



30. Emenda nº 30, de 13 de setembro de 2.000 – refere-se ao pagamento de precatórios judiciais.⁹⁰

31. Emenda nº 31, de 14 de dezembro de 2.000 – cria o Fundo de Combate e Erradicação da pobreza.

32. Emenda nº 32, de 11 de setembro de 2001 – altera o regulamento jurídico das medidas provisórias.

33. Emenda nº 33, de 11 de dezembro de 2001 – altera as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, além do ICMS (combustíveis, lubrificantes, gás natural e seus derivados, etc).

34. Emenda nº 34, de 13 de dezembro de 2001 – traz novas exceções à vedação de acumulação remunerada de cargos públicos.

35. Emenda nº 35 – dispõe sobre alterações no ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de comunicações e de transportes interestaduais e intermunicipais) e na CIDE (contribuição de intervenção no domínio econômico) sobre lubrificantes e combustíveis.

Emendas Constitucionais de Revisão - ECR (Promulgadas logo após a Emenda Constitucional nº 04, de 14 de setembro de 1993). Observação: ADCT, art. 3º. “A *revisão constitucional* será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

⁹⁰ 1. Em 24.09.2.001, tramitavam, no Supremo Tribunal Federal, 2.862 (dois mil, oitocentos e sessenta e dois) pedidos de intervenção federal em razão de descumprimento de ordem judicial. No mínimo, 18 (dezoito) pedidos de intervenções federais encontram-se em fase de julgamento na presidência do tribunal. A maioria dos pedidos relativos à intervenção nos Estados relaciona-se à falta de pagamento de precatórios. 2. Foi entregue, em outubro de 2001, pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, PAULO COSTA LEITE, ao Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, BERNARDO CABRAL, entre outras sugestões de Reforma do Poder Judiciário, a da substituição dos precatórios por títulos negociáveis no mercado.



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS



36. ECR nº 01, de 01 de março de 1994 – institui o Fundo Social de Emergência (FSE). Objetivo: saneamento financeiro da Fazenda Pública federal e estabilização econômica. Recursos aplicados na saúde, educação, benefícios previdenciários. Veda-se a utilização de medida provisória na regulamentação deste Fundo.

37. ECR nº 02, de 07 de junho de 1994 – trata-se da convocação de ministros e de outras autoridades diretamente subordinadas à Presidência da República perante a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, bem como de pedidos escritos de informação pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal àquelas autoridades (crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento no prazo de trinta (30) dias; ou a prestação de informações falsas).

38. ECR nº 03, de 07 de junho de 1994 – altera o Capítulo da Nacionalidade.

39. ECR nº 04, de 07 de junho de 1994 – trata de inelegibilidade (matéria de lei complementar a fixação de outros casos afora os constitucionais), considerando a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, vida pregressa do candidato.

40. ECR nº 05, de 07 de junho de 1994 – altera de cinco (05) para quatro (04) anos o mandato do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos.

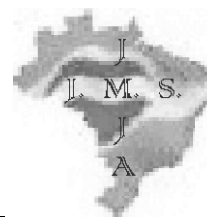
41. ECR nº 06, de 07 de junho de 1994 – trata de renúncia de parlamentar submetido a processo que possa implicar em perda do mandato, suspendendo os seus efeitos até as deliberações finais.

Que Deus *ilumine* o Brasil.⁹¹

⁹¹ Em junho de 2.001, por falta de planejamento estratégico no setor de energia elétrica, adveio um forte racionamento de eletricidade no Brasil, pela via de medidas provisórias (MPs. nºs. 2.148-1/22.05.2.001 e 2.152-2/1º.06.2.001), que, em um primeiro momento, procuraram afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (L. nº 8.078/11.09.1990), excluindo a responsabilidade do Poder Público por eventuais avarias em eletrodomésticos, máquinas fabris, etc. São os dispositivos do **Código de Defesa do Consumidor** (L. nº 8.078/11.09.1990) que se pretendia excluir da incidência: “*Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço. Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação,*



CAPÍTULO 2. A ATUAL REALIDADE NO BRASIL E O QUADRO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS

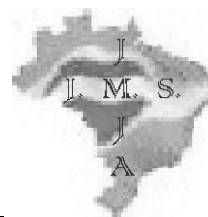


apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º. O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I- a sua apresentação; II- o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III- a época em que foi colocado em circulação. § 2º. O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I- que não colocou o produto no mercado; II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (...) Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I- o modo de seu fornecimento; II- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III- a época em que foi fornecido. § 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa. (...) Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo Único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código. (...) Da Cobrança das Dívidas. Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo Único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

De algum modo, equipara-se este fato (acionamento de energia elétrica) à retenção da moeda brasileira, ocorrida no início dos anos 90 (Plano Collor). É de receber destaque, ainda, que, desde 1996, estava constituída a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (L. nº 9427/26.12.1996), cuja finalidade é a de “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.” (art. 2º)



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA

“A decisão jurídica (a lei, o costume, a sentença judicial etc.) impede a continuação de um conflito; ela não o termina mediante uma solução, mas o soluciona pondo-lhe um fim, isto é, eliminando aquela incompatibilidade, para trazê-la a uma situação onde não pode mais ser retomada ou levada adiante (coisa julgada). A norma jurídica é uma decisão; através dela se garante que certas decisões serão tomadas, porque ela estabelece controles, isto é, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões.”(DINIZ, MARIA HELENA. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1989, p. 156).

Tenho comigo que a repetição de um termo, ou de uma frase, ou de uma idéia revela uma certa insegurança daquele que repete; e, também, a importância daquilo que se repete.

A Constituição do Brasil de 1988 é pródiga em repetições. Sobre isto, já falei, anteriormente, um pouco; ao tratar da isonomia, da irretroatividade e da educação.

Agora, analisarei a expressão *segurança*, que, a considerar o teor da Constituição de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (Reforma Previdenciária)⁹², foi repetida 24 (vinte e quatro) vezes; e, uma delas, no próprio Preâmbulo constitucional.

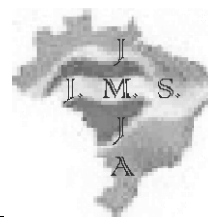
Destas 24 (vinte e quatro) vezes, em 10 (dez), trata do mandado de segurança. Em uma, para dispor sobre a própria medida; em outra, para apresentar os traços do mandado de segurança coletivo (uma novidade da Constituição de 1988), e, em todas as demais, para revelar as competências jurisdicionais para o seu processamento e julgamento.

A seguir, devo referenciar todas as oportunidades em que aparece o termo *segurança* na Constituição do Brasil, de outubro de 1988, fazendo, na sequência, alguns

⁹² A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tem a seguinte Ementa: “Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



comentários sobre cada uma delas. Note-se, contudo, que a idéia de “segurança” é daquelas dotadas de plurivocidade, permitindo várias acepções. Mas há um núcleo comum em todas elas, que é o da estabilidade, não sendo de outro modo que se deva ter a exigência do devido processo legal no manejo dos procedimentos instrumentais.

1. **Preâmbulo**⁹³.

É o Preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*”

Embora, para muitos, o Preâmbulo constitucional não detenha carácter normativo, deve servir de instrumento para a interpretação dos dispositivos constitucionais, não sendo adequado interpretar as normas da Constituição à revelia do que nele vem disposto.

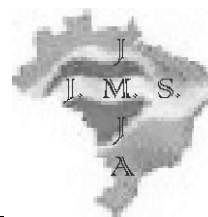
Sendo assim, é incontestável que a instituição do Estado Democrático brasileiro teve como um dos seus objetivos “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, entre eles a segurança, pois esta seria um dos pilares da harmonia social⁹⁴.

⁹³ “Óbvio está que sobre os fundamentos declarados, e levando-se em conta o carácter prescriptivo das unidades normativas, o aspecto programático seria das significações dos enunciados e não das regras jurídicas, como também acontece com o elemento axiológico. Diga-se o mesmo da pergunta: o preâmbulo da Constituição faz parte da Lei Fundamental? A resposta é: faz, enquanto plexo de enunciados cujas significações revelam valores, tendências e objetivos devidamente aprovados no mesmo documento de teor prescriptivo da Lei Constitucional. Nele, preâmbulo, poderemos recolher importantes enunciados de fundo axiológico, que haverão de penetrar as regras do sistema, no trabalho de construção do sentido das normas do direito posto.” (CARVALHO, PAULO DE BARROS. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo. Editora Saraiva. 1998, p. 21)

⁹⁴ A Constituição da República Portuguesa, revista pelas Leis Constitucionais n.ºs. 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97, estabelecendo o que denomina de *Estado de direito democrático* (art. 2º), e uma *legalidade democrática* (art. 3º, 2), também demonstrou uma notória preocupação com a segurança, exposta,



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



2. Art. 5º, “caput”.

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança**, e à propriedade, nos termos seguintes:”*

Este dispositivo vem inserido no Título dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, e no Capítulo dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Como restrições a estes direitos, a Constituição aponta as que se seguem. No entanto, não considero que elas perturbem o postulado da segurança, dado que foram fixadas pelo próprio Poder Constituinte originário.

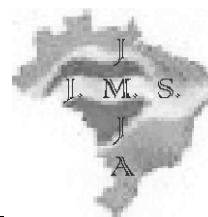
São as restrições:

“Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República (arts. 89 e ss.) e o Conselho de Defesa Nacional (arts. 91 e ss.), decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

entre outros dispositivos, nos seguintes artigos: art. 27º (direito à liberdade e à segurança); art. 53º (segurança no emprego); art. 63º (segurança social e solidariedade); art. 101º (segurança das poupanças, em Sistema Financeiro); art. 105º (orçamento da segurança social); art. 237º (descentralização administrativa e tranquilidade pública) ; art. 272º (trata das atribuições da Polícia de defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos); art. 273º (Defesa Nacional); art. 282º (a segurança jurídica como fundamento a permitir que o Tribunal Constitucional fixe um alcance mais restrito para os efeitos da inconstitucionalidade e da ilegalidade).



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



§ 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I- restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;*
- b) sigilo de correspondência;*
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;”*

“Art. 138. O decreto de estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

(...)

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I⁹⁵, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

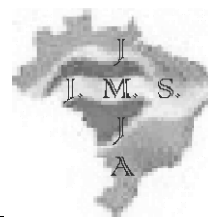
- I- obrigação de permanência em localidade determinada;*
- II- detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;*
- III- restrições relativas à inviolabilidade de correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;*
- IV- suspensão da liberdade de reunião;*
- V- busca e apreensão em domicílio;*
- VI- intervenção nas empresas de serviços públicos;*
- VII- requisição de bens.”*

⁹⁵ Constituição do Brasil. “Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I- comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Como se vê, mesmo em casos excepcionais, como o estado de defesa e o de sítio, a Constituição tratou de fixar limites, além dos quais a ação será ilícita.

Cabe esclarecer, ainda, que, segundo informa MARCELO CAETANO, em seu Direito Constitucional, a graduação das restrições, nestes momentos de crise, tomou como fonte de inspiração a fórmula britânica do estado de emergência.

Ao bem da fidelidade, é o que diz: “**A gravidade desta atribuição de poderes excepcionais fez com que em alguns países, a partir do meio do século XX, se procurasse instituir um regime mais atenuado para circunstâncias internas menos graves que a sublevação armada. Sobretudo por virtude da frequência com que começaram a surgir greves políticas, fossem greves gerais, fossem em serviços públicos essenciais, exigindo, para defesa social, mobilização de meios e requisição de serviços. Inspirando-se na fórmula britânica do estado de emergência cuja declaração é da competência do Rei em Conselho Privado (praticamente, portanto, do Poder Executivo), apareceram regimes com a mesma denominação. Haveria estado de emergência na iminência de situações revolucionárias ou em caso de graves conflitos sociais em que os governos têm de ser dotados de poderes extraordinários sem, porém, ser necessário transferir atribuições civis de segurança ou jurisdição criminal para as autoridades militares, nem suspender as garantias dos cidadãos, como no estado de sítio.**”⁹⁶ (grifei)

3. Art. 5º, inc. XXXIII.

“Art. 5º (...)

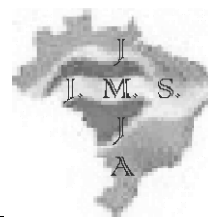
XXXIII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à **segurança** da sociedade e do Estado;”

É razoável que uma Constituição, que já foi chamada de “cidadã”, estimule a publicidade junto às atividades da Administração, que precisa ser pública. No entanto,

⁹⁶ CAETANO, MARCELO. Direito Constitucional, vol. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978, p. 141.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



como em tudo na vida, devem ser fixados limites. É compreensível que a segurança da sociedade e do Estado estejam resguardadas. Ocorre que, para isto, é necessário a regulamentação do dispositivo constitucional pela via da legislação. E a lei ordinária detém um procedimento (art. 47 e arts. 59 e ss.)⁹⁷, onde será possível a participação popular direta ou indireta⁹⁸.

4. Art. 5º, LXIX.

⁹⁷ Constituição do Brasil. “Art. 47. *Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.*”

“Art. 59. *O processo legislativo compreende a elaboração de:*

I- emendas à Constituição;

II- leis complementares;

III- leis ordinárias;

IV- leis delegadas;

V- medidas provisórias;

VI- decretos legislativos;

VII- resoluções.

Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. (Ver Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998)

⁹⁸ Constituição do Brasil. “Art. 1º (...) *Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

“Art. 14. *A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:*

I- plebiscito;

II- referendo;

III- iniciativa popular.”

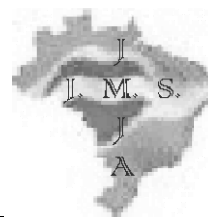
“Art. 61. *A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

(...)

§ 2º. *A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído, pelo menos, por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.*”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



“Art. 5º. (...)

LXIX- *conceder-se-á mandado de **segurança** para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus⁹⁹ ou habeas-data¹⁰⁰, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”*

Quanto à origem, no Brasil, do mandado de segurança, não considero necessário repetir o que já falei ao analisar a Reforma Constitucional de 1926.

Acrescento, contudo, os apontamentos históricos de MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, que, fundamentadamente, expõe a corrente doutrinária que alude às origens portuguesas do instituto.

Neste enfoque, chega a se referir a um Parecer, elaborado em 1927, da Comissão de Justiça da Câmara, tendo em conta a Reforma Constitucional de 1926, onde se alude ao chamado ‘*mandado proibitório*’ das *Ordenações Filipinas* (livro 3, tit. 78, nº 05).

Em sua pesquisa, refere-se, entre outros, a autores como PONTES DE MIRANDA, em *História Prática do Habeas Corpus* e em *A influência portuguesa no direito brasileiro*; MARCELLO CAETANO, em *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*; COQUEIRO COSTA, em *Mandado de Segurança e Controle Constitucional*; ALFREDO BUZAID, em *Do mandado de segurança* e JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em *Comentários à lei do mandado de segurança de acordo com a Constituição brasileira de 1988*.

⁹⁹ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...)

LXVIII- *conceder-se-á habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”*

¹⁰⁰ Constituição do Brasil. “ Art. 5º. (...)

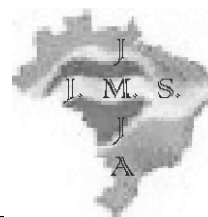
LXXII- *conceder-se-á habeas-data:*

a) *para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de carácter público;*

b) *para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”*



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Todos eles mencionam as instituições jurídicas do direito antigo português como influenciadoras do mandado de segurança no Brasil.

Com a palavra MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA: “PONTES DE MIRANDA (...) na sua «História Prática do Habeas Corpus» (1916), bem como num artigo subordinado precisamente ao tema «A influência portuguesa no direito brasileiro» (Jurídica) deixou claro que o «habeas corpus», introduzido no Brasil por influência inglesa, e que iria ter uma evolução que culminaria com o mandado de segurança, tem a sua assimilação concreta culturalmente preparada nas «cartas de seguro» do direito tradicional português, que têm alguma coisa de «habeas corpus» ou podem ser consideradas, no dizer de CARLOS ARAÚJO LIMA, «habeas corpus de colorido uso» (texto de 1969 – Carta de Segurança, Amazonas). Também invocaram a raiz portuguesa COQUEIRO COSTA «Mandado de Segurança e Controle Constitucional» (São Paulo, 1982), ALFREDO BUZAID, Do Mandado de Segurança (1989) e, apesar de não ser em termos categóricos, MILTON FLAKS, Mandado de Segurança, 1980. MARCELLO CAETANO, nos Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, publicado no Rio de Janeiro, em 1977, alertou igualmente para as fundas raízes na tradição jurídica portuguesa do mandado de segurança. E, na obra de CRETELLA JÚNIOR, «Comentários à lei do mandado de segurança de acordo com a Constituição brasileira de 1988», transcreve-se mesmo um parecer, elaborado em 1927 pela Comissão de Justiça da Câmara da altura, no seguimento da revisão constitucional de 1926, que alude ao «mandado proibitório» das Ordenações Filipinas, livro 3, tit. 78, nº 5, mostrando o quanto estavam presentes no Brasil, em pleno século XX, instituições jurídicas do direito antigo português.”¹⁰¹

Feita esta relevante alusão, em seguida, refiro-me ao que já foi apontado como uma das principais jurisprudências do Supremo Tribunal Federal no período da “República velha” (até 1930).

Foi a consagração da chamada doutrina do “**direito escopo**”, que teve à frente a cultura do Ministro PEDRO LESSA.

¹⁰¹ GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS. Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa. Volume XXXVIII. nº 02. *Arguição nas Provas Públicas de Doutoramento em Ciências Jurídico - Políticas de FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI (Em provas públicas na Reitoria da Universidade de Lisboa em 05 de março de 1997)*. Coimbra Editora. 1997, p. 621.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



De fato, o que ela pretendia era, ainda na vigência da Constituição de 1891, e antes da Reforma Constitucional de 1926, estabelecer limites ao *habeas-corpus*. É que, por esta doutrina, ele tão somente poderia ser utilizado quando, ao menos, ocorresse uma hipótese em que a liberdade de locomoção servisse de meio para o exercício do direito-fim.

Explicando melhor.

Se, para ocorrer uma reunião (direito de reunião), houvesse a necessidade de se exercer o direito de liberdade de locomoção, haveria, aí, justificativa para adotar o *habeas-corpus*. De tal ordem que o *habeas-corpus* poderia ser usado em duas situações:

1. o direito-fim é a própria liberdade de locomoção;
2. embora o direito-fim não fosse a liberdade de locomoção, esta funcionaria como um meio para o exercício de um outro direito.

Esta construção perdeu o sentido quando, em 1926, houve a expressa restrição do *habeas-corpus* à liberdade de locomoção.

Pois bem, voltando ao texto da Constituição brasileira atual, o mandado de segurança abrange, tão somente, as autoridades públicas e os agentes de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público. Na Constituição que precedeu a atual, falava-se em “seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. Evidentemente que o agente referenciado não é o mero executor do ato, atendendo a ordens superiores, mas efetivamente aquele que detém a competência para praticar o ato decisório impugnado. A autoridade apontada como coatora deve deter poder de decisão.

Ora, se se estivesse a falar em Estado Absoluto, onde o soberano é irresponsável pelos seus atos, não poderiam os súditos dispor de meios eficazes de combate às suas atitudes abusivas. Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito¹⁰², é a lei que deve

¹⁰² Constituição do Brasil. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito**, e tem como fundamentos:

I- a soberania;

II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



informar a atuação administrativa, e não mais a vontade do soberano. O administrador não é dono da coisa pública; pois, editada a lei, passa a lhe dever respeito e atenção.

No Brasil, a L. nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, acompanhada de legislação esparsa, dispõe sobre o mandado de segurança.

Entre os pressupostos do seu cabimento, encontram-se a ilegalidade e o abuso de poder. Convencionou-se que, ao aludir à ilegalidade, está-se reportando ao ato administrativo vinculado; e, ao referir-se ao abuso de poder, ao ato administrativo discricionário. Note-se que, aqui, não se está, tradicionalmente, falando em mérito do ato discricionário, pois, quer me parecer que, quanto a isto, a competência é exclusiva do administrador.¹⁰³ (*Observação: segundo o ex-Presidente do Eg. Superior Tribunal de*

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político.”

¹⁰³ Constituição do Brasil. “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

“Art. 60. (...)

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

(...)

IV- a separação dos Poderes.”

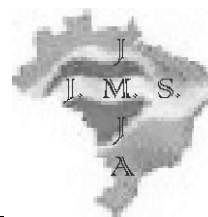
Sobre a questão da harmonia entre os Poderes, no ano de 1997, saiu, no Diário de Pernambuco (18 de abril de 1997, p. 8), um Jornal de ampla circulação, uma matéria assim denominada: “A harmonia entre os poderes”. Nela, o ex-Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, dizia: “No Brasil, temos um juiz para cada 25 mil habitantes, enquanto o normal, nos países desenvolvidos, é um juiz para cada cinco mil ou menos.”

“Só na Justiça Federal, há cerca de R\$ 20 bilhões de depósitos judiciais; monta a R\$ 70 bilhões a dívida inscrita para cobrança. E mais: há cerca de R\$ 30 bilhões de dívida a inscrever-se. (...) Quanto mais se demorar a cobrar esse dinheiro, a ajuizar as execuções para a cobrança desses débitos, a possibilidade de recebê-los é menor, porque o devedor, muitas vezes, muda de local; com o tempo, a sua empresa desaparece, entra em regime de falência e os donos e os seus bens não são encontrados. Gastar com a Justiça, visando agilizar seu funcionamento, constitui investimento do Estado em prol do próprio Estado. E, muito mais que isso, em prol da cidadania.” (...) “De acordo com o Presidente do STJ, isso quer dizer que o governo não precisará onerar o Orçamento da União para dar melhores condições de funcionamento ao Poder Judiciário.

A despeito disto, e por força do Plano de Estabilização Fiscal, foi publicado no Jornal “O Estado de São Paulo”, de 04 de novembro de 1998: “Na última Sexta-feira, os técnicos do STF encaminharam à Presidência da República proposta que prevê uma redução de 20,3% no orçamento do Supremo Tribunal Federal para 1999. Segundo o Presidente da Corte, Ministro CELSO MELLO, o esforço



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



*Justiça, o Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, em matéria publicada no Diário de Pernambuco, de 18 de abril de 1997, p. 8, no Brasil, há um juiz para cada 25 mil habitantes)*¹⁰⁴.

Se o ato é discricionário, poderá ocorrer o abuso de poder, sendo, em princípio, a ilegalidade apenas indireta ou mediata.

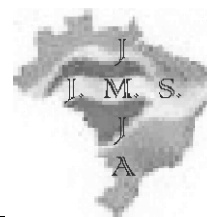
Um dos mais conhecidos administrativistas do Brasil, HELY LOPES MEIRELLES, em seu famoso “Direito Administrativo Brasileiro”, ao tratar do controle judiciário dos atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, afirmou que o controle judicial atém-se à legalidade do ato; e, na época em que asseverava, dizia respeito aos direitos individuais, apenas ressalvando, para a defesa do patrimônio da comunidade, a ação popular. Quanto aos atos chamados discricionários, destacava que também os seus elementos vinculados ficavam sujeitos ao exame judicial, de onde excluía o apelidado *mérito administrativo do ato*, um conceito que até hoje vem merecendo definições e redefinições.

que o STF fará, visa a ‘contribuir para a superação dos fatores que geram a gravidade da crise fiscal.’ Ao que se noticia, o Superior Tribunal de Justiça está estudando reduzir seu orçamento em cerca de R\$ 250 milhões. Pela nova proposta orçamentária, o STF deverá contar, em 1999, com menos recursos que no atual exercício: aplicado o corte de 20% sobre a proposta originalmente apresentada, de R\$ 124 milhões, o orçamento do próximo ano cairá para aproximadamente R\$ 100 milhões. Como disse o Ministro-presidente, CELSO MELLO, ‘os integrantes do tribunal sabem que é preciso, numa ação solidária dos três Poderes em favor do interesse nacional, superar as dificuldades da crise fiscal.’”

¹⁰⁴ Em artigo com o título “A crise dos Poderes” (Folha de São Paulo, 16.04.98), o conhecido tributarista IVES GANDRA DA SILVA MARTINS destacou a insuficiente remuneração dos juízes como uma das causas da lacuna existente. Disse no artigo, comentando as declarações do Ministro ANTÔNIO PÁDUA RIBEIRO: “Lembra, com muita pertinência, que 25% (vinte e cinco por cento) dos cargos existentes no Judiciário estão vagos por insuficiente remuneração. Isso faz com que os concursos públicos não atraíam candidatos com o nível desejado, motivo por que se impõe reajuste adequado de vencimentos, para que a crise não se acentue. Diferentemente do Legislativo, em que os parlamentares podem continuar exercendo suas profissões (advogado, médico etc.), o magistrado pode, no máximo, além da judicatura, lecionar em uma única faculdade de direito. Aquilo que, todavia, mais impressiona no discurso de Sua Excelência é a certeza de que a reorganização do Estado brasileiro só poderá ocorrer com o diálogo aberto entre os três Poderes ...”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Para ser fiel ao autor, reproduzo as suas palavras neste sentido: “*É um controle ‘a posteriori’ unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa – mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo na ação popular, em que o autor defende o patrimônio da comunidade, lesado pela Administração. (...)*”

E arrematou, dizendo: “*Nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial, porque quanto à competência, à finalidade, à forma e os próprios limites do discricionarismo constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento de ato vinculado. Já acentuamos que a discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade: o ato discricionário, quando permitido e emitido nos limites legais é lícito e válido; o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido. (...) Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato, infenso à revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo. Exemplificando: o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar o seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, com inteira razão: ‘Para que o Judiciário bem possa verificar se houve exata aplicação da lei, força é que examine o mérito da sindicância ou processo administrativo, que encerra o fundamento legal do ato.’ (TJSP, Revista de Direito Administrativo, 27/214)”¹⁰⁵*

Outro pressuposto de destaque é o que se entende por “direito líquido e certo”.

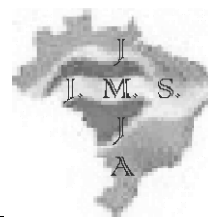
Sobre isto, tenho comigo que o direito haverá de ser certo, embora a interpretação possa não o ser. Logo, o fato deve ser apresentado ao juiz, sob comprovação de plano, e este decidirá o caso concreto. Assim entendo, pois, não devendo haver instrução probatória no mandado de segurança, haverá o órgão julgador de formar a sua certeza com base no que disse o Impetrante e no que informou a autoridade apontada como coatora.¹⁰⁶

¹⁰⁵ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 15ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1990, ps. 601-603.

¹⁰⁶ Também não é incomum surgirem litisconsortes passivos necessários, a quem deve ser dado o direito de contestar, sob pena de nulidade.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



É também de relevo considerar que, no atual sistema normativo brasileiro, não mais é necessário (exceção feita à justiça desportiva) esperar o exaurimento das vias administrativas, antes de se ingressar no Poder Judiciário.

Esta conclusão se retira pela análise do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição do Brasil, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”. No texto da Constituição de 1967, dizia o art. 153, § 4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

Atualmente, na vigência da Constituição do Brasil de 1988, apenas quanto à justiça desportiva é que se faz a exigência do esgotamento das instâncias administrativas. É o que diz o art. 217, § 1º: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”¹⁰⁷

Sem dúvida, pela importância do tema, não é de causar surpresa a grande quantidade de Súmulas do Eg. Supremo Tribunal Federal sobre o mandado de segurança.

¹⁰⁷ Há aqueles que acrescentam como exceção ao princípio da ubiquidade da Justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, as hipóteses contidas no art. 52, incs. I e II e Parágrafo Único, da Constituição do Brasil, relativas a crimes de responsabilidade, a saber:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I- processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles;

II- processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

(...)

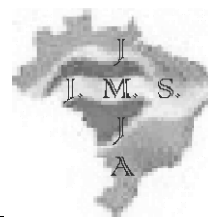
Parágrafo Único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”

“Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I- autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Elas são as seguintes (**1.** Note-se que, aqui, não serão transcritas meras Ementas de Acórdãos, mas, efetivamente, Súmulas. Atualmente, o Eg. Supremo Tribunal Federal editou um total de 621 - seiscentos e vinte e uma – Súmulas. **2.** As Súmulas mais citadas aparecerão em negrito)¹⁰⁸:

*101. O mandado de segurança não substitui a ação popular.*¹⁰⁹

248. É competente, originariamente, o Supremo Tribunal Federal para mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União.

266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

¹⁰⁸ Segundo o Supremo Tribunal Federal, não se aplica às alterações da Jurisprudência o princípio da irretroatividade, nem mesmo a penal. (HC 75793/RS, DJ 08.05.98, p. 3. Ement. Vol. 1909-01, p. 184. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento 31.03.1998, votação unânime). Diz respeito à validade de condenação de ex-prefeito, denunciado por peculato, pelo crime do art. 1º, inc. I, do Decreto lei nº 201/1967.

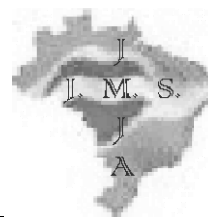
¹⁰⁹ Na Constituição da República Portuguesa, de abril de 1976, atualizada pela Revisão Constitucional de setembro de 1997, no art. 52º, trata-se do direito de petição e do direito de *ação popular*. Embora tenha o mesmo nome que o empregado no Brasil (*ação popular*, art. 5º, inc. LXXIII), apresenta característica que merece ser sublinhada, porquanto não existente na sua homônima brasileira. Trata-se, sobretudo, da ampla legitimidade ativa. É que, no item 3, do art. 52º, vem disposto: “Art. 52º. (...) 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”

De tal ordem que, embora a Constituição brasileira de outubro de 1988 haja adotado, entre outros, o modelo português, conservou uma legitimidade ativa bem mais restrita, alcançando apenas os cidadãos; o que vem sendo criticado na doutrina, particularmente no que se refere à ilegitimidade das pessoas jurídicas representativas dos mesmos, e quanto à lacuna existente em relação ao estrangeiro residente no Brasil, que contribui na formação do patrimônio público, mediante os pagamentos dos tributos.

Por isto, a ação civil pública brasileira (Lei nº 7347, de 24.07.85), vem se demonstrando como um instrumento mais efetivo do que a ação popular na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



267. *Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.*

268. *Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.*

269. O mandado de segurança não é substituto de ação de cobrança.

270. *Não cabe mandado de segurança para impugnar enquadramento da Lei nº 3.780, de 12.07.60, que envolva exame de prova ou de situação funcional complexa.*

271. Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

294. São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança.

299. *O recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo processo de mandado de segurança, ou de habeas corpus, serão julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno.*

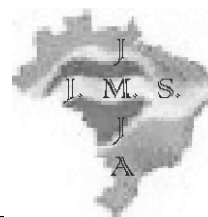
304. Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.

319. *O prazo do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, em habeas corpus ou mandado de segurança, é de cinco dias.*

330. *O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados.*



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



392. *O prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade para cumprimento da decisão.*

405. Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

429. *A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão de autoridade.*

430. *Pedido de reconsideração, na via administrativa, não interrompe o prazo para o mandado de segurança.*

433. *É competente o Tribunal Regional do Trabalho para julgar mandado de segurança contra ato de seu presidente em execução de sentença trabalhista.*

474. *Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.*

510. Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ele cabe mandado de segurança ou a medida judicial.

511. *Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandado de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da CF de 1967, art. 119, § 3º.¹¹⁰*

¹¹⁰ Constituição do Brasil/88. “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do trabalho;
(...)



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



512. Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

597. Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.

Frise-se que não são poucos os mandados de segurança interpostos perante a Justiça brasileira, que, para torná-los uma garantia eficaz, faz um esforço profundo, em face do grande número de causas, considerando a quantidade de juízes para julgá-los.

Como já ficou dito, anteriormente em nota de rodapé, segundo informações fornecidas pelo então Presidente do Eg. Superior Tribunal de Justiça, o Min ANTÔNIO PÁDUA RIBEIRO, logo após a sua posse: no Brasil, temos, aproximadamente, um juiz para cada 25 mil habitantes¹¹¹.

De fato, no Brasil, quando se interpunha um mandado de segurança, o que, na verdade, pretendia-se era conseguir uma medida liminar (por isto, causou estranheza a edição de duas Súmulas, aparentemente contraditórias, pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹²), pois o art. 7º, da Lei nº 1.533, de dezembro de 1951, determina que “ao despachar a inicial, o juiz deverá ordenar que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.”

Ocorre que, desde a década de sessenta, vem ocorrendo um movimento contrário às liminares¹¹³, inicialmente atingindo a remuneração dos servidores públicos, para,

VIII- os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;”

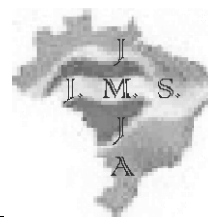
¹¹¹ Ver “Diário de Pernambuco”, 18 de abril de 1997, p. 8 – Entrevista.

¹¹² Foram as Súmulas nºs. 212 e 213, STJ. “Súmula nº. 212. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.” E “Súmula nº. 213. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

¹¹³ Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, art. 5º.: “Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo Único. Os mandados de segurança, a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



ultimamente, ultrapassar esta barreira material, indo alcançar, inclusive, espaços processuais diversos – embora com o mesmo objetivo. É o caso da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que disciplina a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Diz o art. 1º, desta Lei:

“Aplica-se à tutela antecipada, prevista nos arts. 273 e 461, do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º, e seu Parágrafo Único e 7º, da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º, e seu § 4º, da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º, da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992¹¹⁴.”

respectiva sentença”. Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, art. 1º, § 4º. “*Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.*” Esta última lei diz respeito ao servidor público civil.

¹¹⁴ Em nota de rodapé anterior, já constaram os textos indicados da Lei nº 4.348/64 e 5.021/66. Agora, transcrevo os arts. 1º, 3º e 4º, da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992:

“Art. 1º. *Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar, ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.*

§ 1º. *Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.*

§ 2º. *O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.*

§ 3º. *Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.*

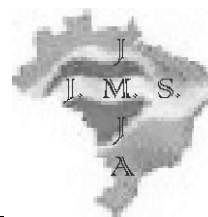
(...)

Art. 3º. *O recurso voluntário ou ex-officio, interposto contra sentença, em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.*

Art. 4º. *Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público, ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.*



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Dito isto em linguagem decodificada (em face de tantas remissões): a Fazenda Pública não quer ser objeto de liminares, nem tampouco de tutelas antecipadas¹¹⁵. E, se, eventualmente, elas surgirem, lança-se mão do instituto da suspensão da liminar, cujos requisitos não são objetivos, quais sejam: “manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. Afora o fato de que, das decisões interlocutórias, cabe recurso de agravo, que deve ser interposto, diretamente, no Tribunal competente, que “poderá requisitar informações ao juiz da causa”, atribuindo a este recurso efeito suspensivo¹¹⁶.

§ 1º. *Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.*

§ 2º. *O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em cinco dias.*

§ 3º. *Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias.”*

¹¹⁵ No Brasil, em tom de crítica ao Poder Judiciário, e, especialmente à primeira instância, fala-se, pejorativamente, em “fábrica de liminares”.

¹¹⁶ Diz a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995 (Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento):

“Art. 522. *Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento.*

Parágrafo Único. O agravo retido independe de preparo.

(...)

Art. 524. *O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:*

I- a exposição do fato e do direito;

II- as razões do pedido de reforma da decisão;

III- o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.

(...)

Art. 527. *Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for caso de indeferimento liminar (art. 557 – quando for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior), o relator:*

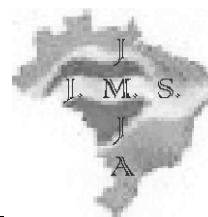
I- poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

II- poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558 – quando houver risco de lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação), comunicando ao juiz tal decisão;

III- intimará o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda, no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal, a intimação far-se-á pelo órgão oficial;



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



É bem verdade que muitos juristas, no Brasil, quiseram apontar inconstitucionalidade neste procedimento (limitações de liminares e tutelas antecipadas), arguindo que se estava violando princípios constitucionais, tais como o da inafastabilidade da jurisdição (Constituição do Brasil, art. 5º, inc. XXXV)¹¹⁷.

Ocorre que o Eg. Supremo Tribunal Federal não se compadeceu com o argumento, e um dos motivos que se visualiza é o de que, se existiam limitações às liminares desde os anos sessenta, e elas não foram havidas como inconstitucionais, porque, agora, as novas limitações iriam padecer deste vício.

Neste caminho, e para fazer valer a sua Decisão, particularmente em função dos efeitos da liminar concedida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04, onde não vislumbrou vício na proibição legal para a emissão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, registra a possibilidade de responsabilização daqueles membros do Poder Judiciário que, nas decisões a partir dali emitidas (e também em relação aos efeitos futuros das decisões favoráveis a esta tutela), viessem a se irresignar contra a conclusão do Pretório Excelso. (Observação: esta Decisão foi objeto de muitas reflexões no Brasil)

Em resumo: o Supremo Tribunal Federal considerou, cautelarmente, constitucional a proibição de tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública.

É isto o que informou o noticiário do próprio Supremo, veiculado na INTERNET, aos 13 de março de 1998.

Foi este o texto objeto da mais recente polêmica sobre o assunto: “Efeitos da liminar da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04, sobre tutela antecipada. Brasília, DF (STF) – O presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro CELSO DE MELLO, aplicando a decisão proferida pelo STF no julgamento do pedido de medida

IV- ultimadas as providências dos incisos anteriores, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo Único. Na sua resposta, o agravado observará o disposto no § 2º, do art. 525 (no prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio, sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.”

¹¹⁷ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...)

XXXV- A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



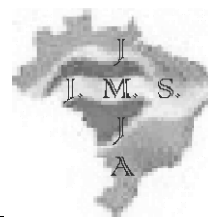
cautelar, formulado na ADC nº 4, com efeito vinculante, disse que, até o final do julgamento da ação declaratória de constitucionalidade sobre a tutela antecipada, são as seguintes as consequências oriundas daquele julgamento: 1. ‘Essa decisão incide, unicamente, sobre pedidos de tutela antecipada, formulados contra a Fazenda Pública, que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do artigo 1º, da Lei nº 9.494/97’; 2. ‘Essa decisão inibe a prolação, por qualquer juiz ou tribunal, de ato decisório sobre pedido de antecipação de tutela, que, deduzido contra a Fazenda Pública, tenha por pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma inscrita no art. 1º, da Lei nº 9.494/97’; 3. ‘Essa decisão não se aplica retroativamente aos efeitos já consumados (como os pagamentos já efetuados) decorrentes de decisões antecipatórias de tutela anteriormente proferidas’. 4. ‘Essa decisão estende-se às antecipações de tutela, ainda não executadas, qualquer que tenha sido o momento da prolação do respectivo ato decisório.’ 5. ‘Essa decisão suspende a execução dos efeitos futuros, relativos a prestações pecuniárias de trato sucessivo, emergentes de decisões antecipatórias que precederam ao julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do pedido de medida cautelar formulado na ADC nº 4-DF.”

Continua o noticiário: “O Presidente do STF advertiu que ‘o eventual descumprimento, por juízes e tribunais, da decisão plenária do STF, especialmente quando proferida com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), justificará a utilização do instrumento constitucional da reclamação, mesmo tratando-se de julgamento referente a pedido de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade.’ Ele explicou que o ‘Plenário do STF, ao deferir o pedido de medida cautelar na ADC nº 4-DF, expressamente atribuiu, à sua decisão, eficácia vinculante e subordinante, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive aquelas de natureza processual concernentes ao emprego do instituto da reclamação.’ O despacho do Ministro CELSO DE MELLO foi dado nas petições (PET 1402, 1404, 1408, 1410 e 1016), apresentadas pela União Federal contra a tutela antecipada concedida por juízes dos tribunais regionais federais a servidores públicos federais em São Paulo e aos sindicatos dos servidores do Poder Judiciário Federal no Mato Grosso do Sul e dos Trabalhadores da Justiça Federal no Rio Grande do Sul.”

Em suma, o que se pretende é fazer com que as decisões de primeira instância não tenham eficácia contra o Poder Público, dando-se, assim, largos passos na direção do que,



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



no Brasil, é hoje uma das maiores discussões em torno da Reforma do Poder Judiciário¹¹⁸: a idéia da súmula com efeito vinculante.

Ocorre que, sobre isto, destinarei um Capítulo específico. Por enquanto, cabe, apenas, dizer que algumas das autoridades públicas brasileiras consideram incongruente que uma mesma matéria (previdenciária, tributária, administrativa) fique sujeita ao crivo de vários juízes espalhados pelo Brasil; que, como é natural, decidem atingindo conclusões diversas.

Além do mais, os tribunais superiores estão abarrotados de demandas, e, muitas delas, versam sobre o mesmo assunto. Segundo informações que circulam no Brasil (atribuídas ao Presidente do Supremo Tribunal Federal)¹¹⁹, 60 % (sessenta por cento) dos casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal são demandas que envolvem o governo federal, o governo do Estado de São Paulo e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Assim, todas estas medidas teriam por objetivo desafogar os tribunais superiores, conferindo uniformidade às decisões.

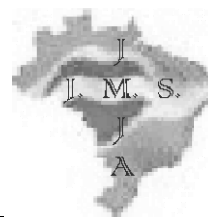
Por outro lado, é preciso tempo para amadurecer uma decisão, e muitas cabeças pensando podem refletir melhor do que umas poucas, por mais que sejam beneficiadas pela experiência e culturalmente.

¹¹⁸ No Noticiário do Superior Tribunal de Justiça, sob a Manchete “*Comissão do Superior Tribunal de Justiça entrega a COSTA LEITE texto final das propostas para Reforma do Judiciário (10.10.2001)*”, vem disposto: “O ponto principal do conjunto de propostas do Superior Tribunal de Justiça à Reforma do Judiciário é a inclusão, no Texto Constitucional, de dispositivo tornando as decisões desse Tribunal irrecorríveis – sem chance de novos recursos – quando se tratar de matérias infra-constitucionais. Das decisões do Superior Tribunal de Justiça só caberiam recursos ao Supremo Tribunal Federal em questões de conteúdo constitucional, conforme as sugestões da Comissão. Ainda na linha de contenção de recursos e da agilização da prestação de serviços do Judiciário, as propostas incluem a adoção da súmula vinculante e da repercussão geral, mecanismo pelo qual um recurso, para ser admitido nessa instância, terá de demonstrar o caráter de relevância.”

¹¹⁹ Gazeta Mercantil, de 31 de agosto de 1998: “De acordo com dados do presidente do Supremo, o governo federal, o INSS e o governo de São Paulo são responsáveis por 60% dos casos que chegam ao STF. Um dos motivos é que o governo recorre sempre até a última instância.”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Enfim, o expediente do Governo, nas ações que contra ele são interpostas, é o de recorrer, sempre, até a última instância, argumentando que “geralmente, o Poder Público tem que ir até o Supremo para obter uma decisão que poderia lhe ser favorável desde logo.”¹²⁰

OUTRAS OPORTUNIDADES EM QUE A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL TRATA DO MANDADO DE SEGURANÇA

Em mais 9 (nove) oportunidades, o Texto Constitucional referencia o mandado de segurança. Em uma delas, trata do mandado de segurança coletivo, e, nas oito restantes, consagra hipóteses em que fixa competências de órgãos judicantes.

Assim funciona tal como dispôs um dos mais utilizados Manuais sobre Teoria Geral do Processo no Brasil: “Competência legislativa – É na Constituição federal que se encontram as regras básicas sobre a organização judiciária.”¹²¹

Transcrevo estas situações a seguir:

5. Art. 5º, inc. LXX.

“Art. 5º. (...)

LXX- o mandado de **segurança** coletivo pode ser impetrado por:

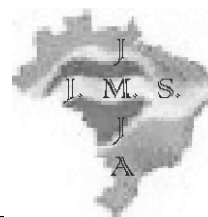
a) *partido político com representação no Congresso Nacional;*

¹²⁰ “apud” Gazeta Mercantil, 31.08.1998. Matéria: “Efeito vinculante provoca polêmica – mecanismo é proposto para diminuir o número de processos nos tribunais superiores”. A matéria aspeada que se encontra no texto é atribuída a uma declaração do subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos, GILMAR FERREIRA MENDES.

¹²¹ ARAÚJO CINTRA, ANTONIO CARLOS; GRINOVER, ADA PELLEGRINI e DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Teoria Geral do Processo (prefácio do Profº LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974, ps. 123-124.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



- b) *organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;*

A Constituição anterior destinava o mandado de segurança, unicamente, à proteção de direito individual líquido e certo.

Agora, com a atual Constituição do Brasil, é possível a tutela do direito lesado por um membro de associação (legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano), desde que guarde relação com a sua condição de integrante da entidade. Em verdade, é a própria entidade que, embora agindo em seu nome, assim o faz em proveito de seus associados.

Há uma outra forma constitucional de a associação entrar, em Juízo, em defesa dos interesses do seu associado. É aquela preconizada no inc. XXI, do mesmo art. 5º, *in verbis*: “XXI- as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente”.

Ocorre que, enquanto a forma do inc. XXI diz respeito à representação, a do mandado de segurança coletivo (al. “b”) trata de substituição processual.

Sobre o tema substituição processual, considero bastante elucidativas as afirmações de um dos maiores processualistas brasileiros, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, onde salienta a exigência de lei expressa para autorizá-la:¹²²

“Em regra, a titularidade da ação vincula-se à titularidade do pretendido direito material subjetivo, envolvido na lide. Assim, ‘ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’ (art. 6º, do Código de Processo Civil brasileiro).

¹²² JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. Curso de Direito Processual Civil, vol. I – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 16ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, ps. 77 e ss.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Há, só por exceção, portanto, casos em que a parte processual é pessoa distinta daquela que é a parte material do negócio jurídico litigioso.

Quando isto ocorre, dá-se o que em doutrina se denomina substituição processual, que consiste em demandar a parte, em nome próprio, a tutela de um direito controvertido de outrem. Trata-se de uma faculdade excepcional, pois só nos casos expressamente autorizados em lei é possível a substituição processual (art. 6º)”

Enfim, se o direito for meramente individual do associado, somente ele terá legitimidade para ingressar em juízo em seu próprio nome. Se, no entanto, a matéria disser respeito ao que foi previsto nos Estatutos sociais, como finalidade da associação, caberá se falar em substituição processual, uma forma extraordinária de legitimidade.

Quero, contudo, deixar claro que, no Brasil, este tema é bastante discutido, dado que a Jurisprudência vem se revelando um tanto tímida na admissibilidade da substituição.

Sobre a legitimidade ativa dos partidos políticos, destaco que os mesmos devem ter os seus Estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, o que é indispensável, nos termos do art. 17, § 2º, da Constituição do Brasil, que diz: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I- caráter nacional; II- proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governos estrangeiros ou de subordinação a estes; III- prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV- funcionamento parlamentar de acordo com a lei. (...) § 2º. Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.”¹²³

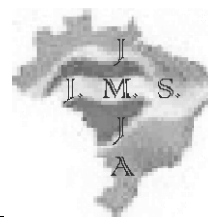
É preciso esclarecer um pouco mais:

a) o partido político, como toda associação civil, adquire a sua personalidade jurídica tal como dispõe a lei civil. Diz o Código Civil brasileiro, que é uma

¹²³ Ver as Leis nºs. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) e 9.259, de 09 de janeiro de 1996 (Constituição dos órgãos de direção e os nomes dos respectivos integrantes – art. 1º).



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



lei de 1º de janeiro de 1916, e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917, que: “Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado: I- as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II- as sociedades mercantis; III- os partidos políticos. § 1º. As sociedades mencionadas no nº I só se poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 20, § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial.” (...)

“Art. 18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.”;

b) para atuar politicamente, deve registrar os seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Note-se que, nisto, inovou a Constituição atual do Brasil, pois a anterior dispunha: “Art. 152. (...) IV- o Partido Político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral;”

No entanto, para possuir a legitimidade ativa, em relação ao mandado de segurança coletivo, é necessário mais. É preciso que tenha representação no Congresso Nacional.

6. Art. 102, inc. I, al. “d”.

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal¹²⁴, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

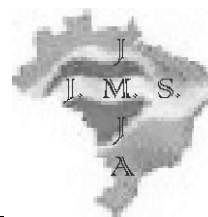
¹²⁴ Constituição do Brasil. “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo Único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
(...)



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



I- processar e julgar, originariamente:

(...)

*d) o habeas-corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores, o mandado de **segurança** e o habeas-data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;”*

Sobre este dispositivo, apenas exemplificativamente, considero que, algumas vezes, são suscitadas divergências sobre quem seja a autoridade coatora, resvalando a questão no âmbito processual da competência.

É o que mostro em seguida: “Administrativo. Reintegração do servidor. Mandado de Segurança. Autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Carência da ação. 1. Exonerado o impetrante do cargo de agente de polícia federal por ato do Presidente da República, o mandado de segurança deveria ter sido contra o mesmo, aviado junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal, sendo incabível a desconstituição do ato do dirigente maior da Nação mediante *writ* que ataca decisões administrativas praticadas por autoridades de menor hierarquia, que não têm poder para readmitir o servidor afastado. Carência da ação mandamental.” (Relator JUIZ ALDIR PASSARINHO, TR 1, dec. 27.09.94, REO nº 127310, 1992, DF, 1ª Turma, unanimidade, DJ 14.10.96, p. 77409)

7. Art. 102, inc. II, al. “a”.

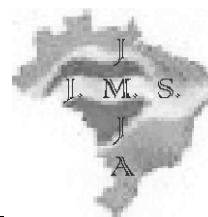
“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, pecipualemente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;*
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União, indicados pelo Presidente da República;*
- c) Governador de Território;*
- d) presidente e diretores do Banco Central;*
- e) Procurador-Geral da República;*
- f) Titulares de outros cargos que a lei determinar;”*



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



(...)

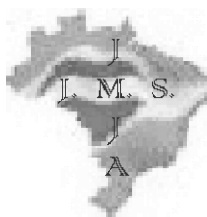
II- julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas-corpus, o mandado de **segurança**, o habeas-data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;”

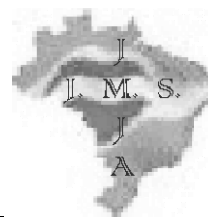
Apurando a jurisprudência sobre este dispositivo, verifiquei que o Supremo Tribunal Federal faz ênfase no fato de que o que lhe compete julgar é o recurso ordinário contra decisões denegatórias em mandado de segurança, e não o próprio mandado. Além do mais, relembra que o juízo de admissibilidade de um recurso não se opera apenas na instância da qual se recorre, mas também na instância a que se recorre.

Sobre estes assuntos, são os Acórdãos a seguir:

- a) competência derivada do Supremo Tribunal Federal. “Mandado de segurança contra ato de tribunais superiores. Não é o Supremo Tribunal Federal competente para dele conhecer, cabendo-lhe apenas o julgamento, em recurso ordinário, de decisões, em mandados de segurança, proferidas por essas Cortes, se denegatória a decisão. MS nº 20938/DF, DJ 30.06.89, p. 11.647, Ementário vol. 1548-01, p. 114, Tribunal Pleno em 31.05.89, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, unânime”;
- b) procedimentos recursais no Supremo Tribunal Federal e na instância inferior. “O recurso ordinário constitucional, para o Supremo Tribunal Federal, das decisões denegatórias de mandado de segurança é interponível no prazo de 15 (quinze) dias, consoante aplicação analógica, art. 33, da Lei nº 8.038/90. Manifestação extemporânea dessa impugnação recursal, somente pode conduzir a uma única consequência: o não-conhecimento do recurso interposto. O juízo de admissibilidade constitui, na esfera do Tribunal *a quo*, fase essencial do procedimento recursal. Tendo por objeto o exame dos pressupostos recursais, esse juízo preliminar não pode ser omitido, quanto à sua formulação, pelo órgão competente, que é o Tribunal inferior. Trate-se de juízo positivo ou de juízo negativo, o que importa, para os efeitos jurídico-processuais pertinentes é a ocorrência de sua manifestação, que se revela insuprimível e necessária. Esse poder de controle processual dos requisitos de admissibilidade dos recursos interpostos – que apenas sofre explícita restrição na hipótese singular do agravo de instrumento, que constitui, *ex vi* do que dispõe o art. 528 do Código de Processo Civil, modalidade recursal de processamento e de seguimento obrigatórios (Revista dos Tribunais



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



503/236, 596/164 – 620/111) – não constitui um poder jurídico de carácter absoluto, pois o juízo de simples delibação que lhe é subjacente não obriga, não constrange e nem compele o Tribunal ‘ad quem’ a aceitá-lo de modo incondicional. O juízo de admissibilidade emanado do Presidente do Tribunal *a quo* não vincula, em consequência – porque meramente preliminar, precário e superficial – a atividade jurídico-processual de definitiva cognição, pelo Tribunal *ad quem*, da espécie recursal deduzida pela parte interessada. Recurso de Mandado de Segurança nº 21421/DF, DJ 19.06.92, p. 9520, Ementário vol. 1666-01, p. 100. Primeira Turma em 14.04.92, Relator Ministro CELSO DE MELLO, unânime.”

8. Art. 105, inc. I, al. “b”.

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I- processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de **segurança** e os habeas-data contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;”

O Superior Tribunal de Justiça foi uma criação da atual Constituição do Brasil, que afirmou, no art. 27, do Ato das suas Disposições Constitucionais Transitórias, que ele seria instalado sob a presidência do Supremo Tribunal Federal. Até que isto viesse a ocorrer, o Supremo Tribunal Federal deveria exercer as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente. Em sua composição foram aproveitados os Ministros do extinto Tribunal Federal de Recursos (27 – vinte e sete), havendo a necessidade de novos Ministros serem nomeados para o número mínimo de 33 (trinta e três), conforme a previsão do art. 104, do Texto Permanente. Estes novos Ministros foram indicados, em lista tríplice, pelo antigo Tribunal Federal de Recursos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Cumpridos os requisitos, o Presidente da República os nomearia, devendo ser aprovada a escolha pelo Senado Federal. (art. 104, do Texto Permanente)

Em termos de direito concreto, aplicado, são vários os exemplos de Acórdãos sobre matérias de relevo. No entanto, após a pesquisa que realizei junto à jurisprudência deste Tribunal, verifiquei que grande parte das decisões giram em torno de o Tribunal



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



apontar a autoridade indicada como coatora (Ministro de Estado) como incorreta, remetendo os autos a outra instância.

Exemplifico o que digo:

- a) “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Aquisição de imóvel. Mandado de Segurança contra ato do Presidente da Caixa Econômica Federal¹²⁵. A competência desta Corte, em mandado de segurança, é para processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato de ministro de Estado ou do próprio Tribunal. Mandado não conhecido. STJ, MS nº 903, 1991, DF, DJ 02.09.91, p. 11785, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA. unânime.”;
- b) “Mandado de Segurança. Não compete ao STJ mandado de segurança contra ato de órgão presidido por ministro de Estado. Precedentes. MS nº 39, 1989, DF, DJ 09.12.91, p. 17993. Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO, unânime.”

No entanto, evidentemente que não existem apenas Acórdãos que decidem por não conhecer da ação intentada. Há outros, como aquele em que surge a discussão de que, sendo a matéria apresentada à análise de caráter trabalhista, e havendo um Tribunal

¹²⁵ Em se tratando de matéria tributária, a Caixa Econômica Federal detém uma especial importância. Este relevo foi gizado ainda mais pela Lei nº 9.703, de 17 de novembro de 1998, que dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais. Ocorre que, nos termos desta legislação, há uma sutilidade que vale à pena destacar. Refiro-me ao seguinte. Imagine-se que um tributo esteja, por lei, vinculado à saúde. Logo, o produto arrecadado por este tributo justificaria primeiro a sua aprovação legislativa, dado a importância da matéria, e, depois, também estimularia a execução dos serviços da saúde. Ocorre que, se um contribuinte, por algum motivo, defender em juízo, ou fora dele, a sua inconstitucionalidade, e, para suspender a exigibilidade do crédito, decidir depositá-lo, assim o fará na Caixa Econômica Federal, sendo estes recursos destinados para a Conta Única do Tesouro Nacional enquanto permanecer o litígio; o que, provavelmente, demorará. Portanto, a consequência real é a de que o valor depositado possivelmente não seja destinado à saúde, mas a outras preferências governamentais; o que justificaria uma nova tributação sob a mesma promessa de acelerar a qualidade dos serviços de saúde, já tão precários. É o art. 1º, § 2º, ao qual me refiro: “Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.” Esta regulamentação aplica-se, ainda, aos depósitos judiciais e extrajudiciais referentes às contribuições administradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Superior nela especializado (o Tribunal Superior do Trabalho), caberia, ou não, ao Superior Tribunal de Justiça analisá-la, dado que compreendendo ato de Ministro de Estado. Assim decidiu o Tribunal: “(...) A competência originária para apreciar mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado compreende a matéria trabalhista, prevalecendo sobre a que é deferida à Justiça especializada. (...). STJ, Reclamação nº 03, 1989, DF, S2, DJ 02.10.89, p. 15.344. Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO. unânime.”

9. Art. 105, inc. II, al. “b”.

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

II- julgar, em recurso ordinário:

(...)

b) os mandados de **segurança** decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;”

É de se destacar que a competência do Superior Tribunal de Justiça apenas ocorre na hipótese de ser denegatória a decisão do “mandamus”.

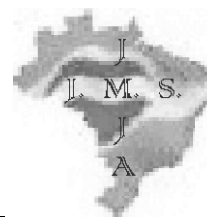
Aqui, conforme a pesquisa de Jurisprudência que fiz junto a este Tribunal, entendi que mereciam realce dois gêneros de questões.

A primeira é aquela que adverte que se a decisão não for denegatória, mas implicar em deferimento do “writ”, o recurso cabível não será o ordinário, mas o especial. A segunda diz respeito ao que o Superior Tribunal de Justiça vem compreendendo como decisão denegatória. As questões são as seguintes: o indeferimento liminar pode ser havido como decisão denegatória, ou não? (para o STJ, não, pois caberia agravo regimental junto ao Tribunal emissor do Acórdão recorrido); é possível decisão denegatória que não julgue o mérito? (O STJ entendeu que sim).

As Decisões vão a seguir:



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



- a) “(...) 1. O Recurso Ordinário é via adequada para os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão. Em se cuidando de segurança deferida, o julgado deve ser confrontado, na via do Recurso Especial. O tempo de vigência da Carta Maior e a data de interposição do Recurso Ordinário, revelam erro inescusável, afastando a aplicação do princípio da fungibilidade. Precedentes jurisprudenciais. Recurso não conhecido. STJ. ROMS nº 989, 1991, MT, 1ª Turma, DJ 21.11.94, p. 31.705. Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA. Unanimidade.”;
- b) “É cabível recurso ordinário contra decisão da competência originária de Tribunais Regionais Federais, Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, denegatória de mandado de segurança que julgue, ou não, o mérito do pedido. (...) STJ. ROMS nº 2390, 1992, MS, 2ª Turma, DJ 07.02.94, p. 1152. Rel. Ministro PEÇANHA MARTINS. Unanimidade.” (...)
- “Ao Superior Tribunal de Justiça compete conhecer e julgar, em recurso ordinário, mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, quando denegatória a decisão. Decreto que indefere, liminarmente, a inicial do mandamus não constitui decisão denegatória, eis que atacável na origem por agravo regimental. STJ. ROMS nº 902, 1991, PR, 4ª T., DJ 09.03.92. Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, unanimidade.”

10. Art. 108, inc. I, al. “c”.

“Art. 108. *Compete aos Tribunais Regionais Federais:*

I- processar e julgar, originariamente:

(...)

c) os mandados de **segurança** e os habeas-data contra ato do próprio tribunal ou de juiz federal;

Antes de falar a respeito desta norma constitucional, indico que a Constituição atual do Brasil, ao lado da criação do Superior Tribunal de Justiça, criou, também, cinco Tribunais Regionais Federais, com a jurisdição e sede que lhes fixasse o antigo Tribunal Federal de Recursos, a considerar o número de processos e a localização geográfica. Até a instalação destes Tribunais, o Tribunal Federal de Recursos exerceria a competência



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



atribuída aos Tribunais Regionais pela Constituição. (ver art. 27, § § 6º e 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual Constituição)¹²⁶

Sobre o dispositivo, a pesquisa de jurisprudência permite concluir que foram muitos os mandados de segurança interpostos contra os atos dos juízes federais. É verdade que, com a reforma do agravo de instrumento, para o qual se atribuiu efeito suspensivo (ver Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, já comentada anteriormente, das liminares em mandado de segurança), esta atitude foi reduzida sensivelmente.

No entanto, apresento três Acórdãos que, efetivamente, chamam a atenção. Um discute sobre a possibilidade de um Tribunal Federal cassar a decisão de um juiz estadual que se imiscui na competência federal (a conclusão é afirmativa). Outro se refere à situação em que o ato judicial poderia vir a ser adequadamente atacado por mandado de segurança (o mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso que não tenha ou, simplesmente, para suspender decisão judicial que for considerada teratológica). E, finalmente, discute-se se o juiz federal pode ser abarcado no conceito amplo de autoridade federal.

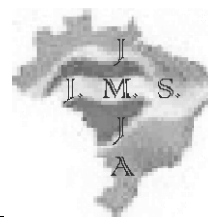
São estes os Acórdãos que vão a seguir:

a) “(...) Compete à Justiça Federal processar e julgar ação civil pública, intervindo a União na lide. Precedente desta Corte (AI nº 93.014.020927BA, Rel. Juiz TOURINHO NETO). No mérito, por maioria, vencido o Relator, concede-se a segurança para cassar o ato judicial deferitório da liminar, emanado do MM. Juiz Estadual incompetente, no caso. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. MS nº 105701, 1993, AM, 2ª T., DJ 03.03.94, p. 7346. Rel. Juiz ARISTIDES PORTO DE MEDEIROS. Relator para Acórdão Juiz FAGUNDES DE DEUS, por maioria”;

¹²⁶ Preocupada com os processos remanescentes, e com a mudança da organização judiciária, a Constituição assim dispôs no art. 27, § § 6º, 7º e 10, das suas Disposições Transitórias: § 6º. (Criação de cinco Tribunais Regionais Federais). § 7º. (Regra de transição e de competência). Vide, ainda: § 10. “Compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário.”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



b) “Contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo, admite-se mandado de segurança, desde que se tenha interposto, salvo se a decisão for teratológica, o recurso próprio, a tempo e modo, e do ato impugnado resulte dano irreparável, cabalmente demonstrado. Competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais, é o juiz federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. MS nº 119199, 1990, DF, 2S, DJ 27.05.91, p. 11753. Rel. Juiz TOURINHO NETO, por maioria.”;

c) “Aos Tribunais Regionais Federais compete processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal. A competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato de autoridade federal, salvo as hipóteses de competência originária dos Tribunais, é do Juiz Federal de primeiro grau, ex vi do art. 109, VIII, da Carta Magna. Incompetência deste Tribunal declarada. Autos remetidos à Justiça Federal de primeira instância. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. MS nº 124120, 1992, DF Pleno, DJ 05.05.94, p. 20775. Rel. Juiz VICENTE LEAL, unanimidade.”

11. Art. 109, inc. VII.

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

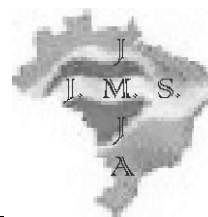
*VIII- os mandados de **segurança** e os habeas-data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;”*

Inicialmente, cabe repetir que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.

No mais, cabe relatar o que considero de mais representativo da jurisprudência em torno deste dispositivo, considerando o que colhi. É o que mencionarei. Selecionei três matérias. A primeira diz respeito ao fato de ser, ou não, a Justiça Federal, no Brasil, competente para o processo e o julgamento de mandados de segurança contra atos de dirigentes de estabelecimentos particulares de ensino superior (entende-se que sim). Depois, identifica-se que para a fixação da competência, em mandado de segurança (ultrapassada a etapa de que seja a matéria do âmbito da Justiça Federal), o que importa é a



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



sede da autoridade impetrada. Finalmente, discute-se se um mandado de segurança interposto por uma autarquia federal contra ato de juiz estadual deve ser julgado, ou não, pela Justiça Federal (a conclusão é pela negativa):

- a) “Compete à Justiça Federal julgar mandado de segurança contra ato que diga respeito ao ensino superior, praticado por dirigente de estabelecimento particular (Tribunal Federal de Recursos, Súmula 15). Remessa oficial provida. Sentença anulada. Envio dos autos à Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais determinado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1ª Turma, DJ 20.11.95, p. 79649. Relator Juiz CATÃO ALVES. Unânime.”;
- b) “Em mandado de segurança, a competência se firma pela sede da autoridade impetrada, tratando-se de competência absoluta, que pode ser reconhecida pelo juiz de ofício. Precedentes do Plenário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o assunto (Conflito de Competência nº 90.01.14529-9-PA, unânime, Rel. Juiz ADHEMAR MACIEL, in Diário de Justiça da União de 26.08.91; Conflito de Competência nº 92.01.6989-8-PA, Rel. Juiz TOURINHO NETO, DJ de 27.04.92, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, unânime, in DJU de 26.08.91, p. 19933). Incompetência absoluta do juiz federal de Juiz de Fora- Minas Gerais para processar e julgar mandado de segurança contra autoridade com sede e foro na capital do Estado. Nulidade da sentença e dos atos decisórios praticados pelo MM Juiz Federal de Juiz de Fora - Minas Gerais. Tribunal Regional Federal da 1ª Região Remessa de Ofício nº 102161, 1992, Minas Gerais, 2ª Turma, DJ 15.06.92, Relator JIRAIR MEGUERIAN. Relator para o Acórdão, Juiz HERMENITO DOURADO. Por maioria, decretar a nulidade da sentença, determinando a remessa dos autos à Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais¹²⁷.”;

¹²⁷ Constituição do Brasil: “Art. 110. *Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária, que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas seguindo o estabelecido em lei.*

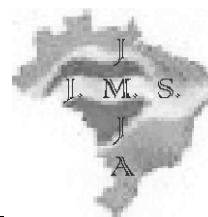
Parágrafo Único. Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.”

“Art. 109. (...)

§ 3º. *Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.”*



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



- c) “Patente a incompetência de Tribunal Regional Federal para processar e julgar mandado de segurança contra ato judicial de juiz estadual. A impetração por autarquia da União jamais teria o condão de deslocar a competência para o foro federal. Inteligência do art. 108, I, “c”, da Constituição Federal. Declina-se da competência, determinando a remessa dos Autos ao Colendo Tribunal de Justiça da Paraíba. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Mandado de Segurança nº 504465, 1991, Paraíba. Plenário, em 10.11.93, DJ 28.01.94, p. 2086. Relator Juiz JOSÉ MARIA LUCENA. Unânime.”

12. Art. 121, § 3º.

“Art. 121. Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

(...)

*§ 3º. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de habeas-corpus ou mandado de **segurança**.”*

Este dispositivo mantém a irrecurribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral¹²⁸, ressalvando a possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses que indica. Ele trouxe de novidade, em relação ao Texto da

¹²⁸ Constituição do Brasil. “Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I- mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

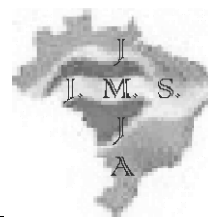
b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II- por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Constituição anterior, a referência ao mandado de segurança, que não havia (ver art. 139, da Constituição de 1967)¹²⁹.

Em pesquisa de jurisprudência, junto ao Tribunal Superior Eleitoral e demais Tribunais Regionais Eleitorais, verifiquei, logo na página de abertura da “home-page” do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, os seguintes dizeres:

*“mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
muda-se o ser, muda-se a confiança;
todo o mundo é composto de mudança,
tomando sempre novas qualidades,
continuamente vemos novidades ...” (Luís de Camões)¹³⁰*

Duas questões quero salientar. A primeira diz respeito ao entendimento de que, segundo o Tribunal Superior Eleitoral, haveria ocorrido a recepção, pela Constituição de 46, do Código Eleitoral brasileiro vigente, no que se refere à possibilidade de se requisitar força federal, independente da intermediação do Presidente do Supremo Tribunal Federal. A segunda diz respeito ao fato de a preclusão, no entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, não servir de escora para o cometimento de falsidade, em nome dos princípios democráticos e da verdade eleitoral. É o que vai a seguir:

¹²⁹ Constituição de 1967. “Art. 139. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de ‘habeas-corpus’, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.”

Constituição em vigor (1988). “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...) ”

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

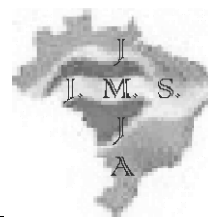
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”

¹³⁰ Mais uma vez, constato a influência recíproca entre o Brasil e Portugal. Chegando a Lisboa, assisto a novelas brasileiras, conjuntos musicais brasileiros etc. Chegando em um Tribunal do Brasil, veja-se o que encontro. É louvável que assim o seja.

Quanto às mudanças, quero dizer que a segurança não está na mera imutabilidade, mas no modo como as mudanças venham a ocorrer.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



a) “Recurso de diplomação. Cabimento. Conhecimento e provimento, em termos. A preclusão, destinada à concentração do processo, não pode referir-se senão aos atos e fórmulas devidamente cumpridas, não podendo dar cobertura à fraude que, antes de tudo, é dirigida contra a Justiça, guardiã dos princípios democráticos e da verdade eleitoral. Provimento para que, abstração feita da preclusão, se processe o incidente de falsidade, e se julgue o caso, com as consequências necessárias. Decisão de 03.09.63. Recurso de Diplomação, São Paulo, Relator ANTÔNIO MARTINS VILLAS BOAS, Boletim Eleitoral, vol. 146, Tomo I, p. 51, unânime.”;

b) “Tribunal Superior Eleitoral. Competência. Recepção do Código Eleitoral, com força de lei complementar, incluído o poder de requisição de força federal, que subsiste ao advento da Lei Complementar nº 69/91, e prescinde, por isso, da intermediação do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Decisão 10.09.92. Processo nº 13005, DF. Relator Ministro JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ 16.12.92, p. 24111, Em. da Revista de Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, vol. 5, Tomo 2, p. 365. Unânime.”

13. Art. 121, § 4º, inc. V.

“Art. 121. Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

(...)

§ 4º. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais¹³¹, somente, caberá recurso quando:

¹³¹ Constituição do Brasil. “Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado, e no Distrito Federal.

§ 1º. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I- mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

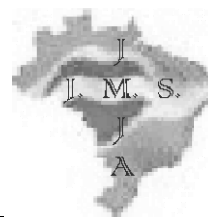
b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II- de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III- por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



- I- forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;*
- II- ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;*
- III- versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;*
- IV- anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;*
- V- denegarem habeas-corpus, mandado de **segurança**, habeas-data ou mandado de injunção.” (grifei)*

O disposto (art. 121, § 4º, inc. V) vem a repetir o que já dizia o art. 138, inc. IV, da Constituição de 1967, acrescentando o *habeas-data* e o *mandado de injunção*. Ocorrendo algumas destas hipóteses, caberá o recurso ordinário para o Tribunal Superior Eleitoral.

Assim, a atual Constituição do Brasil tratou de limitar a possibilidade de questionamento recursal das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, apenas cabendo recurso para o Tribunal Superior Eleitoral nas hipóteses que elenca nestes incisos.

Em conclusão: são estes os dispositivos constitucionais que se referem ao mandado de segurança.

14. Art. 6º, “caput”.

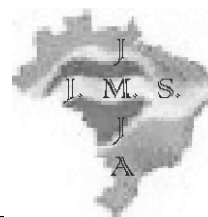
“DOS DIREITOS SOCIAIS

*Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”*

A preocupação com o social na Constituição de outubro de 1988 permeia todo o seu Texto, não se restringindo a este Capítulo, basta ver que destinou todo um Título – Da Ordem Social (arts. 193 a 232) – para tratar da ordem social. Nele, discorreu sobre



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



seguridade social (saúde, previdência social e assistência social), educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente e família, criança, adolescente e idoso. Encerrando o Título com normas constitucionais sobre os índios (todo um Capítulo – arts. 231 e 232)¹³².

De fato, o que se objetivava com estas normas é a colaboração de todos em favor do bem comum, conferindo para os segmentos menos favorecidos determinadas garantias.

15. Art. 7º, inc. XXII.

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

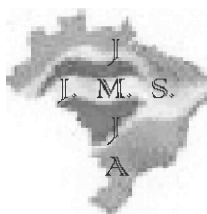
*XXII- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e **segurança**;*”

A questão dos acidentes de trabalho é demasiadamente grave, sendo imperiosa a necessidade de se tentar reduzi-los. Até mesmo porque é fundamento da República Federativa do Brasil prestigiar os valores sociais do trabalho. É o que diz o seu art. 1º, inc. IV: *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; **os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa; o pluralismo político.”* (grifei)

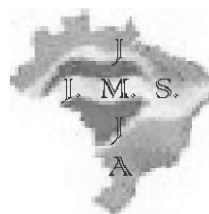
A Constituição de 1967, no art. 165, inc. IX, já predicava o zelo com a higiene e segurança no trabalho, cabendo a atual Constituição acrescentar a expressão saúde.

¹³² No seu Texto original, a Constituição do Brasil de outubro de 1988, detinha 245 (duzentos e quarenta e cinco) artigos constantes no Texto Permanente, e 70 (setenta), nas Disposições Transitórias; o que dá um total de 315 (trezentos e quinze) artigos.

Quero crer que a dimensão da Constituição nacional foi um produto da insegurança dos brasileiros, que correram com a ansiedade de colocar, na Lei Maior, tudo aquilo que almejavam. Pelo menos, foi isto o que senti ao trabalhar como assessor do Relator da Comissão de Sistematização da Constituição (Deputado MARCOS CUNHA) do meu Estado: Pernambuco.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Para se ter uma idéia de como andam os acidentes de trabalho no Brasil, apresentarei os mais recentes dados fornecidos pelo Ministério do Trabalho/Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho, em colaboração com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Segundo a Campanha Nacional de Combate aos Acidentes de Trabalho – CANCAT, os números relativos à invalidez permanente e aos acidentes de trabalho fatais, são os que relaciono logo em seguida¹³³:

- a) distribuição da frequência e do percentual de invalidez permanente em decorrência de acidentes de trabalho no Brasil, segundo as classes de atividades econômicas, 1995:

AMBIENTE	%
Indústria de transformação	23,34%
Construção	13,61%
Transporte, armazenagem e comunicação	9,10%
Comércio, reparação de veículos automotores, objetos pessoais e domésticos	8,62%
Atividades imobiliárias, aluguéis e serviços prestados às empresas	6,85%
Intermediação financeira	3,61%
Outros serviços coletivos, sociais e pessoais	3,13%
Indústria extrativa	2,70%
Administração pública, Defesa e Seguridade Social	2,58%
Agricultura, pecuária, silvicultura e exploração florestal	2,12%
Saúde e serviços sociais	1,76%
Alojamento e alimentação	1,73%
Produção e distribuição de eletricidade, gás e água	1,27%
Educação	0,58%
Pesca	0,03%
Organismos internacionais	0%
Serviços domésticos	0%
Não informado	18,87%

¹³³ Estes dados foram obtidos, na INTERNET, e no seguinte endereço: www.mtb.gov.br/esta/cancat/ccat03.htm



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



- b) distribuição da frequência e do percentual dos acidentes de trabalho fatais no Brasil, segundo as classes de atividades econômicas:

AMBIENTE	%
Indústria de transformação	20,86 %
Transporte, armazenagem e comunicação	16,56%
Comércio, reparação de veículos automotores, objetos pessoais e domésticos	14,85%
Construção	12,92%
Atividades imobiliárias, aluguéis e serviços prestados às empresas	7,26%
Agricultura, pecuária, silvicultura e exploração florestal	2,87%
Outros serviços coletivos, sociais e pessoais	2,73%
Produção e distribuição de eletricidade, gás e água	2,0%
Indústria extrativa	1,83%
Administração pública, defesa e seguridade social	1,74%
Alojamento e alimentação	1,48%
Intermediação financeira	0,92%
Saúde e serviços sociais	0,47%
Educação	0,35%
Pesca	0,03%
Organismos internacionais	0,03%
Serviços domésticos	0%
Não informado	12,0%

16. Art. 23, inc. XII.

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados,, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

*XII- estabelecer e implantar política de educação para a **segurança** do trânsito.*

Parágrafo Único. Lei Complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

Em termos de competência comum, tem-se o objetivo de harmonizar as ações das pessoas políticas que compõem a Federação brasileira. Assim procedendo, acreditava-se que o equilíbrio trouxesse, como consequência, a melhoria do padrão de qualidade de vida da população brasileira.

No entanto, contra este planejamento, a prática vem revelando-se madrastra, entre outros, por dois motivos:

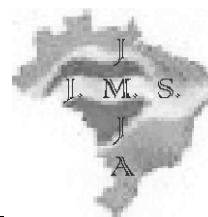
- a) o caráter programático destas normas e a falta de infra-estrutura terminam por tornar difícil a efetividade das mesmas, que exige custos;
- b) o fato da ausência da lei complementar, preconizada no Parágrafo Único deste artigo, culmina por tornar de todos os entes públicos muitas destas atividades. Ora, aquilo que é de todos não é de ninguém, o que pode fazer começar um jogo de empurra-empurra, deixando a competência por ser exercida.

Especificamente no que se refere à segurança no trânsito, mereceu grande destaque a edição do Código de Trânsito Brasileiro, que é a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Nesta legislação, a palavra segurança é utilizada 81 (oitenta e uma) vezes, como, por exemplo, no art. 6º, inc. I, a saber: “São objetivos básicos do Sistema Nacional de Trânsito: estabelecer diretrizes da Política Nacional de Trânsito, com vistas à segurança, à fluidez, ao conforto, à defesa ambiental e à educação para o trânsito¹³⁴ e fiscalizar seu cumprimento;”. Este Código ainda se preocupa (em síntese), dentro do tema segurança,

¹³⁴ Sobre a educação em geral, a atual Constituição do Brasil trata a partir do art. 205. Este tema (educação), embora fosse versado, de maneira singela, na Constituição do Império (“a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”, art. 179, inc. XXXII. A definição dos cidadãos brasileiros está consignada no art. 6º), foi omitido na Constituição de 1891, enquanto a de 1937 preferiu a mesma linha da Constituição imperial. As Constituições de 1934 e de 1946 asseguraram a educação como um direito de todos, e sob a responsabilidade do Estado. Com a de 1967, ficou estabelecido que a educação era um direito de todos e um dever do Estado. Em 1988, ficou dito no art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



com o estado de conservação dos veículos, com a velocidade de condução, com a necessária educação que deve ter um condutor etc.

É de se dizer, ainda, que, nos termos do art. 22, incs. IX e XI, do Código de Trânsito Brasileiro, vem disposto como sendo da competência privativa da União *legislar* sobre o trânsito e o transporte e sobre as diretrizes desta política nacional.

17. Art. 85, inc. IV.

“Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e, especialmente¹³⁵, contra:

(...)

IV- a segurança interna do País;”

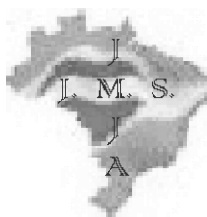
Como se vê, os atos omissivos e os comissivos, praticados pelo Presidente da República, e contrários à ordem constitucional, são havidos na categoria dos crimes de responsabilidade. As situações deste artigo são meramente exemplificativas, cabendo apontar que os investimentos que ultrapassem um exercício financeiro pode ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual¹³⁶, ou sem lei que autorize esta inclusão (art. 167, § 1º, Constituição do Brasil).

Sobre a segurança interna do País, em parte encontra-se compreendida na própria existência da União (inciso I, do mesmo artigo). Ademais, é função do Executivo decretar o estado de defesa e o estado de sítio; decretar e executar a intervenção federal; exercer o comando supremo das Forças Armadas; convocar e presidir o Conselho da República¹³⁷ e

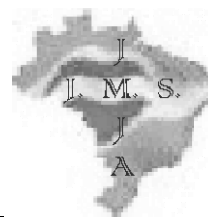
¹³⁵ Também está a tratar de crime de responsabilidade o art. 167, § 1º, da Constituição do Brasil, que predica: “Art. 167 (...) § 1º. Nenhum investimento cuja expressão ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.”

¹³⁶ “Art. 165. (...) § 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.”

¹³⁷ A lei nº 8.041, de 05 de junho de 1990, dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho da República.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



o Conselho de Defesa Nacional; declarar guerra e decretar a mobilização nacional; celebrar a paz; permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente etc.¹³⁸

18. Art. 91, § 1º, inc. III.

“Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: I- o Vice-Presidente da República; II- o Presidente da Câmara dos Deputados; III- o Presidente do Senado Federal; IV- o Ministro da Justiça; V- os Ministros militares; VI- o Ministro das Relações Exteriores; VII- o Ministro do Planejamento.

§ 1º. Compete ao Conselho de Defesa Nacional¹³⁹:

(...)

*III- propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à **segurança** do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;”*

¹³⁸ Constituição do Brasil. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IX- decretar o estado de defesa (arts. 136) e o estado de sítio (art. 137 e ss.); X- decretar e executar a intervenção federal; XIII- exercer o comando supremo das Forças Armadas, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; XVII- nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII; XVIII- convocar e presidir o Conselho da República (arts. 89 e 90) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91); XIX- declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; XX- celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional; XII- permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; XXVII- exercer outras atribuições, previstas nesta Constituição.”

¹³⁹ A Lei nº 8.183, de 11 de abril de 1991, trata da organização e do funcionamento do Conselho de Defesa Nacional. O Decreto nº 893, de 12 de agosto de 1993, regulamenta o mencionado Conselho.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Evidentemente que este tipo de norma não está comprometida senão com a necessidade de um equilíbrio o mais possível estável, fixando procedimentos constitucionais de contenção do poder. Note-se que a atual Constituição do Brasil não indica as áreas indispensáveis à segurança nacional, mas atribui à União a competência para legislar sobre defesa territorial, defesa aeroespacial, marítima, civil e sobre a mobilização nacional (art. 22, inc. XXVIII). Além do que, diz, no art. 21, inc. III, que compete à União assegurar a defesa nacional.

Quanto à faixa de fronteira, a Constituição de outubro de 1988 registra: “Art. 20. (...) § 2º. *A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.*”¹⁴⁰”

19. Art. 93, inc. II, al. “c”.

“Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando os seguintes princípios:

(...)

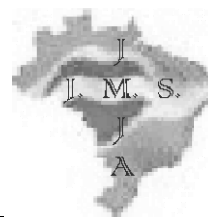
II- promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

(...)

¹⁴⁰ Na Região Norte, são milhares de quilômetros de faixas de fronteiras ainda desabitadas, o que por si só demonstra as enormes desigualdades entre os Estados brasileiros. Atualmente, existe Proposta de Emenda Constitucional sugerindo a redução dos atuais 513 deputados federais para 405, revendo a proporcionalidade entre as bancadas. Os Estados teriam entre 4 e 70 deputados federais. Apenas o Estado de São Paulo contaria com 70 representantes. Contra isto, parece estar a bancada nortista, arguendo que reduzir a representação dos Estados da Região Norte seria o mesmo que reduzir a expressão política da própria Federação, e que seria pouco inteligente atribuir a má imagem do Congresso Nacional a uma questão numérica. A favor, contra-argumenta-se que a Proposta seria capaz de melhorar a credibilidade do Poder Legislativo, perturbada desde a ditadura militar, por um “Pacote de abril de 1977”, que haveria fortalecido as bancadas das regiões economicamente menos desenvolvidas com a pretensão de se eternizar no poder.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



*c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e da **segurança** no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;”*

Esta mesma norma também tem aplicação ao Ministério Público, por força do que estabelece o art. 129, § 4º.¹⁴¹

Dispositivos como este têm a intenção de minimizar os subjetivismos nas promoções. A Constituição atual manteve um sistema misto de promoções de entrância para entrância, assimilando, alternativamente, os critérios do merecimento e da antiguidade. No meu sentir, é extremamente difícil objetivar o critério do merecimento; o que, efetivamente, não ocorre com a antiguidade.

Assim como existe a exigência de elaboração de provas e apresentação de títulos no concurso para o ingresso na magistratura (inc. I, do mesmo artigo), com a pretensão de minimizar eventuais proteções a candidatos - dando relevo à capacidade e ao mérito, o mesmo norte de conduta deverá ser observado em relação à carreira.¹⁴²

20. Art. 144.

“DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A **segurança** pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

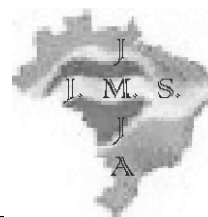
- I- polícia federal;
- II- polícia rodoviária federal;
- III- polícia ferroviária federal;
- IV- polícias civis;

¹⁴¹ Constituição do Brasil. “Art. 129. (...) § 4º. Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II (promoção) e VI (aposentadoria).”

¹⁴² O tribunal poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros (art. 93, inc. II, al. “d”).



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



V- polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

Nada deve ser tomado ao exagero. Em tudo, é necessário ter limites. Em um Estado democrático, a atuação da polícia deve ser moderada, mas suficientemente rígida para merecer respeito. Discutir com a população sobre as suas necessidades pode ser um caminho importante.

Sobre este tema, quero destacar JOSÉ AFONSO DA SILVA, que, em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo”, distinguiu entre três acepções para a expressão constitucional da segurança, a saber: a *segurança jurídica* (1), como uma garantia nas relações jurídicas entre as pessoas; a *segurança social* (2), como um conjunto de direitos sociais do indivíduo e da sua família e a *segurança pública* (3), como uma garantia da ordem pública interna, onde não seriam permitidas atitudes arbitrárias das diferentes organizações policiais brasileiras, preservando-se os direitos fundamentais do homem, e permitindo uma amena convivência social, mediante o desenvolvimento de atividades de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas.

Salientou tudo isto, dizendo¹⁴³: “*Polícia e segurança são dois termos que demandam um esclarecimento prévio, antes que entremos na discussão da temática da segurança pública a que agora a Constituição reserva um capítulo, onde institui princípios sobre o assunto.*”

Na teoria jurídica, a palavra ‘segurança’ assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependendo do adjetivo que a qualifica. ‘Segurança jurídica’ consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantém-se estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. ‘Segurança social’ significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais. A Constituição, nesse sentido, preferiu o espanholismo ‘seguridade social’, como vimos antes. ‘Segurança nacional’ refere-se às condições básicas de defesa do Estado. ‘Segurança pública’ é manutenção da ordem pública interna.

¹⁴³ DA SILVA, JOSÉ AFONSO. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1995, ps. 709-711.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



*Mas aí se põe uma petição de princípio, já que a ordem pública requer definição, até porque, como dissemos de outra feita, a caracterização de seu significado é de suma importância, porquanto se trata de algo destinado a limitar situações subjetivas de vantagem, outorgadas pela Constituição. Em nome dela se têm praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia. Ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes¹⁴⁴. Convivência pacífica não significa isenta de divergências, de debates, de controvérsias e até de certas rusgas interpessoais. Ela deixa de ser tal quando discussões, divergências, rusgas e outras contendas ameaçam chegar às vias de fato com iminência de desforço pessoal, de violência e do crime. A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social, que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é uma **atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas**. Segundo a Constituição, a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, das polícias militares e corpos de bombeiros militares.”*

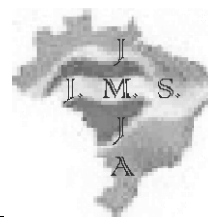
E continuou, expressando um sentimento com o qual não apenas concordo como cidadão, mas também em face da experiência que tive como juiz das execuções penais federais, por dois anos consecutivos no exercício de competência exclusiva na Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.

Em outras palavras, a segurança pública deve ser da responsabilidade de todos, não apenas do Estado, mas também da população (não andando armada de rotina, por exemplo); o que não exclui a necessidade de uma formação profissional dos servidores das organizações policiais, nisto incluindo não apenas noções de manejo com armas, mas também jurídica (respeito aos direitos dos cidadãos) e humanitária (devendo tratar igualmente as pessoas, independentemente da condição social).

¹⁴⁴ Cf. Paulo Barile, “Il soggetto privato nella costituzione italiana”, Padova, CEDAM, 1953, p. 117, “apud” DA SILVA, JOSÉ AFONSO. Ob. cit., p. 710.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Para ser fiel ao autor apontado: *“Mas a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população¹⁴⁵. Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, tal como a de que ‘se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais e a de que a amplitude da missão de manutenção da ordem pública, o combate à criminalidade deve ser inserido no contexto mais abrangente e importante da proteção da população’, o que requer a adoção de outro princípio ali firmado de acordo com o qual é preciso ‘adequar a polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-a para a obediência aos preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social’”.*

Após estas advertências do consagrado constitucionalista brasileiro, quero apenas aduzir que o recrutamento do material humano que vai compor a segurança pública variará de acordo com as condições que se der ao policial em exercício. Ele não pode viver tendo como vizinho o marginal que, faz pouco tempo, foi preso por ele, cometendo um delito. Também não se pode querer que um policial, sem a mínima infra-estrutura de combate à delinquência (armas defeituosas, carros sucateados, insuficiência de contingente etc), enfrente marginais fortemente armados.

É preciso pagar um salário condigno ao policial, e fornecer-lhe estrutura para que a segurança pública não seja apenas um discurso vazio. Além do mais, as polícias precisam agir em sintonia umas com as outras, o que, por vezes, parece uma pretensão impossível.

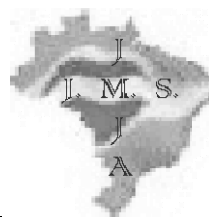
Recentemente, no Brasil, adveio uma Emenda Constitucional¹⁴⁶ (a chamada Reforma Administrativa), que fez algumas alterações no Capítulo da “Segurança Pública” (art. 144). No entanto, não basta a lei, é preciso que venham os recursos, para tornar real o que tanto se propaga: a segurança é uma prioridade. (Evidentemente que, ao lado da educação e da saúde, muitas são as campanhas políticas que adotam estas três bandeiras).

¹⁴⁵ Cf. “25 sugestões para uma polícia melhor”, Polícia Militar, Revista da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, outubro/85, 4/26, “apud” DA SILVA, JOSÉ AFONSO. Ob. cit., p. 711.

¹⁴⁶ Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998. É a chamada “Reforma Administrativa”.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



21. Art. 144, § 7º.

*“Art. 144. A **segurança** pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)*

*§ 7º. A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela **segurança** pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”*

Esta difícilíssima tarefa coube à lei ordinária, que não foi feita.

Mesmo que se partisse do pressuposto de que cada uma das polícias existentes são, isoladamente, eficientes, ainda haveria a necessidade de que elas se articulassem. Em uma orquestra, é preciso atenção quanto à harmonia dos instrumentos.

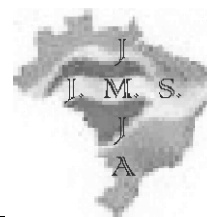
22. Art. 173, “caput”.

*“Art. 173. Ressalvados casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de **segurança** nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme dispuser a lei.”*

Isto quer dizer que, só excepcionalmente, o Estado participará da atividade econômica. Uma das justificativas é o imperativo de segurança nacional. Assim, há um



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



largo espaço aberto à livre iniciativa, que constitui um dos fundamentos do “Estado Democrático de Direito” no Brasil (art. 1º, inc. IV, parte final, da Constituição do Brasil)¹⁴⁷.

Além do mais, nos termos do art. 170, “caput” e incs. II e IV, da Constituição do Brasil, a ordem econômica, no Brasil, tem, dentre o que denomina de seus princípios, a propriedade privada e a livre concorrência.¹⁴⁸

Faz pensar o que disse, novamente, JOSÉ AFONSO DA SILVA: “A estatização no Brasil, desses últimos tempos, não é propriamente o estatismo, de que estamos falando. Foi uma espécie de estatização no nível dos interesses das chamadas classes produtoras, o empresariado, os capitalistas. Constituiu-se, em verdade, numa alavanca de sustentação da frágil classe empresarial brasileira. Teve a sua imponência, por certo, e ainda tem. Mas essa estatização irracional, que importou especialmente em acudir situações desastrosas da iniciativa privada, demonstrou que esse tipo de participação do Estado na economia não só não beneficiou o progresso social das classes trabalhadoras, como até o prejudicou e comprimiu. A participação do Estado na economia será uma necessidade, enquanto, no sistema capitalista, se busque condicionar a ordem econômica ao cumprimento de seu fim de assegurar a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social e por **imperativo de segurança nacional.**”¹⁴⁹

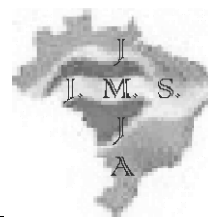
¹⁴⁷ Constituição do Brasil. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: (...) IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”.

¹⁴⁸ Constituição do Brasil. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente; VII- redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

¹⁴⁹ “O problema do estatismo é que ele nem sempre importa na libertação do homem; não raro é despótico, tecnocrático, burocrático e gerador de uma nova classe dominante, como se reconhece no Estado produzido pela revolução russa, sem negar que o estatismo, assim mesmo, pode revelar-se uma força de progresso na medida mesma em que constitua uma ruptura com a mundialização do capitalismo.” (DA SILVA, JOSÉ AFONSO. ob. cit. p. 733)



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Em suma, parece-me adequado afirmar que não cabe ao Estado intervir na economia, funcionando como um pronto-socorro da iniciativa privada, se não surtir daí, de acordo com um prévio planejamento¹⁵⁰, efeitos positivos para a maioria da população.

É esta a interpretação que retiro do art. 174, “caput”, que diz: “*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*”

Quanto à segurança nacional, em seu prisma histórico mais recente no Brasil, considero, após realizar pesquisa junto à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que os dois Acórdãos que vão a seguir sejam demonstrativos. No primeiro, a matéria envolvida é o sequestro de um Embaixador. No segundo, diz-se que, para a formação do convencimento do julgador, basta a instrução policial não desautorizada pelas provas colhidas durante o processo. É o que vai a seguir:

a) “Crime contra a segurança nacional. Sequestro de Embaixador (CHARLES BURKE ELBRICK). Violação de imunidades diplomáticas. Fixação da pena. O sequestro de um agente diplomático acarreta, em um momento anterior, a ofensa às suas imunidades. Aplicação, segundo o princípio da absorção, da pena do crime mais grave. (...) Recurso Ordinário Criminal nº 1151/Guanabara, Julgamento da Segunda Turma em 12.11.1973, DJ 02.01.1974, Relator Ministro BILAC PINTO”;

b) “Crime contra a segurança nacional. De acordo com o princípio do livre convencimento, alicerçado no exame do conjunto de provas, é legítima a condenação que se funda na instrução policial, não infirmada pela prova colhida na instrução judicial, porque o convencimento do julgador se inspira na realidade dos fatos apurados com isenção, e não no lugar onde se fez a colheita das provas. Recurso Ordinário Criminal nº 1.333, Distrito Federal, Julgamento em 14.11.1978, DJ 28.12.1978, p. 10.572, Ementário Vol. nº 1120-01, p. 125, Relator Ministro CORDEIRO GUERRA.”

A atual Constituição do Brasil, preocupada com a tortura e com os grupos armados que pretendessem desestabilizar a ordem constitucional, previu, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, que: “Art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de*

¹⁵⁰ No Brasil, convivem os orçamentos anuais com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 165 e ss, Constituição do Brasil).



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



*qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIII- a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV- constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de **grupos armados**, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”.*

(A Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, trata dos crimes de tortura. A Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 e o Decreto nº 78.992, de 21 de dezembro de 1976, dispõem sobre tóxicos. A lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, alterada pela Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994, dispõe sobre os crimes hediondos).

Enfim, esta matéria ainda tem o seu relevo, não se devendo esquecer de que, por exemplo, a Constituição de novembro de 1937, em seu art. 162¹⁵¹, permitia a criação de órgãos especiais, criados para atender à emergência da mobilização. Com isto, criou-se o Tribunal de Segurança Nacional, que mereceu os seguintes comentários de LUIS ROBERTO BARROSO: “De parte isto, os partidos políticos foram extintos e o único mecanismo de ação ideológica operante era o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). Estabeleceu-se a censura aos meios de comunicação, instituiu-se a pena de morte e proibiram-se as greves. **Criou-se o Tribunal de Segurança Nacional, colegiado de exceção manipulado para a intimidação de adversários.**”¹⁵² (grifei)

Mais ou menos desta época (ou um pouco antes – 1936), foi um dos mais lamentáveis fatos da história do Supremo Tribunal Federal, que, em 1998, completou 190 (cento e noventa) anos; pois foi criado, por um alvará régio do príncipe regente, D. João, em 10 de maio de 1808, com o nome de Casa da Suplicação do Brasil.

Este fato, que será narrado em seguida, envolveu, diretamente, um desvirtuamento do *princípio da segurança nacional*, que foi, de maneira taxativa, referido no Acórdão do Ministro BENTO DE FARIA.

¹⁵¹ “Art. 162. Todas as questões relativas à segurança nacional serão estudadas pelo Conselho de Segurança Nacional, e pelos órgãos especiais criados para atender à emergência da mobilização.”

¹⁵² BARROSO, LUIS ROBERTO. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1990. p. 21.



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



É o caso de OLGA BENÁRIO PRESTES, a companheira de LUÍS CARLOS PRESTES, que, na oportunidade, estava grávida de quatro meses; e, mesmo assim, foi entregue à GESTAPO (polícia nazista), sendo judia e comunista.

Esta senhora foi condenada à extradição para a Alemanha nazista, sem que os ministros quisessem tomar conhecimento do habeas-corpus impetrado para livrá-la da pena imposta pela ditadura. Meses depois, morreu em um campo de concentração.

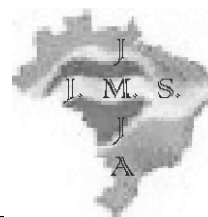
O Brasil estava em estado de sítio. Neste contexto, o advogado de OLGA BENÁRIO, HEITOR LIMA, chegou, na Petição nº 26.155, que continha 12 (doze) páginas, a afirmar que impetrava um *habeas corpus* não para liberar a sua cliente, mas para mantê-la presa, a salvo da condenação capital pelo nazismo. Do contrário, estariam condenados à morte ela e o filho que ainda gestava.

Eis um trecho-síntese deste documento histórico: “A paciente prefere viver condenada no Brasil, a viver livre em qualquer outra parte do mundo. (...) A paciente impetra habeas-corpus para não ser posta em liberdade; para continuar sujeita ao constrangimento do processo que contra ela se prepara na polícia; para ser submetida a julgamento perante os tribunais brasileiros. (...) outra face de ilegalidade, que, nem por ser implícita, seria menos estridente (...) São dois os expulsandos, dois seriam os expulsos: Maria Prestes traz no seio, com quatro meses de gestação, o fruto de seu amor apaixonado, tormentoso, inexaurível e cego por Luís Carlos Prestes. (...) Vivendo para o filho, compreendendo afinal a missão da mulher no mundo, Maria Prestes há de necessariamente almejar a companhia do pai de seu filho. (...) pensará em curá-lo da psicose bolchevista, rasgar-lhe novas perspectivas à inteligência, atraí-lo ao âmbito da família, estimulá-lo para o serviço da pátria. (...) O habeas-corpus é impetrado a fim de que a paciente não seja expulsa”.

Nada adiantou. A decisão do Supremo Tribunal Federal, que foi lida pelo Ministro Relator, BENTO DE FARIA, foi lacônica: “A corte suprema, indeferindo não somente a requisição dos autos do processo administrativo, como também o comparecimento da paciente e bem assim a perícia médica a fim de constatar o alegado estado de gravidez e, atendendo que a mesma paciente é estrangeira e a sua permanência no País compromete a **segurança nacional**, conforme se depreende das informações prestadas pelo ministro da Justiça, acorda, por maioria, não tomar conhecimento do pedido.” (grifei)



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



Com isto, a expulsão estava atingindo também “quem não cometeu crime.”¹⁵³

23. Art. 35, § 1º, inc. II, ADCT.¹⁵⁴

“Art. 35. O disposto no art. 165, § 7º¹⁵⁵, será cumprido de forma progressiva, no prazo de até dez anos, distribuindo-se os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população, a partir da situação verificada no biênio 1986-87.

§ 1º. Para aplicação dos critérios de que trata este artigo, excluem-se das despesas totais as relativas:

(...)

*II- à **segurança** e defesa nacional;*

(...)”

Como se vê, a Constituição, feitas algumas exceções, deu-se um prazo de dez anos para compatibilizar os orçamentos fiscais e o das estatais com o plano plurianual, e, com isto, cumprir o mandamento constitucional de reduzir as desigualdades inter-regionais. O prazo passou, pois a Constituição é de outubro de 1988.

Atualmente, as desigualdades são ainda intensas, restando indefeso o art. 3º, inc. III, da Constituição do Brasil, que diz: “Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*”.

24. Art. 49, § 3º, ADCT.

¹⁵³ “Caso de Olga Benário é uma mancha no passado – Grávida, ela morreu logo num campo de extermínio”. O Estado de São Paulo, de 08 de março de 1998.

¹⁵⁴ ADCT significa: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁵⁵ Constituição do Brasil. “Art. 165. (...) § 7º. *Os orçamentos fiscal e o de investimento, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, seguindo critério populacional.*”



CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 E O TERMO SEGURANÇA



“Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos.

(...)

*§ 3º. A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de **segurança**, a partir da orla marítima.”*

Embora houvesse o permissivo para acabar com a enfiteuse, mediante a legislação ordinária (o que ainda não ocorreu, em que pese não ser tão grande a relevância da enfiteuse privada no Brasil – ver arts. 678 a 694, do Código Civil brasileiro), ficou predisposto que isto não deveria ocorrer em relação aos terrenos de marinha e seus acrescidos.

Estes últimos são aqueles que, “banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até 33 metros para a parte da terra, contados desde o ponto a que chega a preamar média.” (Este ponto corresponde ao estado do lugar no tempo de execução do art. 51, § 4º, da Lei de 15 de março de 1831)¹⁵⁶.

Pois bem, foram analisadas as 24 oportunidades em que a Constituição do Brasil de 1988 (texto original) referenciou o termo “*segurança*”¹⁵⁷. Agora, cabe refletir sobre a dimensão deste termo no âmbito do ordenamento jurídico constitucional. Para isto, inicialmente, buscarei esclarecer sobre o que vem a ser um *princípio jurídico*.

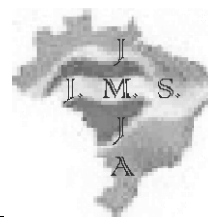
¹⁵⁶ Está-se a tratar do Código das Águas, o Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (DOU 20.07.1934), art. 13. Esta norma foi reproduzida em outros diplomas normativos.

¹⁵⁷ Considerando o fato de que, até então, a última Emenda Constitucional era a de nº 19, de 05 de junho de 1998.



CAPÍTULO 4. PRINCÍPIO

4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO



4. PRINCÍPIO

4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?

“Neste capítulo de sua História de Portugal¹⁵⁸, ALEXANDRE HERCULANO DE CARVALHO E ARAÚJO, vulto máximo do romantismo português, relata-nos, com todo o vigor de seu estro insuperável, os singulares episódios que marcaram a construção do Convento da Batalha (ou Santa Maria da Vitória). Como se sabe, D. JOÃO I, Mestre de Aviz, tendo vencido os castelhanos em Aljubarrota (1385), mandou edificar, em cumprimento a um voto que fizera, o referido Convento. A obra foi confiada ao arquiteto português AFONSO DOMINGUES, que, ficando cego no curso dos trabalhos, viu-se, sem mais, substituído pelo irlandês DAVID OUGUET, antes de dar início à formidável abóbada da casa capitular.

Ouguet, menosprezando a pedra de fecho concebida por seu antecessor, alterou o risco primitivo, e, por isto, a abóbada ruiu, algumas horas depois de ser dada por concluída.

Chamado à presença do rei, AFONSO DOMINGUES, apesar de ressentido (a página que reproduz o suposto diálogo que manteve com D. JOÃO I, inscreve-se entre as mais belas e dramáticas das já escritas em língua portuguesa), retomou a direção dos trabalhos e, na data aprazada, deu por terminada sua notável obra, que tem resistido ao peso dos séculos. Tão consciente estava da exatidão de seus cálculos, que, retiradas as vigas que sustinham a abóbada, debaixo dela permaneceu, sem comer nem beber, durante três dias.” (Relato de GERALDO ATALIBA, extraído de CARRAZZA, ROQUE ANTÔNIO. Curso de Direito Constitucional Tributário. 2ª ed.,

¹⁵⁸ Ver HERCULANO, Alexandre. História de Portugal, Lisboa, Ulmeiro, 1985.



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



revista e ampliada e atualizada pela Constituição Federal de 1988. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, ps. 23-25).¹⁵⁹

A expressão princípio foi introduzida, na Filosofia, por ANAXIMANDRO. Esta palavra foi utilizada por Platão no sentido de fundamento do raciocínio (Teeteto, 155, d), e, por Aristóteles, como a premissa maior de uma demonstração (Metafísica, V. 1, 1.102 b 32-1.013 a 19). Nesta mesma linha, Kant deixou consignado que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo (Crítica da Razão Pura, Dialética, II, A). Em qualquer ciência, princípio haverá de ser entendido como alicerce, ponto de partida. Pressupõe um posicionamento em um patamar privilegiado, sendo como que a pedra angular de um sistema. Desprezar o que é fundamental, traria consequências bem desastrosas, tal como foi transcrito no trecho acima, onde o saudoso GERALDO ATALIBA rememora a “Abóbada” de AFONSO DOMINGUES.

Pode-se dizer, portanto, que o princípio é o momento em que algo tem origem. É o começo, a causa primária, o elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. É assim que o entendo, por alguns motivos, a saber:

a) este é o senso comum. O homem médio, ao ouvir uma referência ao termo princípio, logo pensará em começo. O sentido mais utilizado para a expressão princípio é o de começo;

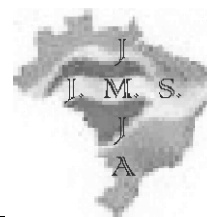
b) segundo JOSÉ FERRATER MORA, em seu Dicionário de Filosofia (tradutores António José Massano e Manuel J. Palmeirim. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991, ps. 322-323), “foi Aristóteles que precisou vários significados deste termo: ponto de partida do movimento de uma coisa; *o melhor ponto de partida*; o elemento primeiro e imanente da geração etc.”; (grifei)

c) não é outra a conclusão que se retira ao consultar um dos mais conhecidos cultores do idioma nacional, AURÉLIO BUARQUE DE HOLLANDA (Pequeno Dicionário Brasileiro

¹⁵⁹ Após os três dias, AFONSO DOMINGUES morreu onde estava, sobre uma pedra na qual, depois, foi retratado. A sua imagem foi colocada em um dos ângulos da casa capitular. As suas últimas palavras foram: “A *abóbada não caiu... a abóbada não cairá!*” (Extraído de HERCULANO, ALEXANDRE. Lendas e Narrativas. Vol. I – com todas as anotações do autor. 3ª ed. Portugal. Publicações Europa-América. 1990, ps. 192-193).



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



da Língua Portuguesa – com assistência de JOSÉ BAPTISTA DA LUZ e revisto e aumentado por inúmeros especialistas, 11ª ed., Gamma).

Enfim, seguindo o que se atribui a ARISTÓTELES, um dos significados do termo princípio é o de “*melhor* ponto de partida”.

Com esta informação, reconheço uma certa noção abstrata em seu contorno. Na verdade, em um sentido radical, só se deveria falar em princípio quando, dentro de uma certa ordem, nada lhe fosse anterior. Nada o deveria preceder.

Seria como se a história fosse uma linha reta infinita, e o seu primeiro ponto fosse denominado princípio. No entanto, a história do Estado, e do próprio indivíduo, às vezes caminha em círculos. E, em uma ordem circular, há indiferença quanto ao que esteja em primeiro ou em último.

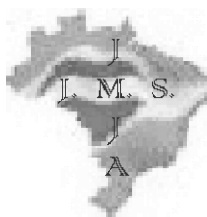
Esclarecendo melhor o que digo. E adotando o Brasil como exemplo.

É bastante comum, em momentos importantes da nossa história, praticamente, reproduzir-se o passado. Veja-se, apenas exemplificativamente, o teor do art. 3º, da Emenda Constitucional nº 11, publicada em 17 de outubro de 1978, em comparação com o art 18, das Disposições Transitórias, da Constituição de julho de 1934:

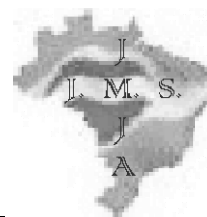
“(Emenda Constitucional nº 11/78) Art. 3º. São revogados os atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos da apreciação judicial.” (Grifei)

“(Disposições Transitórias/34) Art. 18. Ficam aprovados os actos do Governo Provisório, dos interventores federaes nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciaria dos mesmos actos e dos seus efeitos.” (Grifei)

Em outras palavras, a história humana está repleta de avanços e retrocessos. Ela não é uma reta, pois possui vários começos (princípios).



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



Cada civilização tem o seu princípio ou os seus princípios.

Estes não são verdadeiros ou falsos, embora sirvam de fundamento para uma cultura em um determinado espaço e tempo. São fotografias de um momento político.

Em um princípio, o decisivo é que tenha efetividade. Se dele nada resultar, não cabe se falar em princípio. Na idéia de princípio, vem engajada a noção de continuidade. Não haverá princípio, se não existirem efeitos.

Assim, no modo de pensar o direito (corpo orgânico, organizado), é preciso ter em conta a importância do princípio. O modo de enxergá-lo poderá variar, pois não é unívoco o corpo social que ele controla e promove.

Defendo, aqui, que o direito controla e promove um corpo social heterogêneo. Justifico. A norma jurídica é feita, em regra, para dirigir comportamentos humanos. Ela prescreve comportamentos e instituições, constituindo uma elevada técnica de controle social.

Quando controla, normalmente, promove uma situação de manutenção do que já existe. Ocorre que o propósito do Estado Democrático de Direito, no Brasil (art. 1º, Constituição) é o de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)” (Preâmbulo da Constituição da República, e, com pequeníssimas alterações, das Constituições estaduais . Ver PREÂMBULO. MIRANDA, PONTES DE. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo I, ps. 417 e ss.).

Assim, no Brasil, a interpretação que se dá ao direito não deve ser apenas aquela de contenção, mas também precisa haver um esforço no sentido da promoção do bem-estar e da harmonia. Aí, parece de extremo relevo a atuação do Poder Judiciário, dado que, com a Constituição de outubro de 1988, houve o começo de um novo Estado.

Logo, se um princípio constitucional se apresentar em contradição com a realidade, isto é de provocar preocupação; pois pode estar sendo utilizado apenas de



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



maneira a impressionar os leigos, o que desmerece um saber de qualidade superior. Não basta estar presente no papel, pois é necessário que tenha consequências.

Se não for assim, estará instalada a desordem, onde há indiferença quanto ao que esteja em primeiro ou em último.

É bem verdade que se poderá alegar que o princípio está em formação, e são desenvolvidos todos os esforços de modo a desenvolvê-lo. Além do mais, certos indivíduos já o poderiam ter assimilado. Ocorre que o direito, soem afirmar, costuma refletir o todo ou a maioria.

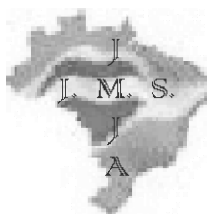
Medite-se quanto a isto, porquanto “a maioria é, assim, um topos ou lugar comum de argumentação, ao qual se contrapõe, por outro lado, o topos do mais sábio, do técnico, do especialista; quando dizemos, então, que uma decisão qualquer deve caber a quem entenda do assunto e não a um conjunto de opinantes que se impõem pelo número.”¹⁶⁰

Por tudo o que venho expondo, parece ser bastante razoável pensar como JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, quando afirma “a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando, por isso mesmo, uma inconstitucionalidade de consequências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional.”¹⁶¹

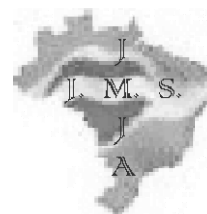
Repita-se a idéia-base que estou defendendo: não haverá princípio (causa), se não houver efeito (consequência).

¹⁶⁰ VIEHWEG, THEODOR. *Tópica e Jurisprudência* (trad. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR). Brasília-DF, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 04. Disse, ainda este mesmo autor, na mesma obra, às ps. 04-05: “o raciocínio tópico, que se vale dos repertórios de topoi; vale, portanto, em certos limites, e toda vez que se tenta dar-lhes alcance maior, percebemos, de imediato, que ele se vê envolvido por contradições lógicas. Assim, na base de um princípio, como o da supremacia do interesse público, é possível fazerem-se várias inferências; mas, embora assim pareça, o princípio não pode valer incondicionalmente; pois isto leva a incongruências. Mesmo princípios universais, como dar a cada um o que é seu, encontram limitações argumentativas na própria tecitura social, em que os interesses e intenções do indivíduo nem sempre coincidem com os interesses e intenções das interações em que se vêem envolvidos.”

¹⁶¹ BORGES, JOSÉ SOUTO MAIOR. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 13.



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



E é aí que a observação experimental parece ser de um extremo relevo. É no acompanhamento das atividades dos Poderes do Estado que se tirará a prova do espaço existente entre o que se diz e o que se faz.

No entanto, é uma característica do raciocínio indutivo a possibilidade de novas observações. Ou, como foi dito, de maneira poética, por KARL POPPER, que não se retira o universal de casos particulares.

Com a palavra o filósofo: “Ora, está longe de ser óbvio, do ponto de vista lógico, haver justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa: independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos.”¹⁶² (grifei)

É animador pensar, sinceramente, que a indução apenas constrói frágeis figuras de vidro, que não podem ser tidas como absolutas. Isto traz um certo alento, diante da conduta de considerar que só é possível legislar, no Brasil, com normas de 30 dias, e renováveis. (ver art. 62, da Constituição, já transcrito anteriormente)¹⁶³; isto com a ratificação da mais alta esfera do Judiciário nacional.

Segundo os números fornecidos pelo Serviço de Controle de Informação do Senado Federal, até 07 de maio de 2001, foram editadas/reeditadas 5.839 (cinco mil, oitocentos e trinta e nove) medidas provisórias.

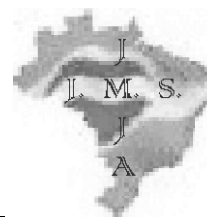
Observação: conforme a minha pesquisa, cuja fonte já foi declarada, o Governo em que mais foram reeditadas medidas provisórias foi o segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (dezembro.98 a ----) , com 2.166 (duas mil, cento e sessenta e seis) reedições; enquanto o primeiro mandato deste mesmo Presidente (janeiro. 1995 a dezembro.1998) foi aquele em que mais edições de medidas originárias ocorreu, com 160 (cento e sessenta) medidas.

¹⁶² POPPER, KARL. A lógica da Pesquisa Científica. Trad. Leonidas Hegenberg e Oliveira Silveira da Mota. São Paulo, Pensamento, 1989, ps. 27-28.

¹⁶³ Não são poucas as vozes que se levantam contra o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, que admite a reedição de medidas provisórias ainda não analisadas pelo Congresso Nacional.



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



No entanto, será sempre possível esperar uma mudança deste quadro, onde o Executivo edita e o Judiciário não opõe a resistência esperada.

De fato, para fazer justiça aos fatos, se a inércia do Judiciário já foi uma constante (pelo menos, à época em que comecei a escrever estas reflexões), hoje não mais o é, havendo múltiplos casos de rejeição, tal como pode ser citada a incidência de percentuais inflacionários dos Planos Collor I (abril de 1990) e Verão (janeiro de 1989).

Pode-se, mesmo, dizer que o caso do FGTS (Fundo de garantia do tempo de serviço) vem inviabilizando o Judiciário brasileiro, tal o número de demandas que provocou, e ainda está por provocar, chegando aos milhões.

É de se detalhar, ainda, que, embora esteja a se discutir questões que remontam ao final dos anos 80 e início dos anos 90, apenas cerca de dez anos depois é que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal brasileiros vieram a se pronunciar sobre o caso.

Atualmente, os milhões de processos trazem para o Governo um déficit de caixa que não se sabe muito bem como resolver. São os problemas do passado atacando o futuro.

Esta é a experiência atual.

Mas, experiência é uma palavra que, em grego, como em latim, deriva da raiz per. Ora, esta é a mesma raiz da expressão perigo, contudo é caminhando (pé) pelo desconhecido que muitas coisas novas são avistadas. Afinal, quem acredita que sabe uma coisa, jamais procurará a resposta.¹⁶⁴

Se o andar e ver não nos traz o conhecimento absoluto, se é que ele existe, serve-nos de método.

¹⁶⁴ SÓCRATES proclamava que *só sabia que nada sabia*, enquanto alguns dos seus discípulos aplicavam-se em louvarem-se que eram os mais sábios dos homens. Talvez, só se reconheça um filósofo mais pelos seus atos do que pelas suas palavras. Realmente, creio que, no País dos verdadeiros bens, nada está para ser comprado.



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



Admitir como princípio algo que não tem continuidade (efeitos), não me parece plausível.

Mesmo com a dedução, onde o último passo do processo cognoscitivo seria atingir o princípio, não encontro guarida para causa sem efeitos.

Poderia-se retrucar o que digo, afirmando que a função da dicção normativa expressa resume-se ao fato da mera presença na norma. Ocorre que, se for assim, repudia-se a noção de reconhecer ao direito o carácter de algo vivo, escondendo-se em uma consciência meramente formal. E até a moral (foro interno) termina por exigir obras concretas.

Neste momento, rememoro IHERING, citado por KARL ENGISCH, e o próprio ENGISCH, em sua Introdução ao Pensamento Jurídico, quando relembra o raciocínio dos romanos de que a ciência jurídica precisa ser prática, embora não se deva limitar a questões de cariz exclusivamente prático. É na zona de interseção entre a prática e a teoria que está a tarefa de descoberta do direito.:

Nas próprias palavras do autor: “*Havendo uma ciência jurídica, esta há-de ser uma ciência prática. Os romanos, aos quais cabe o inesquecível mérito de terem fundado esta ciência, sabiam muito exactamente o que nela lhes importava. Eles celebrizaram-na como a ‘divinarum atque humanorum rerum notitia’, considerando-a, por consequência, como a mais viva de todas as ciências, e com o seu Direito e a sua ciência jurídica se tornaram grandes e fortes. (...) E os juristas romanos da última fase da República ‘lançaram o fundamento de toda a posterior ciência jurídica do Ocidente. Sem dúvida que eles se fixaram na tarefa prática da descoberta do direito. (...) Por outro lado, merece reflexão a afirmação de R. V. IHERING (Geist des römischen Rechts II 2, 2ª ed., 1869, p. 369) de que ‘a jurisprudência, para ser verdadeiramente prática, não se pode limitar a questões práticas.’*”¹⁶⁵

Como se vê, o direito precisa ser dinâmico, devendo haver um forte elo de aproximação entre a prática e a teoria¹⁶⁶. Uma teoria precisa ser testada na prática. É

¹⁶⁵ ENGISCH, KARL. Introdução ao Pensamento Jurídico. Trad. J. BAPTISTA MACHADO, 6ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, ps. 13 e 19.

¹⁶⁶ “Na obra ‘El fin en el derecho’, Ihering afirma categoricamente que ‘o fim é o criador de todo direito; não há norma jurídica que não deva a sua criação a um fim, a um propósito, isto é, a um



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



incorreta a afirmação que atribui a alguém um sólido conhecimento teórico, mas não prático. Afinal, uma pessoa só conhece um objeto se conseguir aliar a teoria e a prática.

A prática diária constrói e reconstrói raciocínios e interpretações. Quem, em seu dia a dia, ou após um longo tempo, não passou por tal experiência? Evidentemente que também o conhecimento teórico amplia os horizontes e as perspectivas, e é capaz de modificar, por dentro, uma pessoa, alterando-lhe as ações.

Assim, não bastam as boas intenções, pois o caminho do inferno está cheio delas.

Além do que o direito refere-se, principalmente, à exterioridade dos atos.

Admitir um princípio que não tenha continuidade na vida das pessoas (nem mesmo em relação àquelas que trabalham diretamente com o direito: advogados, promotores, procuradores, juízes etc.), faz lembrar do que escreveu KARL LOEWENSTEIN, em sua Teoria da Constituição, sob os títulos “A desvalorização da Constituição na democracia constitucional” e “A erosão da consciência constitucional”¹⁶⁷.

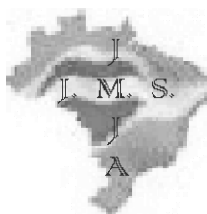
Dizia ele, por volta dos anos cinquenta, que a democracia constitucional estava em crise. A Constituição estava perdendo o prestígio, e a média da população demonstrava uma alarmante indiferença a isto. Aqueles que detinham o poder não respeitavam os imperativos da Constituição, cedendo a interpretação do Texto àquilo que parecesse mais cômodo.

Mas, pior do que isto, pois tudo se fazia em nome da Constituição, argumentando-se que o fundamento das condutas adotadas pelo poder estatal nela se encontrava.

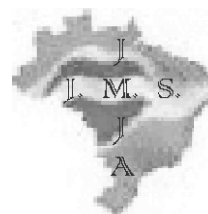
Enfim, se, quando do surgimento do Estado Constitucional, o seu Texto gozava de um respeito “quase sobrenatural”; agora, até para o homem comum, ela significa muito pouco. Prova disto é que, no Brasil de hoje, a atual Constituição preconiza, no art. 64, do

*motivo prático.’ O direito não exprime uma verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim.” (DINIZ, MARIA HELENA. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1989, p. 55)*

¹⁶⁷ LOEWENSTEIN, KARL. Teoría de la Constitución. Tradução e estudo da obra por ALFREDO GALLEGU ANABITARTE (professor da Faculdade de Direito na Universidade de Madrid). 4ª reimpressão, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1986, ps. 222-231.



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sobre a edição popular do texto integral da Constituição, e sobre a disposição gratuita do mesmo em locais representativos para a comunidade.

É o art. 64, das Disposições Transitórias: “A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.”¹⁶⁸

Pois bem, salvo as exceções por motivos profissionais, dificilmente uma residência brasileira tem a Constituição.

Mas, mesmo que possuísse, não teriam os residentes como saber se dispunham da Constituição em vigor, pois, até a Reforma Previdenciária, de dezembro de 1998, já se íam 26 (vinte e seis) Emendas¹⁶⁹. Ora, uma Constituição precisa de tempo para fixar-se na consciência nacional. É preciso tempo para que a comunidade perceba as suas vantagens e as suas desvantagens. Mudando tanto, passa uma sensação de instabilidade e desgaste, provocando desinteresse por se conhecer algo que não tem continuidade.

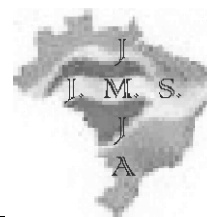
De fato, a Constituição não traz, por si, comida, casa, roupa, educação, embora, por vezes, disponha neste sentido. A Constituição do Brasil, no art. 7º, inc. I, fez registrar: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros, que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”.

¹⁶⁸ A Constituição de Weimar também dispôs, em seu art. 148, § 3º., frase 2, pela gratuidade de um exemplar para cada escolar ao final dos seus estudos.

¹⁶⁹ Em setembro de 2.001, são trinta e oito (38) Emendas Constitucionais, entre elas seis (06) Emendas Constitucionais de Revisão.



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



Ora, o trabalhador brasileiro, seguramente, demonstraria interesse pela Constituição se ela efetivamente fosse cumprida. Mas não é. Como contra-argumento poderia-se afirmar que se trata de um dispositivo irrealizável. Disto é fácil discordar, basta ver o PIB nacional e a renda per capita que, segundo os dados oficiais, é presente no Brasil (observação: no início, aponte os dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Assim, quero crer que, no Brasil, não é a Constituição que se mostra indiferente ao cidadão, mas a sua prática; ou, melhor dito, a sua inefetividade.

Quanto a isto, não pode haver o silêncio.

Novamente, aqui, ressurgem as palavras de KARL LOEWENSTEIN, obra citada, p. 229, quando afirma ser uma certa ironia o fato de que, quando a Constituição escrita conquistou a quase totalidade do mundo, encontra-se no ponto mais baixo do seu prestígio.

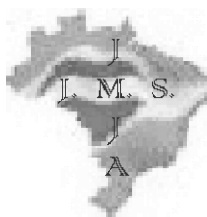
Pelo que está a ser visto, é evidente concluir que não basta uma Constituição que respeite o cidadão. É preciso que se faça bom uso dela. Em outras palavras: não basta a teoria, é preciso a prática.

A prática constitucional não pode ser aquela da utilização do Texto como uma maneira inteligente de assentar a falta de limites ao poder. A Constituição não pode ser aplicada apenas quando for conveniente, deixando o demais no esquecimento, ou o alterando como uma revista mensal.

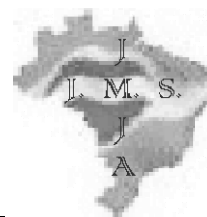
Normalmente, não há, na realidade, uma *revolta dos fatos contra os códigos* (GASTON MORIN), mas uma pseudo-revolta daqueles que detêm o poder contra leis que terminam por não ser aplicadas, mas que devem parecer que o estão sendo.

É por isto que reafirmo que, se um princípio (o da segurança de que a Constituição precisa ser realmente cumprida) não tem continuidade, e não acarreta efeitos, é bastante possível que o seu contraditório os esteja a produzir¹⁷⁰.

¹⁷⁰ SAN TIAGO DANTAS, em seu *Igualdade perante a lei e “due process of law”*, em *Problemas de Direito Positivo*, Rio, Editora Forense, 1953, p. 38, dizia que era preciso fazer *diferença entre o arbítrio e a especial justificação*. Como já foi declinado, durante o Estado de Defesa e o de Sítio (Constituição do Brasil, arts. 136-141), algumas restrições de direitos podem ser feitas. É o que vem



4.1. O QUE É UM PRINCÍPIO?



Se não há segurança quanto ao cumprimento do que foi previsto constitucionalmente, é preciso que disto se faça conhecimento público, pois caminhar por qualquer caminho pode levar ao abismo.

Hoje em dia, no Brasil, é muito comum profissionais do direito perguntarem-se mutuamente (às vezes em tom de gracejo): qual a última medida provisória? qual a última Emenda Constitucional?

Nem mesmo entre aqueles que vivem, profissionalmente, com o direito, há a certeza de que se esteja atualizado. Pasmem-se: chegam a existir especialistas em um determinado imposto (ICMS, ISS, contribuições previdenciárias etc), que, mesmo assim, vivem angustiados pelas constantes mudanças que estão a surgir.

Em um quadro como este, não há qualquer segurança de que o direito seja cumprido, até porque não se pode presumir o conhecimento da lei nem entre os reputados especialistas.

sendo conhecido como o Sistema Constitucional das Crises, que visa a estabilização do Estado e a defesa da Constituição contra processos violentos e arbitrários de ruptura. Nestas situações anômalas, substitui-se uma legalidade normal por uma legalidade extraordinária ou de exceção. Assim se faz, temporariamente, constrangido pela necessidade. No mais, dá-se uma perversão do Estado Constitucional.



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS¹⁷¹

“1. Normas, regras e princípios

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (...) Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir:

- (1) – as regras e princípios são duas espécies de normas;*
- (2) – a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas;” (CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Direito Constitucional. 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 172)*

Sendo a Constituição, marcadamente, um Estatuto Jurídico do político¹⁷², termina por haver, no plano jurídico, a penetração de valores que se transformam em princípios, e que, de certo modo, demonstram uma aspiração popular exteriorizada (é o caso da busca por um Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, art. 1º, da Constituição).

A jurisprudência precisa considerar este aspecto, diante da formação da segurança que dela se espera.

¹⁷¹ Para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, as regras e os princípios são duas espécies de normas, rompendo, assim, com a teoria tradicional, que distingue entre normas e princípios. Ele prefere a dualidade *regras/princípios*, dizendo que os princípios são normas mais abstratas, que carecem de aplicação direta (dependendo da intermediação do legislador, do juiz etc.); o que não ocorre com as regras, que são susceptíveis de aplicação direta. Além do mais, os princípios funcionam como base (fundamento) para a aplicação das regras jurídicas. Enfim, as regras prescrevem exigências (impositivas, permissivas ou proibitivas), que não podem conviver com exigências contraditórias. Uma ou outra se exclui (regras). Já os princípios estão na dimensão do peso, sendo possível conflitos entre princípios, onde, pela ponderação da importância de cada um deles, permite-se que um afaste o outro diante de um caso concreto, e continuem a convivência conflitual, sem falar em revogação. Ver CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Direito Constitucional. 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1987, ps. 171 e ss.

¹⁷² Ver CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Obra citada, p. 146.



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



Assim, o arco da generalidade da norma constitucional deve servir à sua atualização. É preciso levar em conta as probabilidades que se apresentam, e prever as consequências que daí advenham. Só então, com a coragem que se exige do órgão julgador, deve adotar a consequência mais compatível com o caso concreto, o que não implica em imutabilidade, mas terminará demonstrando a evolução da realidade jurídico-social.

Sendo a linguagem diretiva a que mais importa ao jurista, não cabe um sono profundo quanto à realidade. O sono profundo pode ser confundido com a morte, e lidamos com a mais viva de todas as ciências, no entendimento a que me reporte anteriormente.

Linguagem diretiva é aquele modo institucionalizado de dirigir comportamentos, sustentado pelo Poder Público¹⁷³.

Daí, afirmo que a verdadeira obediência aos princípios jurídicos, que devem ser adaptados às situações sociais sobre as quais vão projetar-se, depende e atesta o grau de amadurecimento social de uma comunidade.

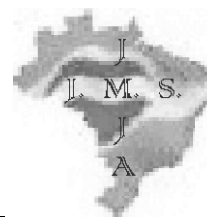
Estas afirmações que faço, lembram-me do que há alguns anos li, no Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, de MARIA HELENA DINIZ, a respeito da denominada “experiência prática de OLIVER WENDELL HOLMES”, o qual, utilizando da sua experiência conquistada na atividade judicante, afirmou que “a dedução mecânica não é a única força operante no conhecimento e desenvolvimento do direito, mas sim a experiência, ou seja, as necessidades de cada época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições que inspiram a ação política. Não há dúvida que a decisão judicial deve apresentar forma lógica, que dá a impressão de manter o princípio da certeza e da segurança jurídica. Todavia, tal impressão é ilusória (...)”. Também analisando HOLMES, disse MARK HOWE: “A lei não é feita pelas ordens do soberano, como quer AUSTIN, mas por juízes sensíveis aos ditames da tradição, aos seus próprios princípios e à opinião da comunidade sobre o que é exigido pela ordem pública.”¹⁷⁴

¹⁷³ Ver NAVARRO COELHO, SACHA CALMON e outros. Interpretação no Direito Tributário. Estudos de Direito Tributário. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, Volume 1, ps. 71 e ss.

¹⁷⁴ Ambas as citações foram retiradas de DINIZ, MARIA HELENA. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1989, ps. 55-56.



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



É com estas reflexões que entendo que existem três fatores que condicionam, fortemente, a interpretação de uma norma, inclusive constitucional:

1. a mensagem contida na norma;
2. os elementos da personalidade do intérprete, inseridos aí a sua inserção sócio-econômica na comunidade, a sua crença política, filosófica e religiosa, além da sua cultura jurídica;
3. a pressão social que envolve o caso que é submetido à análise.

Assim, não basta dizer que uma norma surge em função de uma necessidade, e decorrente utilidade, levando-se em conta períodos que se podiam prever.¹⁷⁵ É inescandível a tensão existente entre o caráter jurídico e os demais aspectos anteriormente apontados.

Por isto, parece-me de fundamental importância, em favor da própria aplicação do direito – e, conseqüentemente, dos cidadãos – o estabelecimento de garantias de independência à magistratura. Estas não devem ser vistas como meras prerrogativas dos magistrados, mas, antes disto, precisam ser reconhecidas como instrumentos de proteção da própria sociedade.

A Constituição do Brasil reserva o art. 95 para sobre elas tratar, dizendo: “Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias: I- vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II- inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, (art. 93, inc. VIII) havendo o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, de fundar-se em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa; III- irredutibilidade de subsídio, ressalvada exigência de fixação e alteração por lei específica, o respeito ao teto do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o princípio da isonomia tributária e à sujeição ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (este inciso já se

¹⁷⁵ Ver PERELMAN, CH. La lógica y la nueva retórica. Trad. LUÍS DIEZ-PICAZO, Madrid, Civitas, 1979, ps. 106-107.



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



*apresenta com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 19, de junho de 1998).*¹⁷⁶

Ao lado das garantias, também precisa constar a necessidade de que de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devam ser motivados, sob pena de nulidade, tal como o fez a Constituição do Brasil, no art. 93, incs. IX e X: “Art. 93. *Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; X- as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;*”.

Reafirmo que, quando disponho que uma norma decorre de uma necessidade e de uma utilidade previsível, o faço no sentido que esclareço a seguir.

Se há cerca de cem anos, em via de regra, o meio ambiente não era objeto de tantas atenções, dificilmente o seu tratamento, por lei, provocaria polêmica. Hoje, no entanto, o mesmo não ocorre, dentre outros motivos, dado uma previsão de escassez dos recursos ambientais, caso não se contenha o comportamento predatório, havendo uma perspectiva real de gravíssimos prejuízos à espécie humana. Logo, é uma decorrência a importância do seu tratamento legal.

Diante deste contexto, surgem aqueles que defendem uma proteção radical, outros são a favor de um mínimo possível, e outros são adeptos de uma posição de meio. Disto resulta que as tensões políticas terminarão por repercutir no âmbito jurídico.

Em outras palavras, assim como para uma pessoa é preciso o estabelecimento de metas, para o direito faz-se necessário o estabelecimento de princípios, que, embora não sejam imutáveis, e devam se adequar à evolução da realidade social, têm a utilidade prática de fornecer coesão às normas que compõem um determinado ordenamento. São os princípios que dão a estrutura para as edificações jurídicas.

¹⁷⁶ Nesta citação constitucional, as remissões a outros artigos foram substituídas pelos conteúdos resumidos dos artigos indicados.



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



É chegado, agora, o momento de apresentar aquilo que considero como distinção entre os, muitas vezes, atacados princípios gerais (havidos como meras recomendações), daqueles princípios jurídicos investidos em regras jurídicas.

Aqui, estou defendendo que, se a norma é jurídica, detém um núcleo prescritivo; e este raciocínio também se aplica às normas constitucionais. Todas as normas constitucionais são jurídicas; e, portanto, possuem este núcleo.

A referência feita aos princípios gerais do direito (*não positivados*), na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, em nada autoriza compreender que as normas constitucionais estejam inseridas nesta categoria. Afinal, a Lei de Introdução ao Código Civil é que deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não o inverso.

Mais: de acordo com o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, apenas devem ser aplicados os princípios gerais (*não positivados*) na hipótese de omissão legal. Admitir que a Constituição esteja preenchida por simples princípios gerais (*recomendações doutrinárias*) é o mesmo que afirmar que só se deve aplicá-la se não houver lei que disponha contrariamente a ela; o que seria um absurdo.

Ora, aos princípios jurídicos investidos em regras jurídicas não cabe a valoração em verdadeiros ou falsos, porém em vigentes e/ou eficazes; ou não vigentes e/ou não eficazes. Esta é a linguagem do direito.

Ou seja, no plano da linguagem diretiva, formulada visando influir em comportamento alheio, não faz sentido falar sobre verdade ou falsidade. A linguagem diretiva deve ser justa, ou não; conveniente, ou não; eficaz, ou não; descomportando juízo de verdade. Por exemplo, não faz sentido dizer que uma norma como “É proibido pisar na grama” seja verdadeira ou falsa.

O mesmo não ocorre com os princípios gerais do direito, pois, contendo proposições descritivas – não prescritivas – pertencem ao mundo do que é ou não verdadeiro. É a linguagem da Ciência do Direito.

Sobre eles, como já demonstrei, no direito brasileiro, faz-se referência no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/04 de setembro de 1942). Diz este dispositivo: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



Pelo menos, mais dois outros importantes diplomas legislativos nacionais fazem deles menção expressa, *sempre os vinculando à ausência de lei*:

- a) “Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Art. 108. **Na ausência de disposição expressa**, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I- a analogia; II- os princípios gerais de direito tributário; III- os princípios gerais de direito público; IV- a equidade (...)” e Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.”; (grifei)
- b) “Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação da Lei nº 5.920, de 01 de outubro de 1973. Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. **No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais. Não as havendo**, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (grifei)

Também no âmbito do direito internacional, são muitas as referências aos princípios gerais. Como exemplo do que digo, apresento o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o Anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, foi aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 7.935, de 04 de setembro de 1945, completando a sua incorporação com o Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

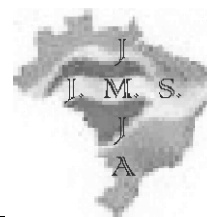
Esta Carta foi assinada, em São Francisco, aos 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas.

É o art. 38, do Estatuto: “Capítulo II – Competência da Corte. Art. 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: (...) c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;”.

Retornando a falar sobre a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, parece-me importante rememorar o comentário de um consagrado jurista nacional sobre a natureza de



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



leis como tais. Disse J. M. DE CARVALHO SANTOS: “*Da natureza da Lei de Introdução, resulta que as regras contidas nesta Lei não são peculiares ao Código Civil, aplicando-se, antes, a todas as leis, quaisquer que sejam, como as penais, as comerciais, as fiscais, as processuais etc. Pouco importa estar ela colocada como Introdução ao Código Civil, o que encontra justificativa, como já foi explicado pelos mestres, no facto do Código Civil constituir a parte mais importante de nossa legislação.*”¹⁷⁷

Talvez, este também seja um dos motivos pelos quais as Faculdades de Direito, em todo o Brasil, dediquem tantos créditos ao Direito Civil, e tão poucos ao Direito Constitucional; isto quando este último, simplesmente, não é confundido com Teoria Geral do Estado ou Ciência Política.

Acredito, inclusive, ser esta uma das causas justificadoras da inabitualidade de se observar os princípios jurídicos; e, sobretudo, os constitucionais. A Constituição funcionaria como um mero programa de observação discutível, e, por isto, a tese de que ela estaria “*recheada*” de princípios gerais, que nada prescrevem.

Assim, observo que aqueles que defendem a natureza, meramente, programática dos princípios, em face de uma apontada vaguidade da dicção constitucional, não se encontram em uma posição de neutralidade, mas forçando um curso contrário à orientação natural das águas. Afinal, a linguagem do direito é a prescritiva.

No entanto, procurando dar uma visão mais abrangente ao tema, e reconhecendo a pragmaticidade das decisões judiciais, que precisam ser cumpridas, deparo-me com um Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que ataca a difícil questão da saúde pública. Antes de reproduzi-lo, para com isto ser o mais fiel possível aos seus termos, relembro o elevado PIB nacional e a razoável renda *per capita*, que, paradoxalmente, existem no Brasil.

Nesta Decisão, declina-se que as normas constitucionais relativas à saúde são meramente programáticas, não conferindo o poder de o cidadão exigir a sua satisfação.

Quando, no art. 196, a Constituição do Brasil diz que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e*

¹⁷⁷ SANTOS, J. M. DE CARVALHO. Código Civil Brasileiro Interpretado – Introdução e Parte Geral (arts. 1º - 42). Metropole Editora, 1936, vol. 1, p. 12.



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, não estaria fazendo mais do que um discurso político.

Seria uma mera ilusão. Uma proposição ineficaz dos constituintes, dado que a nenhum órgão ou autoridade pública é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer em desvios de verbas.

Antes, contudo, de registrar o Acórdão, quero esclarecer ao leitor que:

1. o plano plurianual deve estabelecer os objetivos e metas da administração pública federal (art. 165, § 1º, da Constituição do Brasil)¹⁷⁸;
2. a lei de diretrizes orçamentárias, que orienta a elaboração da lei orçamentária anual, e dispõe sobre alterações da legislação tributária, também deve compreender as prioridades da administração pública federal (art. 165, § 2º, da Constituição do Brasil);
3. as emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não podem ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual (art. 166, § 4º, da Constituição do Brasil);

¹⁷⁸ Constituição do Brasil. “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I- o plano plurianual; II- as diretrizes orçamentárias; III- os orçamentos anuais. § 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. § 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. § 3º. O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.”

“Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.”

“Disposições Transitórias. Art. 35. (...) § 2º. Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II serão obedecidas as seguintes normas: I- o projeto plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa; II- o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa; III- o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.”



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



4. os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual¹⁷⁹ devem ser enviados pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. O projeto da lei de diretrizes deve ser encaminhado até março. O projeto de lei orçamentária da União deve ser encaminhado até agosto, e deve ser devolvido para sanção até 15 de dezembro. (art. 166, § 6º. e art. 57, “caput”, ambos do Texto Permanente c/c art. 35, § 2º, Disposições Transitórias, todos da Constituição do Brasil);
5. isto para não falar no proclamado “Fundo Social de Emergência”¹⁸⁰, cujos recursos, por imposição constitucional (Emenda Constitucional de Revisão nº 01, de 01 de março de 1994; Emenda Constitucional nº 10, de 04 de março de 1996), devem ser aplicados, prioritariamente, no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação. (este fundo vem sendo bastante criticado, sobretudo porque retira parte da receita que deveria ser repassada a Estados e Municípios. Vide composição do Fundo Social de Emergência – Disposições Transitórias, art. 72, “caput”, incisos e §§)

Como se pode observar, se dinheiro não houver para a saúde, não é por conta da falta de atenção constitucional. (*Observação: lembro, aqui, que o Direito Constitucional brasileiro não é destituído de sanções para as hipóteses de descumprimento do seu Texto (a responsabilização política variará em função da educação cívica). A imperatividade*

¹⁷⁹ A Proposta de Orçamento para 2.002, que foi entregue pelo Governo federal ao Congresso Nacional, possui entre os pontos mais polêmicos: a intenção de tributar os inativos, manter congelada a tabela do Imposto de Renda e reajustar o salário do funcionalismo público em apenas 3,5% (três e meio por cento).

¹⁸⁰ Disposições Transitórias, da Constituição do Brasil. “Art. 71. É instituído, nos exercício financeiros de 1994 e 1995, bem assim nos períodos de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997 e 1º de julho de 1997 a 31 de dezembro de 1999, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, incluindo a complementação de recursos de que trata o § 3º, do art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (eliminação do analfabetismo e universalização do ensino fundamental – Ver Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, que aumentou o percentual aplicado para 60%) benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e despesas orçamentárias associadas a programas de relevante interesse econômico e social.



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

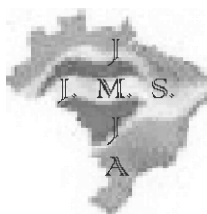


existe. Por exemplo, diz o art. 85 que constitui crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal)¹⁸¹

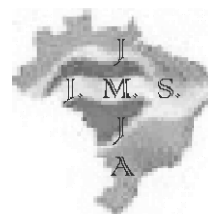
Mas já é chegada a hora de reproduzir um Acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que, de fato, transparece um certo sentimento geral no sentido de que de nada vale a Constituição registrar o direito à saúde ou à moradia através de normas simplesmente programáticas, fantasiosas, porquanto sem previsão orçamentária.

“Normas Constitucionais meramente programáticas – *ad exemplum*, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação – pela via do *mandamus* – eis que, não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o múnus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. **Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm direito e o Estado o dever’ – dever de saúde – como afirmam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm o direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564, 1995, Rio Grande do Sul, 1ª Turma, DJ 17.06.96, p. 21448. Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO. Unânime.**” (grifei)

¹⁸¹ No Direito Constitucional, não apenas existem, ou devem existir, sanções. Mais: ao lado daquelas comuns a outros ramos (pena, reparação civil), há outra categoria tanto mais importante quanto maior for a educação cívica de um povo: a da responsabilização política. O Código Civil brasileiro dispõe sobre as condições impossíveis em duas de suas normas: os arts. 116 e 1.091. É o que dizem: “Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, tem-se por inexistentes. As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.” (...) “Art. 1.091. A impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição.”



4.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS



Pois bem, parece-me que o Acórdão cometeu a *felicidade* de esclarecer o senso comum sobre as normas chamadas de meramente programáticas. Registrou ele que a Constituição não disse o que efetivamente falou. Repita-se o trecho do Acórdão publicado: “Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm direito e o Estado o dever’ – dever de saúde – como *afiançam os constitucionalistas*, ‘na realidade todos não têm direito (...)’”.

Na verdade, em uma análise mais objetiva, parece-me que se pretende interpretar a Constituição conforme a lei (inexistente). E pior. Qualquer sutil alteração contrária ao predicamento constitucional seria inconstitucional.

Logo, ficaria-se à espera da inconstitucionalidade.

Aqui, contudo, deve ser também mencionada a Emenda Constitucional nº 29, de setembro de 2.000, que tratou de assegurar recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde; o que, de alguma maneira, vem melhorando o estado ainda crítico de carência.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA

“A crença de que o legislador (a constituição) pode, através de antecipação espiritual, conformar a evolução da sociedade e formular os fins que devem pautar esta evolução, assenta num ‘optimismo voluntarista’, idealisticamente associológico e acientífico.” (CANOTILHO. J. J. GOMES. Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, Coimbra Editora limitada, 1982, p. 457)

Com o objetivo de situar o princípio da segurança jurídica dentro da discussão da hierarquia entre os princípios e entre os princípios e as normas, considero importante uma análise geral sobre este assunto.

Desde já, são apresentados problemas como:

- a) existe hierarquia entre os princípios jurídicos entre si?
- b) existe hierarquia entre os princípios e as regras constitucionais?
- c) é possível se falar em norma constitucional inconstitucional no Brasil?
- d) as cláusulas pétreas, ou de imodificabilidade, são hierarquicamente superiores àquelas outras, que também foram dispostas, na Constituição, pelo constituinte originário?
- e) as normas dos tratados internacionais são superiores hierarquicamente às normas constitucionais?
- f) a Constituição do Brasil de 1988 fixou alguma exceção ao princípio da supremacia das suas normas?

Como se vê, são questões polêmicas que já mereceram abordagens diversas por inúmeros juristas.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



Após a leitura e a pesquisa que fiz, cheguei a algumas conclusões, que, efetivamente, não pretendem ser definitivas, mas apenas chamar a atenção para assuntos que, no Brasil, vêm assumindo relevo.

Como falei, anteriormente, reconheço que os princípios e as regras são, ambos, normas constitucionais.

Também reconheço que, embora com caráter prescritivo, os princípios presentes na Constituição não contêm uma mensagem de “tudo ou nada”, pois detêm um grau de abertura a ponderações bem maior do que as regras, permitindo, assim, uma possibilidade de harmonização maior com outros princípios. Além do mais, quando ocorre uma contradição entre princípios, um não vem a revogar o outro, mas apenas aquele considerado mais importante, no caso concreto, afasta o seu rival, que permanece valendo, e sendo aplicado em situações que reconheça a sua utilidade.

Esclarecendo melhor o que digo. Imagine um preso que escape à prisão, e faça um investimento rentável. Mesmo sendo reconduzido ao cárcere, reterá, em sua propriedade, os lucros que tenha obtido. Assim, se, por um lado lhe era negada a liberdade, por outro, não lhe podia ser negado o direito de propriedade sobre os rendimentos que conquistou mediante uma atividade lícita.

O mesmo autor de onde retiro este exemplo, oferece mais dois, a saber: aquisição de servidão predial pelo transcurso, no tempo, de passagem indevida através de um imóvel; direito à permanência em um emprego, onde são oferecidas melhores condições, em que pese o ter adquirido em pleno período de vigência de um contrato anterior, que, por sua causa, foi descumprido¹⁸².

Sobre este mesmo assunto, diz J. J. GOMES CANOTILHO, em seu “*Direito Constitucional*”, que a lógica com que se deve raciocinar princípios não é a do “*tudo ou nada*”, mais valendo pensá-los segundo a sua dimensão e peso, de acordo com as circunstâncias do caso.

¹⁸² Ver DWORKIN, RONALD. Taking rights seriously. 5ª impressão. Londres, Duckworth, 1987, p. 24.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



É o constitucionalista: “Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstância do caso. Assim, por exemplo, se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da proteção das minorias (cfr., p. ex., art. 117º sobre o estatuto de oposição); se o princípio democrático, na sua dimensão económica, exige intervenção conformadora do Estado através de expropriações¹⁸³ e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio da legalidade, princípio de justa indemnização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida de intervenção, etc.).”¹⁸⁴

Enfim, um princípio poderá excepcionar, no caso concreto, um outro sem que isto conduza à exclusão do excepto do sistema que o contempla. Isto porque os princípios são susceptíveis de soluções harmonizatórias. Em verdade, a dimensão de um princípio termina por ser aquela que lhe é dada pelo juiz ou Tribunal que o declara. E é evidente que estes (Juiz / Tribunal) sofrem as influências do meio onde se encontram e das suas condições de origem, tal como foi defendido anteriormente.

É esta mesma leitura que faço de KONRAD HESSE, quando o mesmo se refere ao fato de que a Constituição jurídica costuma sucumbir em face da Constituição real, reconhecendo que a mudança dos fatos pode provocar alterações, mediante o limite das possibilidades normativas, na interpretação da Constituição.

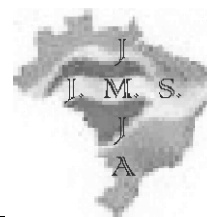
Para permitir ao leitor o julgamento do que digo, transcrevo o Autor indicado, que, entre outros títulos, foi Presidente da Corte Constitucional alemã, e, pragmaticamente,

¹⁸³ Constituição do Brasil. “Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas, e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional. Ob. cit., p. 196.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



reconhece que, mesmo nas questões fundamentais, a Constituição real faz sucumbir a Constituição jurídica; pois a realidade normalmente submete a normatividade.

Nas palavras de KONRAD HESSE: *“É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana, quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática. (...) a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. (...)”*

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode- e deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (...) Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável.”¹⁸⁵

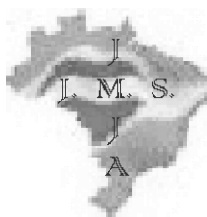
Em suma: os princípios são prescritivos, mas permitem ao Judiciário harmonizá-los dispondo de uma margem mais elástica do que nas regras. Os princípios não permitem opções livres, e, nas suas concretizações, deixam concluir pela natureza ideológica dos Judiciários que os interpreta. Dá-se uma lógica de preferência e de preterição. Eles detêm uma função positiva, influenciando nas decisões judiciais, e uma função negativa, excluindo valores contrapostos.

Também os princípios fornecem elementos a propiciar a condução das interpretações das regras. São como círculos concêntricos – regra e princípio – estando os princípios no círculo exterior, dando, assim, limites para as possibilidades interpretativas das regras.

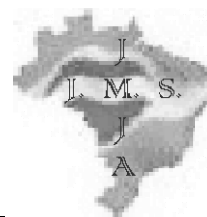
Portanto, dentro de um espaço mais restrito, as regras, quando contraditórias, não se harmonizam. Participam da *lógica do tudo ou nada*.

Para que duas regras entrem em conflito, faz-se necessário:

¹⁸⁵ Ver HESSE, KONRAD. A Força Normativa da Constituição. Tradutor GILMAR FERREIRA MENDES. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, ps. 10-11 e 23.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



- a) contradição entre ambas;
- b) que emanem de autoridades competentes dentro de um mesmo âmbito normativo;
- c) que o cumprimento de uma importe no descumprimento da outra.¹⁸⁶

Ocorrendo este tipo de situação cabe se socorrer da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto Lei nº 4.657/04 de setembro de 1942) que, em seu art. 2º, § 1º, diz: ***“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”*** (grifei)

E, em seu § 2º, do mesmo artigo: ***“A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”*** (grifei)

Deixando claro o que vem sendo dito. Se uma lei estabelece disposições especiais que excepcionam as condições já existentes, não revoga a lei anterior; pois não há incompatibilidade, mas complementariedade.

Logo, não são regras contraditórias, no exato sentido da nossa Lei de Introdução, as afirmações que se seguem:

- a) “é proibido pisar na grama”;
- b) “é permitido pisar na grama nos dias de domingo”;

Ambas as regras são válidas e se complementam em sentido. É como se estivesse dito: ***“É proibido pisar na grama, salvo nos dias de domingo.”***

São normas de possível convivência. A norma contida na letra “a” firma a regra geral, enquanto a norma da letra “b” estabelece uma disposição especial que complementa o mandamento normativo.

Bem diferente seria:

¹⁸⁶ Ver Enciclopédia Saraiva do Direito. Verbete antinomia. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



- a) “é permitido pisar na grama”;
- b) “é proibido pisar na grama”.

Estas normas são contraditórias.

Sobre o mesmo assunto, HANS KELSEN parece esclarecedor.

Veja-se os exemplos que ele apresenta:

- a) o homicídio é um crime. No entanto, em situação de legítima defesa, não o será;
- b) o tráfico de bebidas alcoólicas também é um crime. No entanto, mediante a permissão da autoridade competente, não o será;
- c) o furto é proibido por lei, sob pena de prisão. No entanto, se não for cumprido o princípio do devido processo legal, será ilegítima a imposição da pena¹⁸⁷.

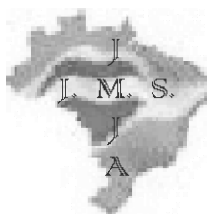
Como se vê, também existem critérios para tentar harmonizar as regras jurídicas, ocorre que, acaso se manifeste a contradição, não há como resolver o conflito a não ser pela revogação.

Concluindo: o princípio, pelo seu âmbito mais geral, é mais afeito a harmonizações; e as regras, pelo seu caráter mais particular, tendem a uma lógica do tudo ou nada, embora sejam possíveis critérios de harmonização.

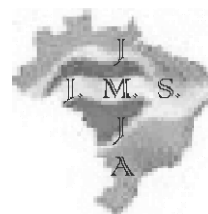
Cabe, então, discutir se existe hierarquia entre as regras e os princípios constitucionais, dado que as regras têm uma interpretação conduzida pelos princípios.

Particularmente, entendo que, se existir hierarquia entre regras e princípios constitucionais, forçoso faz-se reconhecer que, mesmo entre aqueles (regras e princípios) dispostos pelo Poder Constituinte originário, seria possível falar em normas constitucionais inconstitucionais. Se a regra é hierarquicamente menor do que o princípio, e, a despeito da generalidade do mesmo, não for possível a compatibilização, a conclusão não poderia ser outra senão a de que a regra seria inconstitucional. Haveria uma regra constitucional inconstitucional.

¹⁸⁷ Para HANS KELSEN, regra jurídica é a proposição descritiva, própria, portanto, à Ciência do Direito. Ver KELSEN, HANS. Teoria Pura do Direito. Tradutor JOÃO BAPTISTA MACHADO, 6ª ed., Coimbra: Arménio amado, 1984, ps. 88-92.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



Reconheço que esta seria uma hipótese difícil (admitindo que se esteja convencido da possibilidade desta perspectiva). Primeiro, em função do arco de generalidade do princípio. Depois, porque, se foi o mesmo Poder que editou a Constituição, razoável será pensar que ele não entrou em contradições.

No caso brasileiro, no entanto, esta segunda objeção seria um tanto frágil, dado que a nossa Constituição passou por uma prolongada negociação.¹⁸⁸ Além do mais, o corpo constituinte teve uma composição bastante heterogênea. No momento em que a Assembléia Nacional Constituinte se instalou, não havia consenso sobre os objetivos que seriam prioritários, levando, quase sempre, cada Constituinte para as Comissões as suas próprias idéias. Assim, adveio um amontoado de propostas, o que terminou por dificultar a harmonia das normas constitucionais, embora houvesse um grande esforço na tentativa de sistematização¹⁸⁹. Além do que, a Constituição brasileira é extremamente detalhista.

Contudo, não me perfilho entre aqueles que admitem a prevalência de princípios sobre regras constitucionais – ambas provenientes do Poder Constituinte originário¹⁹⁰, retirando daí a consequência da inconstitucionalidade das regras incompatíveis.

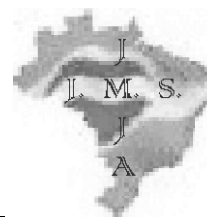
¹⁸⁸ A Constituição atual do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988. A Emenda que determinou a instalação, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, da Assembléia Nacional Constituinte, foi a de nº 16, publicada no diário Oficial de 28 de novembro de 1985. Diz o art. 2º, da Emenda Constitucional nº 16: “Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.”

¹⁸⁹ Pessoalmente, trabalhei como assessor do Relator da Comissão de Sistematização da Constituição do Estado de Pernambuco. Verifiquei, aí, que, por vezes, eram aprovadas propostas contraditórias, e o Relator terminava por escolher uma em desproveito da outra. Ocorreram casos de, no dia seguinte à publicação, no órgão oficial, do Texto provisório (pois ainda passaria por novas votações), sair manchete, em jornal de larga circulação, dizendo que estavam sendo suprimidas emendas aprovadas. A este tipo de acusação, o Relator respondia que era Relator e não apenas Redator do Projeto Constitucional.

¹⁹⁰ Diz TEMER, MICHEL, “in” Elementos de Direito Constitucional, 7ª ed., ampliada e revista de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, ps. 35-36: “ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE: ORIGINÁRIO E DERIVADO. (...) Tratemos do poder constituinte originário. (...) Como todo movimento inaugural, não há limitações à sua atividade.(...) Diante destas razões é que a doutrina caracteriza o poder constituinte originário como: inicial, autônomo e incondicionado. Não há dúvidas, também, que o constituinte está limitado pelas forças materiais que o levaram à manifestação inauguradora do Estado. Fatores



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



O Tribunal que neste sentido se manifestar, quero crer, estará se investindo de uma autoridade que não me parece ter¹⁹¹. Se isto prevalecesse, haveria uma tremenda insegurança, haja vista as palavras de KONRAD HESSE há pouco transcritas, onde reconhece a possibilidade da negação da Constituição jurídica, que sucumbe frente à Constituição real. (ob. cit., p. 11)

Esta matéria, de cunho inegavelmente polêmico, já mereceu o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que não admitiu a tese de hierarquia entre normas constitucionais. Ora, entre as normas, estão as regras e os princípios, de tal ordem que tenho como relevante o Acórdão que apresentarei a seguir, que teve como Relator o Ministro MOREIRA ALVES.

Neste Acórdão unânime, do mais Alto Tribunal do Brasil, ficou expressamente rechaçada a tese da sindicabilidade judicial do Poder Constituinte originário, não cabendo ao Judiciário, em nome de princípios de direito suprapositivo, afirmar a inconstitucionalidade das normas dispostas pelo **Poder Constituinte originário**.

Também neste Acórdão, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que as cláusulas pétreas não devem ser havidas como normas constitucionais superiores, pois isto pressuporia normas constitucionais inferiores. Disse que as cláusulas de imodificabilidade são apenas limites ao Poder de Reforma, o que não lhes atribui autoridade hierárquica frente às demais.

Neste assunto, verifico haver consenso entre o que penso e o que a Mais Alta Corte brasileira vem decidindo, pois não se reconhece o poder de ser fiscal do constituinte originário.

ideológicos, econômicos, o pensamento dominante da comunidade, enfim, é que acabam por determinar a atuação do constituinte.”

¹⁹¹ “O Tribunal Constitucional Alemão, ao admitir uma ordem de valores vinculativamente modeladora da constituição, considerou-se igualmente competente para ‘medir’ valorativamente a própria constituição. O Tribunal Constitucional teria um papel de ‘guia’ na defesa da ordem de valores constitucionais.” (CANOTILHO, J. J. GOMES. Ob. cit., p. 240)



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



Em seguida, vai o resumo da Decisão: "*Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º, do art. 45, da Constituição Federal*"¹⁹². *A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de uma em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna, 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (art. 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio haveria incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado,, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores, em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado, ao rever ou emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcar normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação a outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/Distrito Federal, DJ 10.05.1996, p. 15.131, Ementário Volume 1827-02, p. 312, Julgamento pelo Tribunal Pleno em 28.03.1996, Relator Ministro MOREIRA ALVES. Unânime".*

¹⁹² Constituição do Brasil. "Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. § 2º. Cada Território elegerá quatro Deputados.."

Ver também o art. 4º, § 2º, das Disposições Transitórias: "Art. 4º. O mandato do atual Presidente da República terminará em 15 de março de 1990. (...) § 2º. É **assegurada a irredutibilidade da atual representação** dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados (...)" (grifei)

Atualmente, a Lei Complementar nº 78, de 30 de dezembro de 1993, dispõe, em seu art. 1º: "Art. 1º. Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de Deputados Federais não ultrapassará 513 (quinhentos e treze) representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação. Parágrafo Único. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas."



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



Quero crer que a clareza com que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, enfrentou este assunto tão controverso, faz com que eu possa muito pouco acrescentar. Digo, apenas, que vejo consagrado, na mais elevada jurisprudência brasileira, o princípio da unidade da Constituição. Uma unidade hierárquico-normativa, pois todas as normas contidas no texto da Constituição nacional têm o mesmo nível, desde que hajam sido fixadas pelo Poder Constituinte originário.

Esta afirmação é, particularmente, importante no Brasil, dado a extensão do nosso Texto e o caráter heterogêneo que teve o Corpo constituinte.

Assim, passa-se, ao menos, a ter a segurança de que não há como modificar o que foi feito, senão pela própria via de reforma, que foi prevista (art. 60, do Texto Permanente – Emenda à Constituição e art. 3º, das Disposições Transitórias – Revisão Constitucional)¹⁹³.

No entanto, a despeito do que vem sendo exposto, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela existência da possibilidade de norma constitucional inconstitucional, mas em situação diversa do que foi até aqui apresentado.

Esta circunstância só ocorreria quando o Poder Reformador não respeitasse os limites que lhe foram impostos pelo Poder Constituinte originário.

Foi isto o que, na visão do Supremo Tribunal Federal, ocorreu quando da edição de uma Emenda Constitucional que tratava, entre outros assuntos, de um imposto que deveria ser cobrado de Estados e Municípios (violação da norma da imunidade recíproca)¹⁹⁴, e que também não precisava observar o chamado princípio da anterioridade, segundo o qual é vedado às pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e

¹⁹³ O artigo 60, do Texto Permanente já foi transcrito anteriormente. Diz o art. 3º, das Disposições Transitórias: “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

¹⁹⁴ Quanto a isto, disse o STF: “Ainda, por maioria, declarava a inconstitucionalidade, sem redução de textos, dos arts 3º, 4º e 8º, do mesmo diploma (LC nº 77/93), por haverem deixado de excluir, da incidência do IPMF, as pessoas jurídicas de direito público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas “a”, “b”, “c”, e “d”, do inciso VI, do art. 150, da Constituição Federal.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



Municípios) cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Trata-se do apelidado IPMF, consagrado na Emenda Constitucional nº 03, 17 de março de 1993, que, em seu art. 2º, previa: “Art. 2º. A União poderá instituir, nos termos de lei complementar¹⁹⁵, com vigência até 31 de dezembro de 1994, **imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira**. § 1º. A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei. § 2º. **Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”) e o da imunidade dos impostos (art. 150, VI), nem o disposto na limitação do imposto quanto às operações financeiras sobre o ouro (§ 5º, art. 153).**” (grifei)

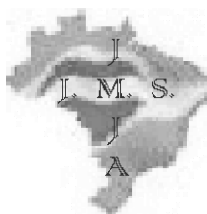
Pois bem, pela primeira vez na história jurídico-constitucional do Brasil, foram normas constitucionais havidas como inconstitucionais. Note-se que o Supremo não afirmou que o Imposto provisório sobre movimentações financeiras fosse inconstitucional integralmente, mas apenas que se violava o princípio da imunidade recíproca e o da anterioridade tributária, porquanto estes estariam suportados na cláusula pétrea da forma federativa de Estado e nos direitos e garantias individuais (Art. 60, § 4º, incs. I e IV).

Atualmente, já ultrapassada a data limítrofe do imposto provisório (31.12.1994), fez-se surgir, em substituição, a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras, a chamada CPMF (Emendas Constitucionais 12, de 15.08.1996; 21, de 18.03.1999 e 31, de 14.12.00¹⁹⁶), que sofreu acréscimo de alíquota no pacote denominado de “estabilização econômica”, e também em face da incorporação de parte da sua receita ao Fundo de Combate à erradicação da pobreza.

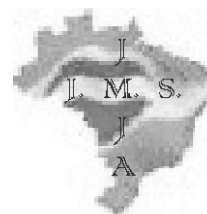
Em todo o caso, em face do caráter histórico destas Decisões, as faço registrar:

¹⁹⁵ Foi a Lei Complementar nº 77/93, que foi, por maioria, declarada inconstitucional na parte que permitiu a cobrança do tributo no ano de 1993.

¹⁹⁶ Sobre a Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999, também houve declaração de inconstitucionalidade sobre o § 3º, do art. 75, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias por conta de a Câmara dos Deputados haver mudado o texto votado pelo Senado Federal, suprimindo, sem retorno para nova votação, a previsão de que o último ano de exação deveria servir para pagar os títulos públicos emitidos para custear a despesa prevista e não realizada em 1999.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA

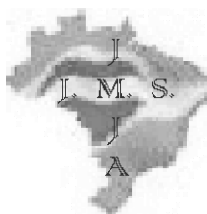


1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926-3, Distrito Federal, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Requerentes: o Governador do Estado do Paraná, o Governador do Estado de Santa Catarina, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o Governador do Estado de Tocantins e o Governador do Estado de Mato Grosso. Requerido: o Presidente da República e o Congresso Nacional. Data do julgamento da liminar deferida: 1993. Data da publicação da liminar: 1994. No mérito, a ação foi havida por prejudicada (Plenário em 02.03.94, Acórdão DJ 29.04.94. Republicado o Acórdão no DJ 06.05.94). Data do julgamento do mérito: 1994. Data da publicação do mérito: 1994.
2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, Distrito Federal, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Requerente: a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC. Requerido: o Presidente da República e o Congresso Nacional. Data do julgamento da liminar deferida: 1993. Data da publicação da liminar: 1993. Resultado do mérito: procedente em parte (Plenário em 15.12.93, Acórdão no DJ 18.03.94).

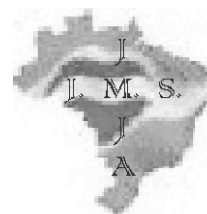
Feitas estas referências que posicionam o Supremo Tribunal Federal (Brasil) em torno do assunto, e com cujas posições estou de pleno acordo, cabe fazer um parcial resumo conclusivo:

1. Não é cabível cogitar de hierarquia entre regras e princípios constitucionais firmados pelo Poder Constituinte originário, nem mesmo em relação às cláusulas pétreas.
2. Apenas é cabível falar em normas constitucionais inconstitucionais diante da desobediência do Poder de Reforma aos limites que lhe foram fixados pelo Poder Constituinte originário¹⁹⁷.

¹⁹⁷ O art. 195, § 9º, da atual Constituição brasileira, inserido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 (Reforma Previdenciária), vem sendo criticado como incompatível com o art. 150, inc. II, do Texto Constitucional. São ambas as redações: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II- instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (...) Art. 195. (...)”



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



Agora, por uma questão de curiosidade intelectual, e em face da importância e da atualidade do tema, resta saber se as normas de um Tratado Internacional podem vir a ser consideradas como superiores às normas constitucionais. Mais uma vez, um assunto tremendamente polêmico, e sobre cuja resolução, embora abaixo de jurisprudência aparentemente pacificada, não se pode dizer que houve um ponto final ¹⁹⁸.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, atualmente, ainda equipara as normas do Tratado às leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico doméstico, admitindo, apenas, que prevaleçam sobre a legislação subconstitucional pelo critério cronológico ou da especialidade.

Eis a posição do mais elevado Tribunal do Brasil, que diz: “*Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico – não em virtude de uma existente primazia hierárquica, mas, sempre em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori), ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. Extradução nº 662. DJ 30.05.1997, p. 23.176. Ementário vol. 1871-01, p. 15. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 28.11.1996, pelo Tribunal Pleno.*”

§ 9º. As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.” Quanto a isto, insisto em dizer que, para falar em isonomia, é preciso considerar direitos e deveres (regime jurídico), não sendo aceitável a isonomia apenas em relação aos direitos. Logo, a isonomia implica em considerar todas as circunstâncias, entre elas a da capacidade contributiva.

¹⁹⁸ Sobre isto, destaco OTERO, Paulo. “*Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas inconstitucionais ?*”. 1990. Faculdade de Direito de Lisboa, Direitos Fundamentais, “O Direito”, ano 122, nºs. 3-4 (1990). A conclusão é pela afirmativa.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



Note-se que isto vem sendo dito mesmo diante do que prevê o § 2º, do art. 5º, da Constituição do Brasil, a saber: “Art. 5º. (...) § 2º. *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*” (grifei)

A conclusão que retiro é a de que, a despeito da inclusão da referência aos princípios adotados por atos internacionais de que o Brasil seja signatário (o que não havia sido previsto na Constituição anterior), não se inovou muito, porquanto os atos internacionais devam respeitar às normas consignadas na Carta Constitucional, tais como o art. 49, inc. I e o art. 84, inc. VIII, que lidam com o procedimento de incorporação.¹⁹⁹

A última questão que me propus desenvolver neste Capítulo foi aquela que indaga se a atual Constituição do Brasil estabeleceu alguma exceção ao princípio da supremacia das suas normas.

Note-se que, historicamente, tal como já foi citado, houve um período em que a nossa Constituição (Constituição de março de 1824) estabelecia que só era Constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições dos Poderes Políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Era o art. 178, que declarava: “Art. 178. *É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direito Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.*”

Será que, atualmente, no Brasil, há algo deste gênero?

Peço que se atente ao dispositivo constitucional que reproduzirei a seguir.

¹⁹⁹ Constituição do Brasil. “Art. 49. *É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;*” e “Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;*”.



4.3. PRINCÍPIOS E HIERARQUIA



É o art. 155, § 2º, inc. II, cujo texto decorreu do Poder Constituinte originário, embora tenha a sua apresentação sofrido uma alteração que em nada mudou o seu conteúdo.²⁰⁰ Diz o artigo:

“§ 2º. O imposto previsto no inciso II (operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior), atenderá ao seguinte: (...) II- a isenção ou não incidência, **salvo determinação em contrário da legislação**: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;” (grifei)

Ora, é a própria Constituição que, ao tratar de um dos principais tributos nacionais, afirma e reafirma (porque já houve Emenda. A Emenda Constitucional nº 03, de março de 1993): **salvo determinação em contrário da legislação**.

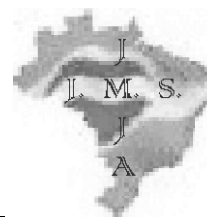
Evidentemente que se pode afirmar que o Constituinte originário não quis, ou não pôde, dispor definitivamente sobre este problema, que envolve elevadíssimos valores.

No entanto, uma coisa parece certa: a própria norma constitucional estatuiu sobre a possibilidade de a legislação que lhe seria subalterna vir a contrariar a sua regra, e sem que isto viesse a configurar uma afronta à Constituição.

²⁰⁰ A Emenda Constitucional nº 03, de 17 de 03.93, mudou a redação do “caput”, do § 2º. De “O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte” para “O imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte”. Portanto, não houve nenhuma mudança de conteúdo.



4.4. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL



4.4. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

“Induvidosamente a teoria da interpretação depende do flutuar ou suceder-se das ideologias. Quando se estuda a interpretação no plano simplesmente científico, o que se tem, na verdade, é um trabalho incompleto, que só é capaz de fornecer alguns significados possíveis da norma interpretada. (...)”

Parece-nos que não há um método literal, nem um sistemático, ou um outro teleológico. Dizer-se que a norma pode ser interpretada por um método, ou um processo literal, implica dizer que o simples exame da fórmula verbal, a simples verificação do significado etimológico das palavras, é suficiente para esclarecer o sentido e o alcance da norma. E, tal como se sabe, não é verdade. Também não se pode conhecer a norma utilizando somente o método teleológico, ou o sistemático, ou qualquer outro dos referidos pelos doutrinadores. (...) Assim, o conhecimento das normas jurídicas deve ser buscado mediante um processo interpretativo integrado, no qual se tenha em conta os elementos literal, histórico, teleológico e sistemático.” (MACHADO, HUGO DE BRITO. Interpretação no Direito Tributário – Estudos de Direito Tributário, vol. 1 (vários autores). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, ps. 26 e 39)

Aqui, rememoro que qualquer atividade de interpretação haverá de ter o seu princípio no Texto Constitucional em vigor; ou seja, entre as etapas da interpretação²⁰¹, a primeira é a de verificar a adaptabilidade do caso às normas constitucionais (princípios e regras).

Assim, mesmo as regras constitucionais, e não apenas os princípios, têm o papel de causa à interpretação.

Há, portanto, um caráter dirigente em toda norma constitucional. A Constituição funcionaria como um núcleo dirigente do direito.

²⁰¹ Entendo que são quatro as etapas, a saber: literal, histórica, sistemática e finalística.



4.4. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL



No Brasil, este núcleo dirigente estatuiu, de um modo taxativo, os seus objetivos fundamentais. É o que está no art. 3º., que determina: “Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*”

Nesta relação exemplificativa, encontro uma primeira vinculação para o intérprete e para o legislador. Assim, quando da confecção das leis orçamentárias, é preciso justificar as opções que forem feitas de acordo com estes objetivos; ao se conceder ou renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, diga-se o mesmo²⁰², etc.

Não cabe isolar a Constituição no mundo lógico. Ela não deve ser vista de maneira estática, e precisa adaptar-se às necessidades da vida social. Quando se diz que uma norma constitucional é um mero aconselhamento, normalmente, aí se esconde uma reação às suas conquistas. Mesmo que elas sejam tímidas, é possível dar um pequeno amparo às tendências dominantes, porque estas foram aptas a inseri-las no Texto.

O direito é feito para o presente e para o futuro, e não como um culto ao passado imutável. Não cabe aos mortos o governo dos vivos.

Um elemento importante para demonstrar que a interpretação das normas constitucionais opera-se pelo contexto é que, após um clima de arbítrio, quando ressurge a democracia, o alinhamento ao autoritarismo começa a ser superado. O Estado Nacional

²⁰² Constituição do Brasil. “Art. 223. *Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.*(...) § 2º. *A não renovação da concessão ou permissão dependerá de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.* (...) § 4º. *O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.* § 5º. *O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.*”



4.4. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL



Socialista acolhia o princípio da legalidade, mas a sua prática não tinha inspiração em um Estado de direito.²⁰³

Para evitar interpretações em *zigue-zague* faz-se necessário que se reflita sobre os princípios, especialmente o Poder Judiciário, sob cuja responsabilidade está a construção de uma jurisprudência mais atenciosa com a necessidade de *efetividade constitucional*²⁰⁴. Não basta a leitura (ou referência) de trechos esparsos, pois é necessário considerar todo o ordenamento jurídico. E o ponto de partida é o inteiro teor do corpo constitucional, de forma a propiciar o desvelamento não apenas dos princípios expressos, mas também dos implícitos.

Tal como o braço é ineficaz sem o corpo, não cabe se falar em norma singular sem que faça uma redução compatível com a Lei maior. Só mediante esta operação de retorno é que se vai encontrar os aspectos funcionais da norma subconstitucional em um conjunto, o mais possível, harmonioso.

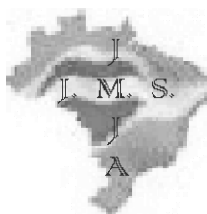
Só haverá harmonia e coerência se o sistema repousar em princípios efetivos. No mais, haverá perigoso *zigue-zague* e perda de objetividade. Disto não se conclua que o conteúdo de um princípio não possa variar em um determinado tempo e espaço. Pode. Daí, a importante missão do Poder Judiciário de adaptá-lo à realidade e aos seus conflitos.

Enfim, a partir do próximo Capítulo, passarei a tratar do princípio da segurança jurídica, cabendo, desde agora, relembrar o que disse MARCELO CAETANO sobre a “segurança como fim do Estado”.

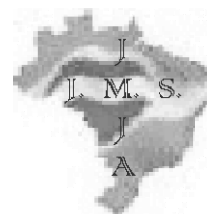
Em síntese, defendeu que a primeira necessidade do homem, e que o levou à instituição de um poder político, foi, exatamente, a segurança. Considerou-se preciso organizar a força coletiva contra a predominância da força individual, que, mais facilmente, descambaria para a violência. Assim, estando com o Estado o monopólio dos meios de ação coercitiva, haveria alguma certeza sobre a efetividade do cerceamento da força individual, reduzindo-se a vingança privada e coisas do gênero.

²⁰³ Ver XAVIER, ALBERTO. Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 06.

²⁰⁴ Utilizo o termo “efetividade” não no sentido de mera possibilidade de aplicação da norma, mas como uma necessidade de concreção mediante o cumprimento consciente.



4.4. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL



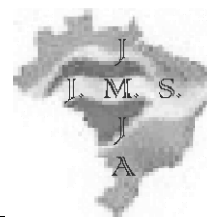
Reproduzo MARCELO CAETANO, ao bem da fidelidade de seu raciocínio: “§ 2º. Fins e Funções do Estado. (...) 100. A Segurança como fim do Estado - Colocamos a segurança em primeiro lugar ao enumerar os fins da sociedade política porque parece certo ter sido essa a primeira necessidade que levou os homens a instituir um poder político. O primeiro interesse do homem no mundo é viver. Para viver, os homens precisaram de se amparar contra os perigos da Natureza, contra as cobiças dos outros homens, contra a violência dos mais fortes. (...) Deste modo, em lugar do império da força individual, desigual de homem para homem e que estabelece diferenças arbitrárias que a cada passo conduziriam à exploração, ao morticínio, ao rapto e à escravidão, o poder político institui uma força coletiva organizada que é posta ao serviço de interesses gerais e de princípios socialmente aceites. A força desregrada era a violência: a força organizada tende a converter-se em coação jurídica. Quanto mais a sociedade política se aperfeiçoa, mais vão sendo cerceadas as possibilidades do emprego da força por parte dos indivíduos ou de grupos primários para resolução de conflitos de interesses (vingança privada, guerras privadas), porque o poder político visa monopolizar os meios de ação coercitiva e chamar a si a arbitragem de todos os conflitos e o emprego regular de toda a coação material. (...) A segurança não é só a organização da força posta ao serviço de interesses vitais: é também, por um lado, a garantia da estabilidade dos bens e, por outro, a da duração das normas e da irrevogabilidade das decisões do Poder que importem justos interesses a respeitar, quer dizer, a certeza.”²⁰⁵

²⁰⁵ CAETANO, MARCELO. Direito Constitucional, Vol. I. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1977, ps. 181-183.



CAPÍTULO 5. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



5. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)

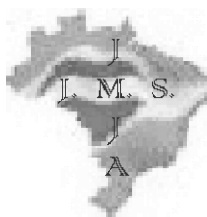
“Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” (HESSE, KONRAD. A Força Normativa da Constituição. Tradutor GILMAR FERREIRA MENDES. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor. 1991, ps. 22 e 23)

Confiança. Ao meu ver, esta é a palavra chave neste assunto.

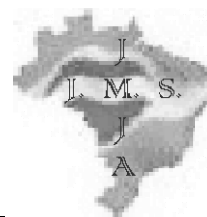
A confiança decorre de atitudes passadas e produz a previsibilidade das atitudes futuras. Há, portanto, um antes e um depois.

Explicando melhor o que digo. O princípio da segurança jurídica deve acarretar a estabilidade das decisões estatais e a eficácia dos fatos jurídicos verificados²⁰⁶.

²⁰⁶ REALE, MIGUEL. Teoria Tridimensional do Direito – situação atual. 4ª ed., revista e aumentada. São Paulo. Editora Saraiva. 1986, p. 96: “Em o Direito como Experiência, dedico atenção especial ao conceito de ‘fato no direito’, mostrando que ele envolve tanto aquilo que acontece, independentemente da iniciativa humana, mas que adquire significado ‘inter homines’ (o fato de alguém nascer, p. ex., sem que tenha havido o propósito de gerar), como aquilo que



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Logo, após tomada a decisão (judicial ou administrativa), ou ocorrido o fato de que provêm certos efeitos jurídicos, é preciso confiar em que os efeitos indicados vão se produzir.

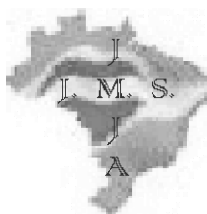
Por outro lado, se isto efetivamente se verifica em uma sequência significativa de casos, pode-se prever que, toda vez que ocorrer um ato cujos efeitos estão firmados na norma jurídica, dá-se a forte probabilidade de que as normas venham a ser cumpridas.

Enfim, a confiança manifesta-se mesmo antes de o ato haver sido praticado, pois já confirmado que, após a sua prática, os devidos efeitos ocorrerão. Há uma previsibilidade.

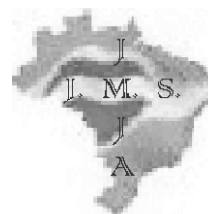
Em outras palavras, estão sendo cumpridas as regras do jogo.²⁰⁷

intencionalmente é feito e se refere ‘ad alios’. Fato é, por conseguinte, uma palavra que corresponde tanto ao particípio passado ‘factum’, de fieri (acontecer), como de facere (fazer).”

²⁰⁷ BOBBIO, NORBERTO. O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de MARCO AURÉLIO NOGUEIRA. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1986. Por falar em *regras do jogo* e em NORBERTO BOBBIO, saliento: a) o Acórdão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, divulgado pela INTERNET (www.stf.gov.br. Data: 17.11.99. Hora: 17 hs.) , com a seguinte manchete: “*Supremo adia julgamento de dívida de jogo contraída em cassino norte-americano*. Por maioria de votos, os Ministros do mais Alto Tribunal brasileiro estavam acompanhando o voto do Ministro Relator SEPÚLVEDA PERTENCE (*houve pedido de vistas do Ministro MARCO AURÉLIO*), negando o pedido do Hotel Cassino Trump Taj Mahal, de Atlantic City, que pedia a homologação da execução de sentença do Tribunal de New Jersey, condenando um brasileiro a quitar a sua dívida, argumentando o advogado do Cassino americano com o princípio da territorialidade, que obrigaria o devedor a pagar a dívida contraída no país em que o jogo é aceito, e sublinhando que o brasileiro haveria recebido uma linha de crédito do Cassino para realizar os seus jogos; e, ao perder o dinheiro, haveria procurado se escudar na legislação brasileira, deixando de pagar a dívida. Contudo, prevaleceu, jurisprudencialmente, o entendimento de que não se poderia obrigar o devedor a pagar as dívidas contraídas em jogo. Afinal, a aplicação do direito estrangeiro não poderia ser concedida, pois envolveria fiança de dívida de jogo, o que é considerado, no Brasil, uma ofensa à ordem pública e aos bons costumes; b) as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, então Presidente deste Egrégio Tribunal, CARLOS VELLOSO, fazendo referência ao próprio NORBERTO BOBBIO: “*NORBERTO BOBBIO, um dos mais notáveis pensadores contemporâneos, sustenta, ensina e enfatiza que vivemos na era dos direitos. Não somente a era dos direitos declarados, mas também a era dos direitos garantidos. As primeiras declarações escreveram, registraram e proclamaram aqueles direitos que chamaríamos de primeira geração – os direitos de resistência. Neste século, o constitucionalismo social proclama*



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Isto, sem dúvida, traz alguma tranquilidade, pois permite o exercício dos direitos sem sobressaltos, habilitando os membros daquela comunidade a planejarem as suas vidas.

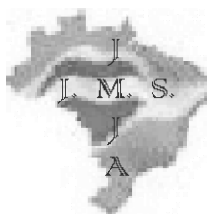
Pode-se, inclusive, dizer que o amparo àquele que confia no Estado vem em benefício do próprio Estado. Afinal, é fazendo o cálculo dos riscos e proveitos que uma empresa adota as suas posições, entre elas a de se radicar, ou não, naquele local. Se a sua decisão for positiva, possivelmente, isto trará empregos e mais arrecadação direta (os tributos pagos pela própria empresa) e indireta (com o aumento do nível de emprego, mais pessoas ingressarão no mercado de consumo, onde, com os produtos comprados, também se produzirá tributos).

Dito isto, e de acordo com o perfil que venho apresentando, acho que é o momento de expor uma definição sobre segurança jurídica. Neste sentido, recolho os ensinamentos de PONTES DE MIRANDA²⁰⁸: “*É a segurança que têm as pessoas quanto à aquisição, modificação, eficácia e extinção dos direitos, principalmente no trato com as outras pessoas.*”

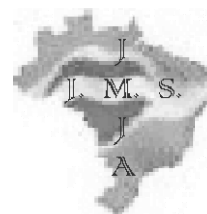
Portanto, não me parece que possa haver dúvida: a segurança é um direito do cidadão, e como tal deve ser tratado. Foi isto o que fez a Constituição de 1988 quando, por exemplo, no art. 5º., “caput”, deixou disposto que garantia “*aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à segurança.*”

os direitos de Segunda geração – os direitos sociais. E já, nos augures do século XXI, nos augures do terceiro milênio, as Constituições positivam os direitos de terceira geração. A nossa Constituição, a Constituição Democrática de 1988 é exemplar neste ponto. O exercício da cidadania compreende ter as pessoas, todos os indivíduos, garantidos os seus direitos, e esta foi a vontade do Constituinte de 87/88. Mas, conjunturalmente, há uma realidade que precisa ser visualizada, encarada de frente, é que a violência existente hoje em praticamente todas as grandes cidades brasileiras, ela interfere no exercício dessa cidadania, apequena o exercício da cidadania. De sorte que o combate à violência, meus senhores, constitui mesmo exercício da cidadania. (extraído do site do Supremo Tribunal Federal. Data: 18.11.99. Hora: 13:30. Manchete: CARLOS VELLOSO participa de debate sobre violência na Câmara dos Deputados).

²⁰⁸ MIRANDA, PONTES DE. Tratado de Direito Privado. 3ª ed., Rio de Janeiro. Editora Borsoi, 1970, p. 139.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Logo, é forçoso concluir que é perfeitamente possível a retroatividade benigna, pois o fim da garantia da segurança, manifestada sob a feição da irretroatividade, é o de proteger aquele que confiou no Estado, tutelando-o com o critério da inalterabilidade.²⁰⁹

A segurança pretende evitar a alteração prejudicial, e não o contrário. A velha regra teodosiana da irretroatividade das leis tem de se ajustar ao fim perquirido.

É isto o que se extrai de GABBA (“Teoria da retroatividade das leis”²¹⁰), o sistematizador da doutrina, que defende que a irretroatividade pretende impedir que a lei nova ofenda (prejudique) os direitos adquiridos sob o império da lei antecedente.

A Constituição do Brasil assimila esta posição quando determina, em seu art. 5º, inc. XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (grifei)

É, bem verdade, que, no Direito Penal, desde o início do século XVII, a teoria da retroatividade dos benefícios da lei nova mais favorável já havia sido formulada por PROSPERO FARINACCI, conforme informa LEOPOLDO BRAGA, em seu Direito Intertemporal.²¹¹(ver art. 5º, inc. XL, da Constituição do Brasil: “XL. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”)

Sobre isto, poderia-se estar pensando que o normal é que, se o Estado quer mudar uma lei, fica autorizado o raciocínio de que ele queira mudar para melhor, e jamais para pior. Sobretudo, em um Estado Democrático de Direito, como se auto-proclama o Brasil, logo no art. 1º, da sua Constituição.

Ocorre que o que é melhor para uns pode não o ser para outros, não cabendo a nenhum cidadão ficar sob a instabilidade das mudanças.

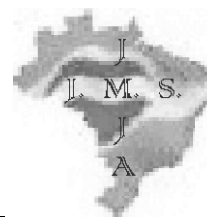
²⁰⁹ A Constituição da República Portuguesa, de abril de 1976, atualizada pela Revisão Constitucional de setembro de 1997, diz, no art. 18º, 3 (Força Jurídica): “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” E acrescenta, no art. 103, 3, ao tratar do Sistema Fiscal: “Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.”

²¹⁰ Ver GABBA. Teoria della Retroattività delle Leggi. 3ª ed., vol. I, p. 182.

²¹¹ BRAGA, LEOPOLDO. Direito Intertemporal. Rio de Janeiro. 1991, ps. 35 e ss.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Isto porque, em um Estado de Direito, é preciso considerar as idéias de justiça e de segurança, sendo vários os instrumentos que, em última análise, buscam viabilizá-las (as garantias fundamentais; a independência e a harmonia entre os Poderes (funções), pois todo o poder emana do povo - art. 1º, Parágrafo Único, da Constituição do Brasil; o princípio da estrita legalidade em matérias que envolvam a Administração Pública; a presunção de boa-fé dos atos administrativos, etc.)

Repito. É pressuposto do Estado de Direito a noção de segurança jurídica.

Neste estágio da argumentação, veio-me à mente o aparente conflito entre a legalidade e a justiça. Aqui, em face da grave importância do assunto, pretendo deter-me mais detalhadamente.

Toda vez que este tema vem à baila, lembre-se de ALMIRO DO COUTO E SILVA, que, em seu artigo sobre “Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, destacou, ao menos, dois pontos que considero devam ser realizados:

- a) o de que assim como a nossa face se modifica com o tempo²¹², a da justiça também não é inalterável, variando em função de circunstâncias sociais, culturais, econômicas,

²¹² Exemplos concretos dos efeitos do tempo no direito são a DECADÊNCIA e a PRESCRIÇÃO. A primeira (*decadência*) extingue diretamente o direito subjetivo da pessoa que se encontra no polo ativo da relação jurídica. A segunda (*prescrição*) atinge diretamente a pretensão executória – ação.

Vide, entre outros: o art. 146, inc. III, al. “b”, da Constituição de outubro de 1988: “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.”

Ver, também, os arts. 156, inc. V; 173 e 174, todos do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, 25.10.1966): “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) V- a prescrição e a decadência (...)” Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I- do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II- da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo Único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



políticas etc.. Concluindo que a segurança jurídica é a própria justiça; *(observação: mais adiante, defendo que a segurança precisa ser vista como um instrumento da justiça)*

- b) o de que a Administração Pública, em nome da tranqüilidade dos administrados, não deve, após o transcurso de um certo período, tornar nulo um ato em desfavor do seu beneficiário, sob a alegação de que lhe surgiu uma luz, e resplandeceu uma nova interpretação, percebendo, a partir dali, a verdadeira justiça.

São as palavras de ALMIRO DO COUTO E SILVA, distribuídas entre estes dois raciocínios:

- a) “(...) No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária. Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a

Único. A prescrição se interrompe: I- pela citação pessoal feita ao devedor; II- pelo protesto judicial; III- por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV- por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”

De fato, o Direito Tributário brasileiro prevê a decadência em relação ao direito de crédito, ao direito à revisão do lançamento, ao direito à homologação da atividade do sujeito passivo e ao direito à repetição do indébito. Há, para a Administração Pública, um prazo de cinco anos para que exerça os três primeiros direitos; sendo, também de cinco anos, o prazo para que o cidadão o faça em relação à última hipótese. Fixa-se, ainda, o mesmo prazo de cinco anos para a propositura de ação de execução fiscal, e o de dois anos para a interposição da ação anulatória de decisão administrativa que denegue a restituição do indébito.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



*justiça material. **Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça. (...)***”

- b) “(...) A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – sob o argumento de ter a adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.”²¹³

Evidentemente que a questão é bastante polêmica, e, como tal, produzirá opiniões em variados sentidos.

Pessoalmente, entendo que, pelo menos no Brasil, a opção (preferência)²¹⁴ pela norma escrita, proveniente dos Legislativos municipal, estadual e federal, a despeito das inúmeras críticas que recebe, é, em via de regra, o máximo avanço para a grande maioria não organizada.

De fato, não é incomum emergirem conquistas sociais, na norma escrita, que, sob o argumento, muitas vezes insincero, da ausência de imediata efetividade, vêm a ser prorrogadas para um futuro que nunca chega.

Além do que, em um sistema onde a soberania popular, pelo menos, tem a expectativa de exercício pelo sufrágio universal, e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (ver art. 14, da Constituição do Brasil)²¹⁵, é mais otimística a possibilidade de êxito nesta escolha periódica do que naquela decorrente de uma “conta de chegada” pós-

²¹³ SILVA, ALMIRO DO COUTO E. “Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, extraído da Revista de Direito Público, nº 84, ps. 46 e ss.

²¹⁴ Ver EROS ROBERTO GRAU. Direito, Conceito e Normas Jurídicas. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

²¹⁵ Constituição do Brasil. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos,, nos termos da lei, mediante: I- plebiscito; II- referendo; III- iniciativa popular.”



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



eleitoral, de onde decorrem as indicações de algumas das mais Altas autoridades (administrativas e judiciárias), muitas vezes com acerto, mas, quase sem a possibilidade²¹⁶ de, no erro, reverter-se a vitaliciedade.²¹⁷

Também é de se considerar que as atividades do Legislativo e do Executivo são mais conhecidas do público, sendo da própria espécie humana consagrar um maior apuro àquilo que se faz em público, não devendo causar surpresas o fato de as aquisições sociais encontrarem campo mais propício no que lhe é mais informal.

No entanto, este raciocínio não nos conduz a concluir que este direito, cuja produção se dá, aparentemente, sob as luzes da comunicação, e que também deve ser publicado, seja um material menos aberto a avanços do que aquele que, de tão informal, é restrito aos que o produzem, ou aos que a ele se sujeitam porque não encontram outras alternativas (“direito das ruas”²¹⁸).

Se um grupo, uma categoria, ou mesmo se a maioria não organizada não se demonstra suficientemente forte para garantir as suas aspirações, já presentes na norma escrita, muito dificilmente, através de meios idôneos, conseguirá obtê-las diante de uma real ausência normativa.

Sem pretender fazer o resumo de uma obra, rememoro o que disse EUGEN EHRLICH, sobre o seu “Fundamentos da Sociologia do Direito”, ao comentar que o essencial, no desenvolvimento do direito, não está na lei nem na jurisprudência, mas na própria sociedade.

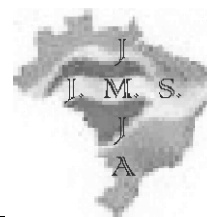
²¹⁶ A Constituição do Brasil, em seu art. 95, inc. I, dispõe: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I- vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado.”

²¹⁷ É dever de imparcialidade o esclarecimento de que, nos termos do art. 52, inc. I, da Constituição do Brasil, é da competência privativa do Senado Federal o processo e o julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e dos Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles. E, no inc. II, estabelece-se, como da competência do Senado Federal, o processo e o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

²¹⁸ Esta é uma expressão que, nos anos 80, foi muito utilizada no Brasil, destacando, entre outras referências, o que ocorria nas favelas do Rio de Janeiro.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



É o que diz EUGEN EHRLICH, nos seus Fundamentos: *“Afirma-se, com frequência, que deve ser possível resumir o sentido de um livro em uma única frase. Caso o presente escrito devesse ser submetido a tal prova, a frase seria mais ou menos esta: também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade. Talvez se resuma nesta frase o sentido de todo o fundamento de uma sociologia do direito.”*²¹⁹

Tenho comigo, no entanto, que o importante no desenvolvimento do direito são todos estes elementos conjugados, detendo a sociedade a difícil tarefa de fazer aplicar as normas, principalmente as constitucionais, que têm conteúdo mais geral.

E, com mais convicção, afirmo isto para o Brasil, que tem uma Constituição ampla em artigos e em conquistas, que, muitas vezes, reduzem-se ao campo formal.

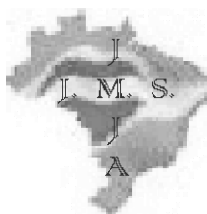
EHRLICH, utilizando uma linguagem bem humorada, analisa a jurisprudência nas palavras de ANTON MENDER, dizendo ser ela “comparável a uma distante cidade, provincial, onde a moda, há muito abandonada na corte, ainda é usada como novidade”. (obra citada, ps. 09-10).

Ocorre que, como eu, imagino que o homem comum busca ver o seu direito aplicado, concretizado, revelado no seu caso, independentemente da moda. E isto, em situações menos tranquilas, apenas pode terminar por ocorrer na via judicial.

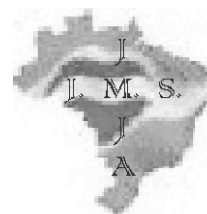
Como se pode observar, não é o enfoque da extrema relevância da norma escrita que me leva a ignorar os fatos e os valores, pois o que pretendo é que o aplicador (juiz ou autoridade administrativa) esteja um pouco menos livre para adotar qualquer solução.

A interpretação da norma tem os seus momentos, que podem variar a partir da impressão social que se tem dela.

²¹⁹ EHRLICH, EUGEN. Fundamentos da Sociologia do Direito. Tradução de RENÉ ERNANI GERTZ. Revisão de VAMIREH CHACON.. Brasília, Editora Universidade de Brasília. 1986, PREFÁCIO.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Aquele que aplica a norma estabelece prevalências de valores²²⁰, que o legislador pode ter havido como secundários ou sem relevância. Com isto, leis antigas permanecem, como é o caso do Código Civil brasileiro, que, embora modificado, ainda continua em vigor, mesmo sendo de 1916.

Daí a importância, em nome da segurança jurídica, de o aplicador estar munido de certas noções básicas sobre os valores, de modo a não realizar a sua tarefa de maneira puramente artesanal.

Creio que, entre os mais sistemáticos e esclarecedores juristas que trataram do assunto, encontre-se MIGUEL REALE²²¹, que diz, em sua Teoria Tridimensional do Direito – situação atual (obra citada, p. 97) que “o fim não é senão ‘a veste racional do valor enquanto alvo da ação’”.

Por isto, utilizo as suas lições (obra citada, p. 95), onde apresenta o entendimento de que o Direito precisa ser realizável de acordo com o contexto, destacando que, ao se pensar em um valor, automaticamente, imagina-se o seu contrário (polaridade).

Logo, ao se tratar do valor “segurança”, imediatamente deve-se pensar nas consequências funestas do seu contrário: a insegurança.

Disse o jusfilósofo que o trabalho com o direito não pode prescindir de algumas características básicas de meditação, pois a norma jurídica deve poder ser realizável, ao mesmo tempo em que esta realizabilidade é inexaurível, enquanto esforço de concretude integral.

²²⁰ Ver MIGUEL REALE. Teoria Tridimensional do Direito – situação atual. 4^a ed., revista e aumentada. São Paulo, Editora Saraiva, 1986, p. 96.

²²¹ A Teoria Tridimensional do Direito parece ter surgido como uma reação ao formalismo. Ao formalismo legislativo, pois diferencia o direito dos Códigos e das legislações esparsas. Ao formalismo factual, pois não estanca nos fatos sociais. Ao formalismo idealista e filosófico, pois não dá importância apenas ao mundo dos princípios e dos valores. São os três fatores em concreção que compõem uma estrutura unitária e dinâmica. Esta Teoria começou a ser exposta em 1940, com a publicação da Tese deste Autor, sob o título “Fundamentos do Direito”, sendo completada com o livro “Teoria do Direito e do Estado”. No começo, chamava-se “bidimensional”. Em 1945, passou a adotar o termo Teoria Tridimensional do Direito, que, depois, passou a ser título de um dos livros de MIGUEL REALE.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Com a palavra, MIGUEL REALE: “o *dever-ser* do Direito se acha necessariamente vinculado à ação, segundo a antiga lição de Jhering, que não compreendida Direito sem realizabilidade. Entendendo o *dever-ser* em sua projeção praxiológica, passei a situar o Direito à luz do que Luigi Bagolini, com expressão feliz, denominou ‘*historicismo axiológico*’. Na impossibilidade de desenvolver esta matéria, limito-me a dizer, aqui, que o valor se distingue dos objetos ideais por algumas notas essenciais, que o vinculam ao processo histórico, quais sejam, a realizabilidade (valor que não se realiza é quimera, simples aparência de valor, enquanto um objeto ideal, como um círculo, não deixa de ser o que é, por jamais haver entes circulares perfeitos); a inexauribilidade (por mais, por exemplo, que se realize justiça, há sempre justiça a realizar); a transcendentabilidade (uma sentença justa não é toda a justiça, pois todo valor supera suas realizações históricas particulares); a polaridade (só se compreende um valor pensando-o na complementaridade de seu contrário, ou seja, positiva e negativamente, enquanto os objetos ideais são pensados independentemente de algo que necessariamente os negue etc.).”

Enfim, toda norma é uma tomada de posição perante fatos, e em função de valores. Quando o intérprete depara-se com ela, deve tomar a sua posição a partir dela e do ordenamento em que ela se encontra inserida.

A norma precisa ser o ponto de partida na tarefa do juiz ou da autoridade administrativa incumbida de decidir.

Portanto, é impossível que o aplicador não realize, mentalmente, atividades voluntárias; e, às vezes, automáticas.

Ele, estando consciente disto, termina por perquirir sobre se a conclusão a que atinge não é apenas um reflexo de sua conduta no passado, não devendo esquecer que, naquele momento, não são as suas impressões pessoais que devem falar.

Evidentemente que não é possível um purismo absoluto, mas a tarefa de busca da imparcialidade não deve ser abandonada, pois ele tem um modelo normativo a aplicar; ainda mais quando se trata do Brasil, regulado pela Constituição de 1988.

Note-se que, quanto ao resultado, não se deterá plena certeza; pois sempre haverá uma outra escolha. No entanto, respeitando os que pensam o contrário, bem mais instável



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



seria afirmar que, se a legalidade constitui um entrave, ela deve ser superada com a utilização de princípios gerais de direito, os quais estariam acima do direito positivado.

Ora, possivelmente, com isto, objective-se prestigiar aquele que economicamente seja hipossuficiente, como tanto se vem a escutar no Brasil, sobretudo no Rio Grande do Sul, onde há um reconhecido movimento de magistrados que defendem o direito alternativo²²².

Mas, nem que isto fosse adequado no caso concreto (pois o economicamente mais fraco também pode não ter razão no conflito que se apresenta ao julgamento), considero que não seria o melhor caminho, dado que, certamente, virá o recurso; e, provavelmente, a decisão será reformada. Além do mais, abre-se espaço para a arbitrariedade, onde os mais favorecidos reservarão as suas vantagens.

Por isto, defendo que, quanto maior for o conhecimento do aplicador sobre o ordenamento que aplica, maior também será a sua desenvoltura em aplicá-lo.

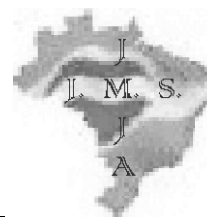
Assim, o que se reprova é a insinceridade na motivação²²³, e, por isto, uma das principais tarefas do juiz, ou do administrador, está na apresentação dos motivos que lhe fizeram descartar algumas hipóteses, e efetivar uma lógica de preferência.

²²² Sobre leis escritas e não escritas, rememoro o diálogo que SÓCRATES parece ter travado com ALCEBÍADES em torno deste assunto. Dizia SÓCRATES que é preciso distinguir entre desrespeitar as leis escritas com o fim de fazer tirania ou para defender interesses próprios e desrespeitá-las contra os tiranos e contra as suas tiranias. (PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução e apêndice de MARIA LACERDA DE MOURA. Introdução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint. 1990, p. 118).

²²³ A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe: “Da Motivação - Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II- imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III- decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV- dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V- decidam recursos administrativos; VI- decorram de reexame de ofício; VII- deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII- importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º. Na solução



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Se, nas opções normativas cogitáveis, não se encontrar aquela que, pessoalmente, ele mais simpatiza, haverá de sujeitar-se a isto, sob pena de, quebrada a imparcialidade, liberar-se para o arbítrio.

Enfim, a aplicação da norma não é um ato exclusivamente pessoal, pois o caso a ser decidido sofre influências conscientes (doutrina, meio de comunicação de massa, grupos organizados etc) e inconscientes (velhos modelos de raciocínio, operações mentais automáticas que escolhem algumas sensações, as privilegiando, e rejeitando outras etc.).

Diante do que vem sendo exposto, é possível concluir que só àquele que se encontra afastado do dia-a-dia da aplicação do direito é que cabe imaginar que um tribunal, ao proferir a sua decisão, o faça seguindo normas preexistentes de consequências necessárias, e sobre cuja clareza não cabe duvidar.

O hermetismo e a linguagem cifrada são, muitas vezes, um refúgio para não permitir a leitura do que se diz.

Em suma, o direito aplicado não é descoberto em deduções fáceis, sem que haja qualquer intromissão do seu aplicador.

Para a aplicação da norma jurídica, vejo, como ponto de partida, a Constituição, e encontro as normas inferiores como placas indicativas de uma auto-estrada, que, a depender do condutor, podem, ou não, levar a um determinado destino.

Quanto ao ponto de partida, recordo SANTI ROMANO, que, em seus *Princípios de Direito Constitucional Geral*, disse: “A constituição é o ponto inicial do direito estatal considerado em seu todo, a base de todas as demais partes, sendo, precisamente, por isto, parte integrante dele.”²²⁴

de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º. A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

²²⁴ ROMANO, SANTI. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de MARIA HELENA DINIZ. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 08.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Assim, só em termos de ficção, é que é possível afirmar que existe um governo das leis, e não dos homens. Muitas vezes, o que existe não é uma revolta dos fatos contra os Códigos; mas, sobretudo, uma pseudo-revolta contra leis que não são aplicadas, mas que devem parecer que estão.

No direito brasileiro, há uma primeira norma que textualiza, entre os seus objetivos fundamentais, questões como a da redução das desigualdades sociais, da erradicação dos preconceitos, do combate à pobreza etc. (ver art. 3º, e incs, da Constituição do Brasil, já citados anteriormente).

Logo, a distância entre a justiça e a legalidade não deve ser atribuída exclusivamente à norma.

Veja-se um caso concreto para elucidar o que digo.²²⁵

Um certo operário, portador de doença congênita da visão, e que, por mais de dez anos, contribuiu, na categoria de empregado, para a Previdência Social foi ao Poder Judiciário solicitar a sua aposentadoria, que havia sido negada administrativamente.

Esclareça-se que, antes disto, o seu estado de saúde (deficiência na visão) foi, paulatinamente, agravando-se, até que ficou sem o emprego, passando a viver de pequenos *biscates*, deixando, em face da precariedade da sua situação econômica, de contribuir para a Previdência por alguns anos.

Chegando a velhice, ficou cego e inválido para o trabalho.

Nesta situação, postulou a sua aposentadoria. O Instituto de Previdência (INSS – Instituto Nacional de Seguro Social) negou-lhe o benefício, alegando que o mesmo havia perdido a condição jurídica de segurado, dado que ficou por mais tempo do que podia sem pagar as suas contribuições. Além do mais, a sua doença era preexistente ao vínculo previdenciário. A fundamentar o indeferimento, foram apontadas algumas normas sub-

²²⁵O exemplo foi extraído da série de Cadernos, vol. 07, do Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Encontro Nacional de Magistrados Federais. Brasília, 1995, p. 190. O autor é o experiente Juiz Federal, em Pernambuco, JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO. Tema: Direito Alternativo – solução para o processo ?. Título: Direito Alternativo – uma solução ?



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



constitucionais (arts. 7º e 99, da Consolidação das Leis da Previdência Social, à época o Decreto-Lei nº 89.312, de 23.01.1984).

Mais: a Constituição do Brasil, em seu art. 195, § 5º²²⁶, diz que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Como se vê, é extremamente complicada esta situação.

Ocorre que a própria Constituição, no seu art. 203²²⁷, prevê que, independentemente de contribuição à seguridade social, cabe à assistência social os objetivos de proteção à velhice e de habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência; além da garantia de um salário mínimo de benefício mensal ao deficiente e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família.

Além do mais, constitui diretriz, na área de assistência social, a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.²²⁸

Deste jeito, é possível vislumbrar uma saída, e com a participação da população.

²²⁶ Constituição do Brasil. “Art. 195. (...) § 5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

²²⁷ A Constituição do Brasil, revelando a sua preocupação com a seguridade social, abriu todo um Capítulo para tratar do assunto. É o Capítulo II, do Título da Ordem Social (o VIII). Neste Capítulo, coloca a seguridade social como gênero, e inclui entre as suas espécies: a saúde, a previdência social e a assistência social.

²²⁸ Constituição do Brasil. “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (...) IV- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II- **participação da população**, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.” (grifei)



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



É inclusive por isto que costumo dizer que também cabe, na biblioteca de um homem comum, uma Constituição. Às vezes, parafraseando Sócrates²²⁹, ignora-se a própria ignorância.

Assim, não basta disfarçar que se conhece o ponto de partida. Quem acredita que sabe uma coisa, jamais procurará a resposta.

No direito, o ritual não deve ter preponderância sobre o conteúdo, pois, normalmente, quando isto acontece, está-se manifestando uma ideologia contrária àquilo que se deve aplicar.

Não cabe esperar uma validade universal das normas jurídicas, tal como muitos esperam das leis da natureza. O direito depende do seu contexto

E isto não o reduz em nada, afinal, mesmo na geometria, há algum carácter relativo, como assevera BOCHENSKI: “*princípios que são verdadeiros numa geometria (ex.: euclidiana) são falsos em outra (ex.: de Riemann ou de Lobatchevsky). Por isso, quando hoje se pergunta a um geômetra se determinado princípio é verdadeiro ou falso, ele, por sua vez, pergunta: em qual sistema ?*”²³⁰

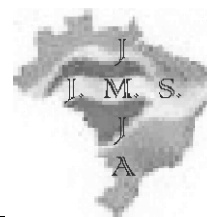
Algo muito parecido foi dito por PASCAL em relação ao direito: “*quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade.*”

²²⁹ Ao lado da *Apologia de Sócrates (uma lição de filosofia prática decorrente do julgamento final do filósofo)*, escrita por PLATÃO, vale à pena a leitura da *Apologia de Sócrates*, escrita por ANTÍSTENES, que ficou junto ao seu Mestre até os últimos momentos. Afirma-se que PLATÃO estava doente, não assistindo à morte de SÓCRATES. Mas, no dia seguinte, já se encontrava nas ruas de Atenas. De fato, ANTÍSTENES faz algumas acusações contra PLATÃO, e, quando o elogia, insinua que o talento deste recupera beleza, sinceridade e simplicidade, quando faz calar a sua personalidade. Na *República* de PLATÃO, suprime-se a propriedade individual e a família, motivos para discórdias e hostilidades. A propriedade seria do Estado. Nas *Leis*, PLATÃO demonstra-se autoritário, reacionário. Talvez isto tenha ocorrido por haver sido conduzido à condição de escravo por DIONÍSIO, e salvo, através do resgate pelo amigo e discípulo ANICÉRIS.

²³⁰ Extraído de Cadernos do CEJ, vol. 07, obra citada, p. 186 e 191. A referência a BOCHENSKI, segundo o artigo que o transcreve, consta em: BOCHENSKI, J. M. *Diretrizes do Pensamento Filosófico*. Editora Herder, 1961.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Após alguns anos de posse, alteram-se leis fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além dos Pirineus.”²³¹

Ora, algo exato por inteiro cabe à aptidão divina, e não ao homem.

Esclareço que tudo isto vem sendo dito para demonstrar que a segurança jurídica não é um combatente contrário à justiça, mas um seu aliado.

Evidentemente que a segurança defendida pela necessidade de aplicação da norma, partindo do Texto Constitucional, não é absoluta; pois o direito é obra do homem, que, obviamente, não é perfeito.

Mas não está, liminarmente, impedida a busca por algo que pretenda se aproximar da perfeição. Ou melhor, o homem é um ente dotado de um impulso para a mudança e a perfectibilidade.

De fato, todos os dispositivos constitucionais que instituem garantias buscam, em análise derradeira, assegurar direitos (segurança). A pretensão de segurança está sempre presente.

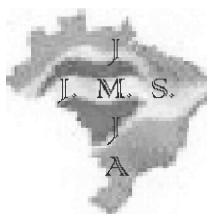
Logo, ao se falar em segurança, também se está falando em legalidade, irretroatividade, isonomia, inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal e ampla defesa, propriedade, anterioridade e anualidade etc.

Isto porque a consecução do valor justiça é sempre um objetivo, tendo a segurança jurídica de se aliar a este fim, fornecendo um instrumento que, cada vez mais, precisa ser aperfeiçoado; mas, em nenhuma hipótese, desprezado.

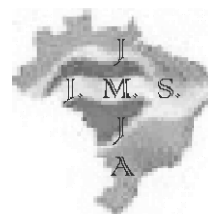
A segurança jurídica não é um pote de água de onde se busca retirar mel. Não é algo oco, de modo a beneficiar os politicamente influentes, alijando os demais.

Entendo a segurança como um instrumento de busca da justiça, e daí o seu caráter fundamental.

²³¹ Extraído de ENGISCH, KARL. Introdução ao Pensamento Jurídico. Obra citada, ps. 15-16.



5.1. PARTE GERAL (NOÇÕES)



Para concluir. Em linhas gerais, até aqui, comentei este princípio (segurança).

A partir de agora, tratarei do tema segurança, enquanto um valor, e sobre a possibilidade de serem adotadas providências objetivas no sentido de atingi-lo.

Mais em seguida, analisarei alguns dos seus principais desdobramentos, particularmente no Brasil.



5.2. VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS



5.2. VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS

*“O primeiro elemento que a simples existência do Direito comporta para a segurança é, por conseguinte, a certeza: os membros da sociedade sabem o que os espera, podendo prever os efeitos das suas condutas e das condutas de terceiros, sabendo antecipadamente com aquilo que podem contar na planificação da sua actuação pessoal, profissional e social. Neste sentido, como já tem sido sustentado (cfr. MARCELLO CAETANO, **O Respeito...**, p. 17, ‘uma lei, mesmo quando seja má, é preferível à ausência de lei nos casos em que da sua falta resulte o capricho nas resoluções da autoridade e a incerteza dos direitos dos indivíduos’. Pode-se concluir, por tudo isto, que a simples existência de normas jurídicas, quaisquer que elas sejam, constitui sempre uma primeira garantia de segurança na sociedade: comporta certeza, isto é, previsibilidade de condutas e de consequências ou efeitos jurídicos.”* (OTERO, PAULO. Lições de Introdução ao Estudo do Direito – I volume – 1º Tomo. Lisboa. Pedro Ferreira – Artes Gráficas. 1998, p. 188)²³²

Inicialmente, peço que se imagine um pai zeloso que procura ter uma residência tranquila e segura para a sua esposa e os seus filhos.

Se esta é a sua intenção, ele, provavelmente, adotará algumas providências: gradeará a sua casa, colocará fechaduras mais consistentes, não esquecerá portas e janelas abertas etc.

²³² Em suas Lições de Introdução ao Estudo do Direito, I Volume, 1º Tomo, PAULO OTERO diz, naquilo que denomina de *Nota Prévia*, à p. 11: “Saber leis é fácil, basta que se saiba ler o jornal oficial ou, mesmo não sabendo ler, que se tenha boa memória de ouvir a leitura feita por terceiros. Ser jurista é mais difícil: jurista é aquele que pensa sobre a lei. Como dizia CELSO, ‘saber as leis não é conhecer as suas palavras, antes é compreender-lhes o sentido e os efeitos’ (D. 1, 3, 17). Introduzir alguém no estudo do Direito é, conseqüentemente, e antes de mais nada, ‘implantar’ no estudante do 1º ano as sementes de uma atitude reflexiva sobre o universo do Direito.”



5.2. VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS



Pois bem, se assim o é com o cidadão comum, nada mais natural que também o Estado preocupe-se com a adoção de medidas de modo a tornar mais objetivo este seu desejo de segurança.

O Estado também deverá tomar as providências necessárias; ou melhor, deverá ir tomando as providências, pois esta é uma tarefa que não se esgota.

É como raciocínio. Se a segurança é um instrumento para a realização da justiça, e esta é um objetivo ideal, cada vez mais o Estado deve desenvolver a síntese entre o binômio certeza-segurança²³³ e o binômio justiça-ordem.

Há uma relação de complementariedade entre a segurança e a justiça.

Assim, se estes são valores que se completam, jamais poderão ser reduzidos um ao outro.

Insista-se nisto, pois é preciso complementar o campo subjetivo com a objetividade.

Daí, tal como o pai do exemplo que apresentei adotou o seu conjunto de providências instrumentais, também o Estado deve exercer o seu poder de síntese, servindo-se dele para atingir os seus fins.

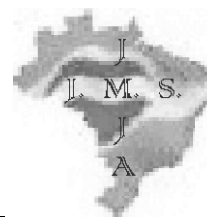
Não basta a intenção. É preciso objetivá-la.

Mas, quais as formas que o Estado vem adotando no interesse de tornar a segurança algo mais próximo do possível ?

²³³ Disse MIGUEL REALE, em sua Teoria Tridimensional do Direito – situação atual. Obra citada, ps. 86-87: “É a razão pela qual TEÓFILO CAVALCANTI FILHO, na monografia que dedicou ao problema segurança, sentiu a necessidade de estudar a ‘segurança’ concomitantemente com a ‘certeza’, a primeira atinente mais ao aspecto subjetivo, a segunda mais pertinente ao aspecto objetivo do problema. Certeza e segurança, embora não se confundam, são valores que imediatamente se implicam, pois, de maneira mediata, todos os valores se correlacionam (...)” A obra indicada é TEÓFILO CAVALCANTI FILHO. A Segurança no Direito. São Paulo. 1964.



5.2. VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS



Antes de responder a esta pergunta, é preciso que se esclareça que novas formas podem surgir e as já existentes podem ser aperfeiçoadas. Os modelos jurídicos sofrem com o processo temporal.

Nem o sentimento de segurança é algo estático, como também não é estática a justiça; nem tampouco as providências objetivas instrumentais o são.

Diz MIGUEL REALE, em sua Teoria Tridimensional (obra citada, ps. 87), que o homem é dotado de um certo *espírito de revolta*, pois, sendo livre, tem um impulso por mudar. Defender a estaticidade seria propugnar pela insegurança, dado a impossibilidade de inovação.

Eis, novamente, o jusfilósofo: “(...) a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina ‘espírito de revolta’”.

Quanto ao espírito de revolta, ou ao fato de o ser humano apresentar-se como um eterno insatisfeito, parece-me que, em torno disto, há algum senso comum.

Mas, é possível que se esteja perguntando sobre quais são estas referências que o Estado utiliza para objetivar este seu sentimento de segurança.

Este será o objeto do próximo Capítulo. Mas, por enquanto, lanço alguns indícios do que falo.

Imagine-se que o Estado, que deve se submeter às normas que produz, determine:

1. Ele nada fará senão quando autorizado por lei, que precisa ser aprovada pelos representantes do povo, que serão eleitos pelo próprio povo.
2. Ele não cobrará tributos senão no ano subsequente ao da lei instituidora, ou ao daquela que aumentou a carga impositiva.
3. Ele não aplicará a lei nova a situações passadas, acaso isto implique em prejuízo para o cidadão.
4. Ele cumprirá as decisões judiciais que não mais estejam passíveis de recurso.



5.2. VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS



5. Ele assegurará o cumprimento dos contratos celebrados nos termos da lei.
6. Ele não penalizará ninguém, senão quando o comportamento estiver tipificado em lei anterior.
7. Ele cumprirá os procedimentos fixados nas leis processuais, não estabelecendo privilégios.
8. Ele cumprirá a Constituição, etc.

Este processo de constante evolução, faz-me lembrar do que disse PAULO MANUEL OTERO, em seu Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional²³⁴, ao concluir a sua exposição sobre *Estado de Direito e princípio da legalidade*.

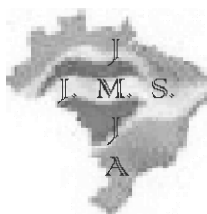
Ali, ele relata o movimento ampliativo de fiscalização e controle do Estado, abrindo-se novas portas à sindicabilidade jurisdicional.

Contemplando desde o Estado liberal, e indo até o Estado Social de Direito, toma em conta a figura do relativo controle dos atos do Poder.

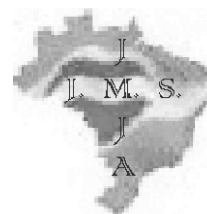
É o que falou: “*Em suma, pode dizer-se que o Estado liberal trouxe consigo uma nova concepção de controlo do poder político, sujeitando os actos administrativos a diferentes processos de fiscalização da sua legalidade, independentemente do respectivo autor. Em simultâneo, o princípio da legalidade passou a assumir intuítos limitativos e*

²³⁴ A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, atualizada pelas quatro Revisões Constitucionais até setembro de 1997, prevê, em seu art. 282º, entre os *efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade*, nos itens 3 e 4, a ressalva dos casos julgados nestes termos: “3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, *quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*. 4. *Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs. 1 e 2*”.

É o que dizem estes dois itens: “1. *A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado*. 2. *Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última*.”



5.2. VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS



*legitimadores da acção administrativa, desempenhando ainda uma função garantística das posições jurídicas subjectivas dos administrados. Por seu lado, o Estado Social de Direito, além de alargar as áreas da actividade administrativa sujeitas ao controlo jurisdicional da sua legalidade, vem conferir a todos os administrados um direito fundamental à fiscalização jurisdicional da actividade administrativa: o direito de recurso contencioso.*²³⁵

Como se vê, o conjunto de medidas (expressões objetivas)²³⁶ que possibilitam a concretização do sentimento de segurança é algo que ainda está sendo construído. Não é estático, ficando aberto a novas formulações.

Logo, mais adiante, não se tem a pretensão de ser exaustivo, cabendo, apenas, exemplificar as providências instrumentais que pretendem objetivar a segurança como um meio de fazer justiça.

²³⁵ OTERO. PAULO. Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional. Lisboa. LEX Edições Jurídicas. 1993, p. 25.

²³⁶ Enquanto os valores são verificados segundo critérios de intuição emocional, as expressões objetivas podem ter os seus cumprimentos comprovados, dando menores margens a dúvidas.



5.3.1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



5.3. PARTE ESPECIAL

5.3.1. SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE

5.3.1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

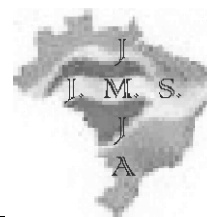
“As mais significativas concepções sobre o Estado e o Direito projectam-se necessariamente em diversos entendimentos do que seja (ou deva ser) a lei. Recordem-se, assim, nos últimos séculos: - lei, ordenação da razão (S. TOMÁS DE AQUINO, e, de certo modo, ainda SUAREZ); - a lei, vontade do soberano (HOBBS), - a lei, garantia da liberdade civil e da propriedade (LOCKE); - a lei ligada à divisão do poder e ao equilíbrio das instituições (MONTESQUIEU); - a lei, expressão da vontade geral (ROSSEAU); - a lei, vontade racional (KANT); - a lei, instrumento para a utilidade e a felicidade geral (BENTHAM); - a lei, manifestação imediata do poder soberano (AUSTIN); - a lei, instrumento do domínio de classe (MARX, ENGELS); - a lei, escalão de normas imediatamente a seguir à Constituição (KELSEN); - o conceito político de lei (SCHMITT).

Mas a problemática da lei insere-se na problemática geral do poder. Com o conteúdo da lei contendem a organização da sociedade e do poder de a governar.” (MIRANDA, JORGE. Manual de Direito Constitucional. Tomo V – Actividade constitucional do Estado. Coimbra. Coimbra Editora, LDA. 1997, p. 125)²³⁷

²³⁷ Neste Tomo V, do seu Manual de Direito Constitucional (1997), JORGE MIRANDA, acrescenta, na p. 126: *“Não é por acaso que LOCKE considera o poder legislativo o poder primordial por ser ele que determina as diferentes formas de governo. Nem é por acaso que, recusando embora a separação de poderes, ROSSEAU admite a distinção entre função legislativa e função executiva, sustentando que aquela é a única soberana. Ou que, pelo contrário, MONTESQUIEU a pretende limitar.”* Pessoalmente, entendo que seja preciso distinguir entre a ilusão sobre como os homens deveriam ser, e a constatação de como o homem realmente é, elaborando-se soluções políticas que



5.3.1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



Até aqui, muito já se falou sobre este assunto, enfatizando a necessidade de o intérprete não desprezar a norma, principalmente a constitucional, alçando vãos em direção a outras alternativas.

Bem ao contrário, pois quanto mais ele conhecer o ordenamento jurídico que aplica, melhor. Afinal, mesmo que, aparentemente, ele só esteja fazendo incidir uma única norma; no seu ato de aplicação, deve haver o compromisso com todo o ordenamento.

É tal como uma esfera em contato com uma mesa plana. O ponto de contato entre a esfera e a mesa pode ser um só, mas a mesa suporta todo o peso da esfera.

Note-se, então, uma importante advertência. Concluir deste modo não se trata apenas de um valor, mas da fixação de uma providência objetiva.

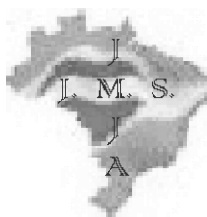
A segurança, um valor, é instrumentalizada por uma expressão objetiva, que é a legalidade.

Assim, o seu cumprimento passa a poder ser provado dentro de limites mais estritos, dando margem a um menor número de dúvidas.

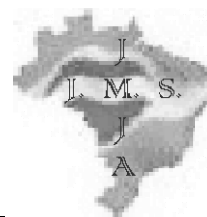
Daí, ser fundamental que a Constituição não seja vista como uma espécie de “*Constituição patrícia*” (os patrícios eram os aristocratas proprietários de terras na antiga Roma – formavam a camada social dominante), que traria, em seu próprio interior, margens a contra-argumentos que inviabilizam as conquistas das camadas sociais menos favorecidas.

A segurança e a legalidade, que é uma sua expressão objetiva, são, elas próprias, instrumentos da justiça.

detenham um potencial concreto de funcionamento. Provavelmente, a virtude não seja monopólio do povo, enquanto a corrupção econômica e moral das camadas de elite (populismo). Há uma espécie de mixagem entre qualidades e defeitos em todas as esferas, e daí a importância de facilitar o fluxo social e a alternância no governo das comunidades organizadas.



5.3.1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



Em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da Constituição do Brasil), deve a lei estar a serviço da redução das *desigualdades sociais e econômicas*, não devendo esta previsão constitucional confundir-se com uma forma ôca, onde cabe tudo; especialmente, os privilégios dos grupos ou elites politicamente influentes.

Sem a tentativa de se tornar iguais os cidadãos, termina por haver uma relação entre inferiores e superiores, onde os primeiros, simplesmente, sujeitam-se.

A interpretação da lei não deve ser sinônimo de indiferença. A imparcialidade também não. É um comando constitucional a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da Constituição do Brasil). No Brasil, este é um objetivo fundamental da República (art. 3º, “caput”).

Enfim, a lei deve estar a serviço da segurança, da liberdade, da igualdade. Tudo isto se operando mediante a lei.

A Lei Constitucional fixa limites que o legislador não pode ultrapassar.

Em outras palavras, legislar também é aplicar a Constituição.

Na Constituição do Brasil, o princípio da legalidade encontra-se presente de maneira explícita, e também implícita. E, às vezes, o silêncio²³⁸ fala tão ou mais alto, considerando as circunstâncias que o envolvem.

De maneira expressa, é forçoso citar alguns artigos. São eles:

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a **lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

²³⁸ Quem cala não consente nem dissente, pois isto dependerá das circunstâncias. Um exemplo disto é a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. É o seu art. 40: “Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.”



5.3.1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



(...)

*II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de **lei**;*”

*“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”*

“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;”*

São outras tantas as oportunidades em que se faz referência expressa à legalidade, apontando estas apenas como exemplificativas.

De fato, discute-se sobre a adequabilidade da repetição. Alguns podem ver esta técnica repetitiva como algo inútil.

No entanto, é preciso observar o contexto do Brasil, e de sua sociedade, que ainda se mantém ansiosa por preservar direitos que, melancolicamente, não acredita que sejam concretizados.

Demonstração do que digo são as *medidas provisórias*, onde, mesmo alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram o excesso, mas o Poder Judiciário pouco fez, na prática, para contê-lo. É o caso, por exemplo, da instituição e da majoração de tributos por esta via, onde não são incomuns as discordâncias individuais de alguns Ministros do mais Alto Tribunal, que, no entanto, dizem ceder ao entendimento do Plenário²³⁹

²³⁹ No site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) , surgiu a seguinte Manchete: “Data: 09.11.99. Hora: 14 hs. CELSO DE MELLO fala do uso excessivo de medidas provisórias pelo Governo. (...) a utilização indiscriminada e as sucessivas reedições de medidas provisórias ‘não podem transformar-se em instrumento de imposição normativa da vontade unipessoal do



5.3.1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



Além do mais, em um passado recente, fatos pretéritos foram atingidos, por exemplo com a utilização dos chamados empréstimos compulsórios.

Sobre isto, destacou PAULO DE BARROS CARVALHO a respeito da forma grosseira como o princípio constitucional da irretroatividade das leis vinha sendo descumprido, pelo Poder Público impositivo, na seara dos empréstimos compulsórios.

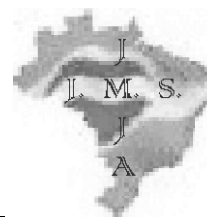
Eis o Autor: “Com efeito, o enunciado normativo que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conhecido como princípio da irretroatividade das leis, não vinha sendo, é bom que se reconheça, impedimento suficientemente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial a União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios. Tranquilos, na confiança de que tais eventos se encontravam sob o pálio daquele magno princípio, foram surpreendidos por grosseiras exações, que assumiram o nome de empréstimos compulsório.”²⁴⁰

Presidente da República, exacerbando-se, desse modo, o componente autoritário de que se acham inquestionavelmente impregnados esses atos executivos com força de lei. (...) de 05 de outubro de 88 até o dia 31 passado, o Governo Federal editou e reeditou 4.026 medidas provisórias, média de 366 medidas provisórias por mês. Desse total, o Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO foi responsável por 3.223 medidas provisórias, de acordo com o levantamento divulgado pelo Senado. Para o Ministro CELSO DE MELLO, os dados evidenciam que os Presidentes JOSÉ SARNEY, FERNANDO COLLOR, ITAMAR FRANCO e FERNANDO HENRIQUE legislaram quase duas vezes mais do que o próprio Congresso Nacional. No seu Despacho, o Ministro defendeu a necessidade do Governo definir as matérias que não podem constituir objeto de disciplinação jurídica por medidas provisórias de maneira que o Presidente diminua a sua intervenção no trabalho do Legislativo. Ele acha que essa intervenção ‘suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que devem estar ordinariamente sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional’. (...) Apesar de considerar que a criação e a majoração de tributos são matérias de competência exclusiva do Congresso, o Ministro CELSO DE MELLO não conheceu do recurso extraordinário apresentado pela Transportadora Urano Ltda contra a União Federal. No seu Despacho, o Ministro observou que a orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do próprio Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a possibilidade jurídico-constitucional do Presidente da República instituir ou majorar tributos mediante a edição de medida provisória.”

²⁴⁰ CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988. 4ª ed., atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo. Editora Saraiva. 1991, ps. 99-100.



5.3.1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS²⁴¹

“A jurisprudência vem lapidando esse instituto, insculpindo-lhe o formato preciso. (...) Sem dúvida é de se aperfeiçoar o texto (constitucional), contudo, parece-nos que a raiz do mal não está nas leis em si, mas na sua efetiva execução e na consciência de sua obediência.” (SZKLAROWSKY, LEON FREJDA. Medidas Provisórias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991, p. 11)

Voltando às medidas provisórias, a Constituição brasileira, de outubro de 1988, assim dispôs sobre elas em seu texto originário:

“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.”²⁴² (Texto originário)

²⁴¹ Vide o Título VII, De 2.001 em diante, onde se apresenta uma nova regulamentação para as medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).

²⁴² A Constituição da República italiana, em seu art. 77, dispõe: “Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias, com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para a conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.”



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS



Diante destas medidas, acirra-se uma forte polêmica, no Brasil, em torno da segurança jurídica, e da sua forma de manifestar-se pela expressão da legalidade; especialmente em matéria tributária.

Em uma outra oportunidade, pretendo, ainda mais, detalhar este assunto. Por enquanto, apresento os seus contornos, particularmente no campo tributário.

Como se pode verificar, nos termos do art. 62, a medida provisória tem, entre as suas características básicas, a *urgência*.

Ora, um dos limites constitucionais fixados para o Estado tributar o cidadão é o da anterioridade (espera pelo ano subsequente – regra geral).

Diz a Constituição sobre a anterioridade, em seu art. 150, inc. III, al. “b”: “Art. 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*”.

Ocorre que o exercício financeiro, nos termos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (*Diário Oficial da União de 23 de março de 1964, estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*²⁴³), é o ano civil, como diz o seu art. 34. É o art. 34: “DO EXERCÍCIO FINANCEIRO (arts. 34 a 39). Art. 34. *O exercício financeiro coincidirá com o ano civil. (...)*”

Logo, surge a questão da impossibilidade de se compatibilizar a urgência, que é uma característica constitucional da medida provisória, com a exigência, também constitucional, de se esperar o próximo ano para instituir ou aumentar o tributo (anterioridade).

²⁴³ Constituição do Brasil. “Art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.*”. Diz o art. 30, inc. III: “Art. 30. *Compete aos Municípios: (...) III- instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;*”



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS



Assim, é voz corrente, na doutrina nacional²⁴⁴, a conclusão de que a regra é a de que os tributos não devam ser urgentes; e, portanto, não possam ser viabilizados por medidas provisórias.

Porém, há exceções constitucionais à falta de urgência do tributo.

Mas é preciso reconhecer que, quando a Constituição do Brasil afirma que a lei de diretrizes orçamentárias deve orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária (art. 165, § 2º), deixa claro que, em matéria tributária, há a necessidade de um planejamento tanto do Estado, quanto também das empresas privadas, que não podem (assim como o cidadão comum) ser surpreendidas com abruptas inovações legislativas.

Entre as exceções a que me refiro, uma delas está no próprio art. 150, e diz respeito a quatro impostos. Uma outra encontra-se no art. 149, e diz respeito aos empréstimos compulsórios. E, finalmente, há a figura dos impostos de guerra, ou extraordinários no art. 154, inc. II (*observação: todos os dispositivos citados são da Constituição do Brasil*).

Veja-se o que eles dizem:

*“Art. 148. A União, mediante lei complementar²⁴⁵, poderá instituir **empréstimos compulsórios**: I- para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II- no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”). Parágrafo Único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. (...)”*

²⁴⁴ Ver MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI. Revista de Direito Tributário – 47. Princípio da praticabilidade do Direito Tributário (Segurança Jurídica e Tributação), ps. 166 e ss.

²⁴⁵ De acordo com a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, atual art. 62, § 1º, inc. III, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar. Contudo, o próprio art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, ressalva desta previsão o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário nas hipóteses de guerra, comoção interna ou calamidade pública.



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS



Art. 150. (...) § 1º. A vedação da anterioridade tributária (inc. III, “b”), não se aplica aos impostos previstos nos artigos 153, I, II, IV e V (são os impostos da União Federal sobre a **importação de produtos estrangeiros; sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários**); e

Art. 154, II (são os impostos de guerra) Art. 154. A União poderá instituir: (...) II- na iminência ou no caso de guerra externa, **impostos extraordinários**, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessando as causas de sua criação).” (grifei)

Procurando dizer tudo isto de maneira direta. A anterioridade tributária sofre exceções constitucionais, entre elas estão os impostos de guerra, os impostos regulatórios externos (importação e exportação), o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações financeiras.

Ocorre que, nos casos dos impostos de guerra, não há impedimento para a medida provisória, dado a significativa relevância e urgência da situação. Não se trata de zona de fronteira.

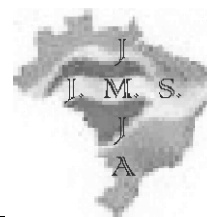
Quanto aos demais, parece-me desnecessária a utilização da medida provisória, pois basta ver o art. 153, § 1º, da Constituição do Brasil, que faculta ao Poder Executivo a alteração das alíquotas (e não mais base de cálculo, como previa o art. 97, inc. IV, do Código Tributário Nacional²⁴⁶), que poderá se utilizar dos decretos (art. 84, inc. IV)²⁴⁷, desde que dentro dos limites (mínimo e máximo) fixados pela lei geral.

²⁴⁶ Código Tributário Nacional. “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: (...) IV- a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 (já havia sido revogado pelo Decreto lei nº 406, de 31.12.68 e tratava da circulação de mercadorias) e 65;” Estes artigos referem-se ao imposto sobre a importação, sobre a exportação, sobre a transmissão de bens imóveis, sobre operações de crédito, câmbio e seguros e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

²⁴⁷ Constituição do Brasil. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**;” (grifei).



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS



Restariam, então, os empréstimos compulsórios, disciplinados no art. 148, da Constituição do Brasil.

Note-se que, aqui, a exigência de lei é expressa. E a lei exigida é a complementar²⁴⁸, que tem quórum qualificado de maioria absoluta²⁴⁹.

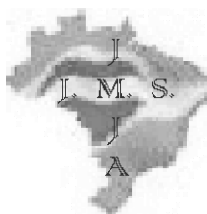
Com isto, desde a redação originária, havia aqueles que defendiam que, por ter a medida provisória força de lei (art. 62), estaria vedado a ela o campo reservado às leis complementares, pois as medidas provisórias poderiam, apenas, atuar na seara das leis ordinárias. Atualmente, a vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria de lei complementar é expressa no art. 62, § 1º, inc. III (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001). Observe-se, entretanto, o mesmo art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, quando ressalva das vedações o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Além disto, quando a Constituição do Brasil registrou que não deveria ser objeto de delegação ao Executivo as matérias inerentes à lei complementar²⁵⁰, estaria, também aí, fixando mais um impedimento para as medidas provisórias.

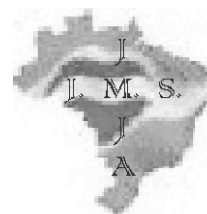
²⁴⁸ Sobre o tema “hierarquia da lei complementar”, destaco as palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO, onde, socorrendo-se do magistério de SOUTO MAIOR BORGES, esclarece que estas leis não são necessariamente superiores às leis ordinárias. É a Constituição que indica se a matéria lhe é ou não reservada. Se o for, em face de mandamento constitucional nesta direção, não caberá à lei ordinária invadir-lhe o espaço que lhe é próprio. Ver CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo. Editora Saraiva. 1991, ps. 135-136.

²⁴⁹ Constituição do Brasil. “Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

²⁵⁰ Constituição do Brasil. “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, **a matéria reservada à lei complementar (...)**” (grifei). Vide, também, o art. 62, § 1º, inc. I, al. “d” que ressalva das vedações às medidas provisórias o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. De onde concluo pela possibilidade de utilização de medidas provisórias para a instituição



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS



A base disto estava na argumentação de que, quando a Constituição do Brasil quis falar em lei complementar, ela o fez expressamente.

Logo, como no art. 62, que trata das medidas provisórias, ela assim não procedeu, a conclusão seria pela impossibilidade de sua utilização em matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

Ocorre que, se assim o fosse em relação à medida provisória, também o deveria ser em relação às demais situações constitucionais, onde o termo *lei* vem desacompanhado da expressão *complementar*.

Mas não é isto o que ocorre, pois o próprio art. 5º, inc. II, que consigna o princípio da liberdade, vem grafado da seguinte maneira: “Art. 5º. (...) II- *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”.

Ora, quer me parecer evidente que, na expressão *lei* ali utilizada, cabia entender lei ordinária, e também lei complementar. Seria um tanto absurdo imaginar o contrário, pois estaria permitindo a Constituição o descumprimento das leis complementares, exatamente aquelas que têm um quórum qualificado, tal como foi visto.

Enfim, com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Por tudo isto, em minha visão, era possível, em face da redação originária do Diploma Constitucional, a utilização da medida provisória em matéria tributária em alguns casos excepcionais, a saber:

- a) impostos de guerra;
- b) empréstimo compulsório para o qual a Constituição do Brasil não veiculou a obediência ao princípio da anterioridade, ou seja, em casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Lembrando, aqui, de que o

de empréstimo compulsório fundado nestas causas (art. 148, inc. I, da Constituição brasileira de outubro de 1988).



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS



art. 148, da Constituição de outubro de 1988, exige lei complementar para a instituição de empréstimo compulsório.

Portanto, foi constituída uma situação bem peculiar pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, porquanto da vedação da edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Assim, não caberia mais a utilização de medida provisória em se tratando de empréstimo compulsório, embora destacada a relevância e a urgência? Creio que ainda caiba por força da ressalva feita pelo art. 62, § 1º, inc. I, al, “d”, que faz remessa ao art. 167, § 3º, dispositivo que regulamenta a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Sobre a exceção à anterioridade, e como argumento de reforço ao que digo, lembro de um antigo adágio que ensina que, ao se incluir um, exclui-se o outro²⁵¹.

Ora, se, em nossa Constituição, incluiu-se, expressamente, o princípio da anterioridade na hipótese normativa do inc. II, é porque não era preciso observá-la no inc. I, do art. 148.

E, ainda, é de destacar que as hipóteses do inc. I dizem respeito à guerra e calamidade, que são situações urgentes e relevantes.

²⁵¹ Sobre os brocardos jurídicos, disse CARLOS MAXIMILIANO: “Na alvorada do século XI, Burcardo, Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones, que adquiriram grande autoridade, e foram impressos em Colônia, em 1548, e, em Paris, em 1550. Granjeou fama aquele repositório, sob o título de **Decretum Burchardi**. Eram os cânones dispostos em títulos e reduzidos a regras e máximas; na prática lhes chamavam burcardos, a princípio; dali resultou a corrutela brocardos, que se estendeu, em todo o campo do Direito Civil, aos preceitos gerais e aos aforismos extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes. Os brocardos parecem fadados a passar, com certos condutores de homens, do exagerado prestígio à injusta impopularidade. A sua citação, diurna outrora, vai-se tornando cada vez menos frequente; rareiam, talvez, os entusiastas à medida que surgiam desdenhosos e opositores. Àquelas regras de Direito, muito breves e formuladas quase sempre em latim, os antigos chamavam de axiomas, vocábulo destinado, em Matemática, a designar as proposições evidentes por si mesmas, que dispensam esclarecimentos e demonstrações.(...) Outros mestres julgam eternos os brocardos, por serem a própria razão natural escrita; ao invés de homenagem ao progresso, acham insânia mudá-los ou repeli-los; pois esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos.” *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed/2ª tiragem. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1981, ps. 239-240.



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS



Acaso fosse preciso observar o princípio da anterioridade nestas circunstâncias, quando o empréstimo fosse cobrado, já se haveria perdido a guerra, ou a calamidade já teria feito um enorme estrago.

Sei que este assunto é bastante polêmico, e a qualquer conclusão que se chegue, dificilmente, haverá a unanimidade.

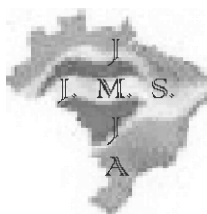
Também por isto, e em face das várias implicações que deste tema poderão decorrer, consagrarei, em um outro espaço, um tratamento mais minudente.

Quanto à utilização da medida provisória, em matéria penal, parece imperioso concordar com FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em seus Princípios Básicos de Direito Penal, quando afirma que não pode haver a instituição de crime ou pena (direito penal e processual penal), nem tampouco a agraviação das mesmas, por esta via. Além do mais, é imperativo que se evite os abusos.

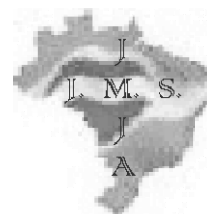
São estas as suas palavras em torno do caráter quase ilimitado de criação de novas figuras típicas, e o que isto representaria contra a liberdade em seus diferentes matizes, precipuamente contra a liberdade de locomoção

É o Autor: “A Constituição de 1988, no art. 62, substitui o decreto-lei pela medida provisória, sem tradição no direito brasileiro, e não estabeleceu, de modo expresso, os limites objetivos para a edição desta última, exigindo apenas ‘relevância e urgência, requisitos genéricos e pouco confiáveis. (Ora, a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX)²⁵² (...) Sendo assim, não se faz necessária muita acuidade para perceber que a criação de figuras penais e até a simples agraviação de penas através de medida provisória poderiam prestar-se para coisas desta natureza: a) extirpação da liberdade de ir e vir, através da prisão em flagrante por crimes recém-criados, por medidas provisórias; b) extirpação da inviolabilidade da residência e do sigilo da correspondência, nas mesmas hipóteses, pondo por terra as garantias dos incisos XV, XI e XII, já que a possibilidade de criação de tipos penais novos é quase ilimitada.”

²⁵² Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.



5.3.1.2. MEDIDAS PROVISÓRIAS



E, continua o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relatando a sua preocupação com o exagero e o abuso na utilização do instituto das medidas provisórias, realçando as atrocidades que, infelizmente, foram cometidas a título de cumprimento de alguns decretos-leis, uma versão antiga e agressiva das “leis do Executivo brasileiro”.

Nas suas exatas palavras: “*Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição em série dessas medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos ‘leis’ de segurança nacional, o que poderá sugerir, a qualquer momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por ‘medida provisória’*”.²⁵³

Aliada a estes argumentos, veio a Reforma Constitucional de setembro de 2001 que, no art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”, veda a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil.

²⁵³ TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed., São Paulo. Editora Saraiva. 1994, ps. 24-25.



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA.

Como uma forma de fixação de segurança, no Brasil, certamente um tema mereceu, e ainda merece, destaque, conforme as implicações jurisprudenciais que relatarei após a explicação do assunto a que me refiro.

Trata-se de saber se a “*lei complementar*” detém hierarquia sobre a “*lei ordinária*”.

Há aqueles que pensam que sim.

Basicamente, são dois os motivos que apresentam:

1. o quórum de aprovação da lei complementar é superior ao da lei ordinária.

Sobre a lei ordinária, dispõe o art. 47, do Texto Constitucional: “Título IV. DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES. Capítulo I – DO PODER LEGISLATIVO. Seção I- DO CONGRESSO NACIONAL. (...) Art. 47. *Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.*”

Sobre a lei complementar, dispõe o art. 69, do Texto Constitucional: “Art. 69. *As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.*”

2. o dispositivo constitucional que se refere ao processo legislativo traz as leis complementares logo abaixo das Emendas Constitucionais, deixando as leis ordinárias para depois.

É o art. 59, da Constituição do Brasil, que trata das Disposições Gerais do processo legislativo, e tem a seguinte redação: “Art. 59. *O processo legislativo compreende a elaboração de: I- emendas à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos; VII- resoluções.*”



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

Pessoalmente, não me perfilho entre aqueles que defendem esta hierarquia, pelo menos com base nestes dois fundamentos.²⁵⁴

O motivo para esta tomada de posição é o de que considero que se a Constituição atribui um assunto para a seara da lei ordinária, e, mesmo assim, o legislador dispõe mediante lei complementar, a matéria não deixará, por isto, de estar reservada à lei ordinária.

Logo, atendendo à própria Constituição, esta lei havida, formalmente, como complementar, pode ser, perfeitamente, alterável por lei ordinária.

O cerne da questão, portanto, não é o de se a lei complementar mantém hierarquia sobre a ordinária; mas o de que os espaços fixados constitucionalmente devem ser observados pelo legislador inferior.

Do que até aqui foi dito, retiro duas conclusões:

1. se a Constituição atribui um assunto para a lei ordinária, e o mesmo é tratado por lei complementar, esta deverá ser havida como se lei ordinária fosse, podendo ser modificada pela via ordinária, sem restrição de quórum.
2. se a Constituição atribui um assunto para a lei complementar, e o mesmo é tratado por lei ordinária, esta deverá ser havida como inconstitucional.

Evidentemente que, do ponto de vista estritamente formal, a partir da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (e de outras que a sucedam e que tenham a mesma natureza), que regulamenta o Parágrafo Único do art. 59, da Constituição do Brasil,

²⁵⁴ De fato, pragmaticamente, é enganoso pensar que o quórum qualificado seja uma nítida dificuldade de empenho. Por vezes, e sobre um mesmo assunto, pode ser mais difícil aprovar uma lei ordinária do que uma Emenda Constitucional. Exemplifico. Certas matérias estão na vala da competência privativa para a iniciativa de encaminhamento de projetos de lei. Logo, se a autoridade competente não a encaminha, não adianta possuir o quórum parlamentar necessário, simplesmente porque o projeto de lei não será encaminhado.



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



de outubro de 1988, havendo surgido a disciplina nacional para a confecção legislativa, as normas elencadas, no art. 59, inclusive as leis complementares e as ordinárias, devem se submeter aos predicamentos fixados.

Não se trata, portanto, de hierarquia quanto ao conteúdo, mas de uma necessidade de uniformização da técnica formal de legislar.

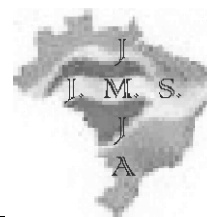
Embora não utilizando os mesmos argumentos, disponibilizo para o leitor PAULO DE BARROS CARVALHO, que, assim se manifestou, com o apoio de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, sobre o tema da hierarquia da lei complementar, ressaltando que não é a topologia normativa, nem tampouco o mero procedimento que transforma *acordos dilatórios* práticos em estruturas normativas hierarquizadas.

Eis o filósofo-tributarista: *“É excelente instrumento de legislação nacional, alcançando, conjunta ou isoladamente, a esfera jurídica das pessoas políticas de direito constitucional interno. Talvez por isso seja frequente o magistério de que as leis complementares desfrutem de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do art. 59 (CF), vindo logo abaixo das emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o art. 69 (CF). Foi JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Lei Complementar Tributária, Revista dos Tribunais, 1975, p. 54 e s.) quem pôs a descoberto as erronias dessa tese, baseada, rudimentarmente, na topologia do enunciado legal e no procedimento legislativo preconizado para a edição dessas normas. Com argumentos sólidos, demonstrou que as leis complementares não exibem fisionomia unitária que propicie, em breve juízo, uma definição de sua superioridade nos escalões do sistema. De seguida, propõe critério recolhido na Teoria Geral do Direito, para discernir as leis complementares em duas espécies: a) aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos; b) as que realizam sua missão constitucional independentemente da edição de outras normas.”*

E o mesmo autor arremata que é a própria Constituição que define a existência, caso a caso, da hierarquia entre as normas e as subalternas: *“Trazendo essa diretriz para o setor que nos interessa, ganha outro aspecto a questão da hierarquia, tornando legítimo asseverar que, em alguns casos, a lei complementar subordina a lei ordinária, enquanto noutros descabem considerações de supremacia nos níveis do ordenamento, uma vez que*



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



*tanto as complementares como as ordinárias extratam seu conteúdo diretamente do texto constitucional.*²⁵⁵

No entanto, diante da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, fez questão de frisar a vinculação de todas as normas do sistema à estrutura construtiva da norma prevista no Parágrafo Único, do art. 59, do Texto Constitucional: “Quanto à hierarquia da lei complementar é que devemos registrar a novidade, pois, assim que forem editados os preceitos a que alude o parágrafo único do art. 59, a lei ordinária e as que lhe forem equiparadas ficarão a ela submetidas, sob o ângulo formal. No que tange ao conteúdo, permanece tudo como antes.”²⁵⁶

O dispositivo mencionado diz o seguinte: “Art. 59. (...) Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

Esta lei já existe. É a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Cabe, então, aproveitar esta oportunidade, e apresentar três das mais importantes questões levadas ao Poder Judiciário brasileiro sobre este assunto.

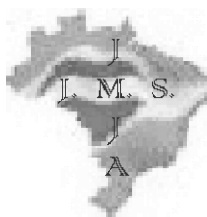
Duas delas suscitam a questão de uma lei ordinária válida, de acordo com a Constituição antecedente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com a nova Constituição, deixando de poder sofrer, por isto, alteração por lei ordinária.

São as questões cogitadas: a discussão sobre o Programa de Integração Social (PIS); a polêmica sobre a quebra do sigilo bancário e a natureza jurídica da lei do Código Tributário Nacional.

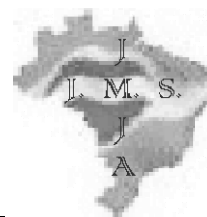
Apresentarei Arestos sobre cada um destes temas. O critério de seleção foi o da clareza de exposição do problema. (*Observação:* como se poderá constatar, ainda está

²⁵⁵ A referência a este trecho já foi feita em nota de rodapé anterior, quando se discutira se era possível as medidas provisórias serem utilizadas em matéria própria às leis complementares. CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário, 4ª ed., 1991, obra citada, ps. 134-136.

²⁵⁶ CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário, 4 ed., 1991, obra citada, p. 140.



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



muito em voga, no Judiciário nacional, o entendimento da existência de hierarquia entre a lei complementar e a ordinária).

1. Programa de Integração Social.

Aqui, o Tribunal concluiu no sentido de que a Constituição anterior do Brasil não exigia lei complementar para tratar deste assunto. No entanto, em face do entendimento dominante na época, optou-se por ela. Ocorre que a mesma foi alterada como se fosse lei ordinária, suscitando o problema da hierarquia e da pertinência constitucional deste procedimento.

É a Decisão, que, até hoje, no início de um novo século, ainda vem servindo de precedente para o deslinde das demandas judiciais remanescentes neste tema:

“A edição de lei complementar só é inafastável quando a Constituição expressamente prevê. O Programa de Integração Social foi criado para atender mandamento constitucional, constante do art. 165, inc. V, da Constituição de 1967, redação da Emenda nº 01/69. Ora, tal dispositivo constitucional – art. 165 – exigia, para a implementação dos direitos nele mencionados, a existência de lei, não de lei complementar. A criação do PIS, via lei complementar, a de nº 07/70, deveu-se a entendimento, dominante à época, de que a contribuição para o aludido programa tinha natureza jurídica de tributo. Assim, para que não fosse desatendido o comando do art. 62, § 2º., da Constituição então vigorante, editou-se a mesma. Porém, com a vigência da Emenda Constitucional nº 08/77, a contribuição para o PIS deixou de se revestir de tal natureza, como reiteradamente entendeu o Colendo Supremo Tribunal Federal. Nestas condições, a denominada Lei Complementar nº 07/70 perdeu esta hierarquia, devendo-se ter a mesma como lei ordinária. Ora, se passou a Ter a hierarquia de lei ordinária, é possível a sua alteração pela via do decreto-lei, técnica de expressão da ordem jurídica então vigente, de igual posição, como seguidamente entendeu a jurisprudência. Inocorrente, desta forma, lesão ao princípio da hierarquia das leis. A expressão ‘finanças pública’, empregada no inc. II, do art. 55, da Constituição revogada, não tem uma conotação restritiva, no sentido de que se refere, exclusivamente, aos recursos monetários administrados pelo Estado em seu próprio interesse. No Estado moderno, a expressão também abarca aquela soma de dinheiro que o Estado administra, por expressa disposição de lei, mas que só mediatamente é do seu interesse. O Programa de Integração Social visa assegurar aos trabalhadores a participação no lucro das empresas, que será maior na medida em que for crescente o desenvolvimento econômico



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



nacional. Ora, tal crescimento implementa-se através de planos nacionais de desenvolvimento que, aplicando os recursos obtidos com a contribuição para o PIS, provocará o crescimento deste. Refere-se ele, pois, a um aspecto de macro-economia, afetador do desenvolvimento nacional e, via de consequência, dizendo respeito às finanças públicas, cujo regramento era possível, na ordem constitucional então vigente, por meio de decreto-lei. Arguição de inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 400200, 1989, Rio Grande do sul, Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 14.11.90, p. 27126. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, p. 54. Relator para o Acórdão Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria.”.

2. Sigilo bancário.

Aqui, além de haver uma discussão sobre o princípio do devido processo legal, concluiu-se que uma lei ordinária válida, de acordo com o sistema constitucional anterior, poderá, perfeitamente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com o novo ordenamento encimado pela nova Constituição; não podendo, daí, vir a sofrer alteração por lei ordinária.

É a Decisão:

“A Lei nº 4.595/64, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ter força de lei complementar, não podendo ser alterada pela Lei nº 8.021/90, ordinária, e, pois, de hierarquia inferior. No entanto, se assim não for, não basta o início do procedimento fiscal, fazendo-se necessário que se observe o princípio constitucional do devido processo legal. A simples menção da abertura do procedimento fiscal, sem a comprovação de que o contribuinte sequer teria sido cientificado de sua deflagração, importa em exonerar a instituição financeira do dever de fornecer as informações solicitadas pela autoridade fiscal, abrigando-se na proteção do sigilo bancário. Remessa de Ofício nº 3105940, 1994, São Paulo. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma. DJ 31.10.95, p. 75041. Relatora Juíza LUCIA FIGUEIREDO. Unânime.”

Ocorre que o tema do sigilo bancário, e as polêmicas em torno dele, receberam importante revigoramento com a política brasileira de combate à sonegação de tributos; o que implicaria dizer, acaso haja sucesso nesta iniciativa, que a carga tributária daqueles que atualmente já pagam os seus tributos regularmente pode vir a baixar, pelo singelo motivo



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



de que *se todos pagam*, é possível reduzir a carga tributária individual, sem prejuízo da carga tributária geral, não inviabilizando as necessárias despesas do Estado.

Foi a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, a revitalizadora das discussões; pois, no ponto de vista dos que por ela propugnam, na verdade não se estaria quebrando sigilo algum; mas apenas repassando dados das instituições financeiras para a Fazenda Pública; e, também ela, deveria guardar o respectivo sigilo.

Assim, haveria apenas uma transferência de sigilo. Dos bancos para a Fazenda. Uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal.

3. Código Tributário Nacional.

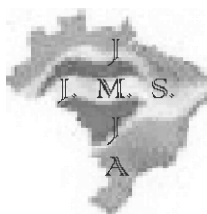
O Código Tributário Nacional foi votado como lei ordinária, pois assim se permitia no ordenamento encabeçado pela Constituição de setembro de 1946. Ocorre que foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de janeiro de 1967, não cabendo mais alterá-lo pela via ordinária, mas tão-somente pela complementar.

Esta questão suscitou grande interesse, pois o Código Tributário Nacional é de 25 de outubro de 1966, tendo advindo, logo a seguir, uma nova Constituição.

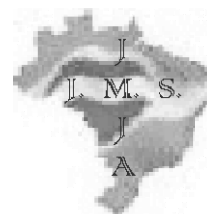
Se a conclusão não fosse afirmativa pela sua recepção, haveria a necessidade de um novo Código.

A Decisão que vai a seguir não é a que primeiro consagrou o entendimento da recepção, mas esclarece o ocorrido, ao analisar outra importante discussão, que foi a da validade da contribuição sobre os lucros das empresas

O Acórdão, em suma, registra que, mesmo uma lei votada como se ordinária fosse (Código Tributário Nacional), mas recepcionada por um novo sistema constitucional que lhe atribui o jaez de complementar, não pode vir a ser regularmente modificada pela via da legislatura ordinária, simplesmente porque, se assim se fizesse, restaria descumprido o novo comando constitucional:



5.3.1.3. HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



“Reconhecido ser o Código Tributário Nacional lei ordinária, mas com força de lei complementar, configura-se hipótese de inconstitucionalidade, e não de ilegalidade, já que usurpada competência reservada pelo Texto Maior àquele diploma. Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 89825/Rio Grande do Sul e do Colendo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Recurso Extraordinário nº 101084/Paraná. Questão preliminar que, por maioria, é rejeitada. Estabelecendo, o art. 35, da Lei nº 7.713/88, que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte pelo imposto de renda, viola o disposto no art. 43, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa das previstas em texto de maior hierarquia. Em assim estabelecendo, o texto – art. 35, da Lei nº 7.713/88 – violentou o princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente estabelecido no art. 59, da Lei Maior. Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 404947, 1991, Rio Grande do Sul. Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 16.09.92, p. 28541. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região vol. 12, p. 40. Relator Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria.”

5.3.1.4. AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI

“Uma Constituição escrita – e assim tenho enfatizado em diversas decisões proferidas nesta Suprema Corte – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. A Constituição reflete um documento político-jurídico da maior importância, sob cujo império protegem-se as liberdades e impede-se a opressão governamental. A Constituição é a lei fundamental do Estado. Nela repousam os fundamentos da ordem normativa instaurada pela comunidade estatal. A normatividade subordinante que dela emerge atua como pressuposto de validade e de eficácia de todas as decisões emanadas do Poder Público. O estatuto constitucional, na pluralidade dos fins a que se acha vocacionado, reflete o momento culminante da instauração de uma ordem normativa revestida do mais elevado grau de positividade jurídica.”(Trecho do Discurso proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, na solenidade de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, realizada, em Brasília/Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997).



5.3.1.4. AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI



Por tudo o que vem sendo estudado quanto à legalidade, é pertinente a preocupação demonstrada pelo Ministro CELSO DE MELLO, que, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, fez registrar a sua indignação a respeito da impunidade dos crimes transnacionais²⁵⁷, falando sobre a ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis. Raciocina o Ministro, dizendo que o descumprimento das leis reduz a autoridade do direito e leva ao descrédito as instituições.

Ora, se é assim, no plano internacional, com a mesma força e indignação, certamente, o será no plano interno.

São as palavras do Ministro, indicando que o hábito do descumprimento normativo acarreta a indignação e a indiferença das populações, e leva à derrocada a autoridade do direito, ferindo a própria dignidade de cada um e de todos: *“a existência da impunidade dos crimes transnacionais e a recusa de cooperação na repressão internacional a esses gravíssimos delitos constituem sinal visível de que o Estado não está sendo capaz de realizar plenamente uma das funções para as quais foi instituído. A ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis, por parte daqueles que atuam no âmbito de organizações criminosas transnacionais, traduz omissão que frustra a autoridade do Direito., que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da solidariedade internacional na repressão incondicional aos delitos que ofendem a consciência universal e o sentimento de decência e dignidade dos povos. Por isso mesmo, a impunidade representa preocupante fator de estímulo à delinquência, gerando, no espírito do cidadão honesto, o sentimento de justa indignação*

²⁵⁷ Um dos caminhos de combate à ação internacional criminosa é a permuta de informações, relativizando o sigilo. Seguindo esta linha de raciocínio, cito duas recentes leis brasileiras: a) Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2.001, art. 1: “A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.”; b) Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2.001, alterando o art. 199, do Código Tributário Nacional: “A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.”



5.3.1.4. AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI



contra a indiferença ética do Estado, que se revela incapaz ou destituído de vontade política para punir aqueles que transgridem as leis penais.”²⁵⁸

As palavras são fortes, tal como recomenda a gravidade da situação que se constitui com o desrespeito às leis.

A opção pelo abandono da lei é extremamente perigosa. Imagine-se se outras categorias, como, por exemplo, a dos militares (Forças Armadas), viessem a se filiar ao “*direito alternativo*”, partindo para a conclusão de desconsiderar o direito legislado.

Tenho comigo que, ao contrário do que alguns possam imaginar, grande parte dos problemas jurídicos, que, atualmente, assolam o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, não são aqueles provenientes dos leigos, mas os decorrentes daqueles que têm conhecimento jurídico, e deveriam chegar, por si sós, a um consenso.

Esta é a minha insistência: a forma democrática de viabilizar a segurança é a lei, que precisa atender aos limites constitucionais.

Em verdade, há quem acredite que a maior entre as manifestações políticas do Estado é a função de elaborar a lei²⁵⁹, pois, tanto a função executiva quanto a judiciária, não seriam mais do que de aplicação legal.

Neste quadrante, é de se concordar com HANS KELSEN, que, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, sob o título “Independência dos Juízes”²⁶⁰, aponta a similitude entre estas duas funções (*executiva/judiciária*), atribuindo a razões históricas a existência das diversas denominações.

Enfim, a lei é um instrumento assecuratório de liberdade, e assim foi reconhecida, por exemplo, no art. 6º, da *Declaração de Direitos de 1789*, que diz: “*A liberdade consiste*

²⁵⁸ O texto foi extraído do noticiário do próprio Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), veiculado aos 05 de dezembro de 1998, com o título: *Íntegra do pronunciamento do Ministro CELSO DE MELLO aos participantes do X Congresso Interamericano do Ministério Público – Parte 4.*

²⁵⁹ Entre as leis, tenho como de especial destaque a Lei Orçamentária.

²⁶⁰ KELSEN, HANS. Teoria General del Derecho y del Estado. Tradução de EDUARDO GARCIA MAYNEZ. 2ª ed., revisada. México, Editora Imprenta Universitaria. 1958, p. 326.



5.3.1.4. AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI



no poder de fazer tudo o que não ofende outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei.” (grifei)

Poderia-se pensar que esta afirmação – a lei como um instrumento assecuratório de liberdade – apenas teria incidência para o particular, onde o princípio da legalidade termina por ser resumido na frase “*pode fazer tudo, desde que a lei não proíba*”, e não em relação ao exercício das atividades próprias à Administração Pública, onde a frase seria “*só é permitido fazer aquilo que a lei determina*”.

Ocorre que, tanto na afirmação de que se pode fazer tudo, desde que a lei não proíba; quanto, também, na afirmação de que só é possível fazer aquilo que a lei determina, encontra-se o mesmo espírito, o mesmo fim.

O objetivo é um só, ou seja, o de evitar imposições sem base legal. Assim, o administrador público e o juiz não devem ser avistados como senhores que podem fazer tudo, porquanto sejam servidores da lei.

E não basta atender à legalidade, desvirtuando-a através de interpretações de conveniência e oportunidade. É preciso conformá-la à moralidade e à finalidade administrativas.

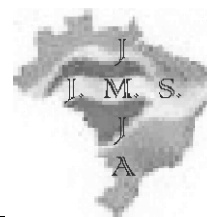
Ou, como diz HELY LOPES MEIRELLES, em seu Direito Administrativo (obra citada, 15ª ed., ps. 78-79): “*Cumprir simplesmente a lei na frieza do seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.*”

Foi neste sentido que o art. 37, da atual Constituição da República Federativa do Brasil, que trata da Administração Pública, anexou ao princípio da legalidade, princípios como o da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Isto porque não basta a segurança pela aplicação da lei. É necessário que se busque a interpretação que melhor atenda aos interesses sociais.



5.3.1.4. AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI



São tentativas constantes de se fixar expressões objetivas para a realização dos valores.

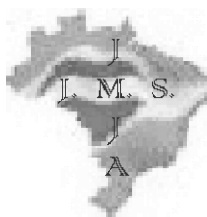
Feitos todos estes comentários sobre o princípio da legalidade, especialmente verificado no contexto do Brasil, é necessário continuar demonstrando os critérios permeadores das providências objetivas que demarcam o princípio da segurança jurídica.

Antes disto, no entanto, peço que se observe o quanto é importante a estabilidade legislativa. Por vezes, passa-se anos construindo uma jurisprudência sobre uma matéria polêmica, e, quando a mesma começa a dar sinais de pacificação, vem o legislador e a altera, começando tudo de novo.

Também quanto à jurisprudência, embora não haja direito adquirido à manutenção da mesma - pois até a súmula pode ser revista -, na medida em que revela o direito na prática, proclamando uma interpretação como assente, é de ser alterada, se este for o caso, com cautela²⁶¹.

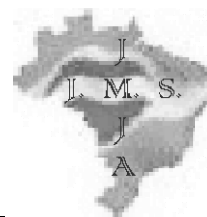
Enfim, a lei e o tempo é o nosso próximo objeto de análise.

²⁶¹ Entre as 621 (seiscentos e vinte e uma) Súmulas do Supremo Tribunal Federal, aponto uma que foi cancelada e outra que vem sofrendo abrandamentos pelo Superior Tribunal de Justiça. A cancelada é a de nº 301. Era a Súmula nº 301: “Por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra prefeito municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo por impeachment, ou à cessação do exercício por outro motivo.” Aquela que vem sendo abrandada pelo Superior Tribunal de Justiça é a de nº 621. É a Súmula nº 621: “Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.” Quanto a esta última, ver o Boletim de Jurisprudência nº 27/92, p. 73, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.



5.3.2. SEGURANÇA JURÍDICA E IRRETROATIVIDADE

5.3.2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



5.3.2. SEGURANÇA JURÍDICA E IRRETROATIVIDADE

5.3.2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

“As leis que retificam não devem retroagir. Partindo de que, em algum sistema jurídico, as leis podem ser interpretativas, peca a opinião que assimila às leis retroativas as que contêm interpretação. Todavia, efeitos no passado umas e outras não devem ter; as retificativas, porque, por definição, alteram a regra jurídica antiga; as interpretativas, porque ou são supérfluas ou alteram – são possivelmente retificativas.”
(MIRANDA, PONTES DE. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1968, V: 79-80)

Este assunto já foi tratado anteriormente, em suas linhas mais gerais.

Agora, pretendo despertar mais alguns dentre os tantos desdobramentos possíveis.

São muitas as regras de hermenêutica. Entre elas, costuma-se destacar certos princípios gerais de direito público, como: a Constituição quando quer os fins, concede os meios adequados (1); o todo explica as partes (2); as exceções devem merecer interpretação restritiva (3); quem pode o mais, geralmente, pode o menos (4); a prática longa e pacífica, normalmente, corresponde à melhor interpretação (5), etc.

No tema que agora vamos falar, tem-se uma outra regra: *o tempo rege o ato*.

É isto. Para que seja possível a convivência social, faz-se necessário confiança e previsibilidade.

Neste caminho, a Constituição do Brasil, procurou colocar algumas placas indicativas contra as quais não pode o aplicador rebelar-se.

Eis o que falo:



5.3.2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



“Art. 5º. (...)

XXXVI- a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (...)

XL- a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

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

(...)

III- cobrar tributos:

(...)

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;”

São todas estas normas constitucionais que pretendem tranquilizar a comunidade e os cidadãos, permitindo-lhes planejar a vida.

Se assim não o fosse, se não houvesse o timbre da irretroatividade, se as leis não dispusessem para o futuro, restaria instalado um clima da mais absoluta apreensão, sujeito à imprevisibilidade das decisões políticas.

Mas não basta que a lei nova não retroaja de modo a prejudicar.

É também necessário que o princípio da irretroatividade não consista apenas em não se aplicar a lei nova ao fato antigo. Ele deve também ser entendido no sentido de que não se pode aplicar o novo entendimento da lei antiga a um fato que preceda esta nova interpretação, acaso, naturalmente, venha a implicar em prejuízo. Isto tudo em nome da segurança das relações.

É este o sentido que retiro do princípio, e o considero ratificado pela legislação brasileira quando a mesma afirma:

- a) no art. 146, do Código Tributário Nacional: *“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”;*



5.3.2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



- b) no art. 2º, Parágrafo Único, inc. XIII, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal): “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo Único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII- interpretação da norma administrativa que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação”.

Seguindo esta orientação, também me refiro à Súmula nº 105, do Tribunal de Contas da União, que diz: “a modificação posterior da jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior.”²⁶²

Portanto, quando se diz que o tempo deve reger o ato, não se está restringindo à hipótese de que a lei nova não deve ser aplicada a fatos antigos, mas também isto se estende à hipótese de que a interpretação nova sobre a lei antiga não se deve aplicar a fatos antigos, acaso a consequência não seja benéfica para o indivíduo.

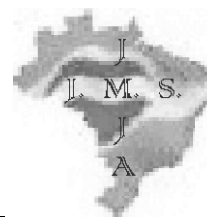
Isto tudo informado pela necessidade de segurança nas relações.

No mesmo sentido, considero JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, que, ainda antes de ser Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, em “*Constituição Federal Anotada*” (ob. cit.), fez a sua leitura sobre o princípio da irretroatividade.

²⁶² Vide, ainda, as Decisões nºs. 380/96-2ª Câmara (Diário Oficial da União de 30.10.96), nº 046/96 – Plenário (Diário Oficial da União de 11.03.96) e nº 101/96 – 2ª Câmara (Diário Oficial da União de 07.05.96); todas elas do Tribunal de Contas da União. Um exemplo de direito administrativo em razão do qual surgiu a polêmica é aquele em que, de repente, muda-se a interpretação, e se opera uma outra desfavorável ao cidadão. Eis o caso prático cogitado: uma pessoa aposenta-se em face de a Administração pública haver adotado a interpretação de que o aposentado poderia prestar um concurso público para exercer outro cargo. Assim, antes de completar o tempo, aposenta-se proporcionalmente, e presta concurso, onde é aprovado para exercer um outro cargo. Repentinamente, emite-se uma nova decisão no sentido de que não se pode mais acumular proventos da inatividade e remuneração, havendo-se a exigência da opção. Para alguns, lesou a boa fé do administrado a nova interpretação, que não deveria retroagir.



5.3.2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



Ali, destacou a possibilidade de, excepcionalmente, a lei retroagir. Excepcionalmente, porque a lei detém carácter prospectivo; é feita para o futuro. A barreira que encontra para a retroatividade legal é a da violência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

São as suas palavras, ratificando que a retroatividade não deve ser presumível, nem também operar em prejuízo do direito já adquirido: *“a eficácia retroativa das leis é excepcional, não se presume, não pode gerar lesão à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, e deve emanar do texto expresso de lei. Nesse sentido: Revista dos Tribunais 218/447; RF 102/72, 153/695, 144/166. Observe-se que a Constituição não impede que o Estado prescreva leis retroativas. Veda, apenas, que o efeito retroativo das leis vulnere a coisa julgada., o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Ressalvadas estas três situações, cuja proteção deriva da necessidade de segurança das relações jurídicas, é lícito ao Poder Público editar normas dotadas de eficácia retroativa. Em princípio, as leis não devem retroagir, em face de seu carácter prospectivo. As normas legais são editadas para reger situações futuras. Os fatos pretéritos escapam, ordinariamente, ao domínio normativo das leis (Revista dos Tribunais 299/478).”*²⁶³

Mais adiante, já como Ministro do Supremo Tribunal Federal, reproduziu, enquanto Relator de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, as suas lições, destacando, agora, não apenas o que pensa a respeito das chamadas leis interpretativas, como também salientando o que, no seu sentimento, constituem as três hipóteses limitativas às restrições gravosas.

De fato, mostrou-se favorável à existência das leis interpretativas, argumentando que as mesmas não traduzem uma usurpação das funções do Poder Judiciário, dado que não estão imunes ao exame e ao controle judicial. No mais, ressaltou, como o espaço próprio da irretroatividade das leis, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, além do *“status libertatis”* e do *“status subjectionis”* do contribuinte.

O Acórdão que vai a seguir deixa ver o que entende por irretroatividade este constitucionalista brasileiro, pois se, de um lado, as leis podem retroagir; por outro, há circunstâncias e requisitos exigíveis para a retroação. Quando se trata, por exemplo, de

²⁶³MELLO FILHO, JOSÉ CELSO DE. Constituição Federal Anotada. São Paulo. Editora Saraiva. 1984, p. 326.



5.3.2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



uma lei interpretativa, a mesma pode vir a ser constitucional, desde que não viole direito adquirido, prejudicando o indivíduo.

É o raciocínio: “*É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário, e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do Poder. Mesmo as leis interpretativas, expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo Presidente da República. O princípio da irretroatividade ‘somente’ condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do poder público eventualmente configuradora de restrição gravosa: a) ao ‘status libertatis’ da pessoa (CF, art. 5º, XL); b) ao ‘status subjectionais’ do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, ‘a’) e c) a ‘segurança’ jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a retroprojeção normativa da lei ‘não’ gere ‘nem’ produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ‘ordinariamente’, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, ‘não’ assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar – nº 605/Distrito Federal. DJ 05.03.1993, p. 28987 e Ementário vol. 1694, p. 252. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 23.10.1991. Unânime.*”

5.3.2.2. LEIS INTERPRETATIVAS

Sobre as leis interpretativas, há quem pense, exatamente, o contrário do que disse o Ministro CELSO DE MELLO, no Acórdão anterior, onde reconhece a admissibilidade delas no sistema jurídico brasileiro; pois há quem as acuse de simulacro de lei.



5.3.2.2. LEIS INTERPRETATIVAS



É com esta expressão que ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA a denomina, dizendo que a função de interpretar as leis é do seu aplicador, e especialmente do Poder Judiciário. Fala mesmo em círculo vicioso, dizendo que as leis interpretativas também precisam ser interpretadas, o que, fatalmente, conduziria a uma série infinita de interpretações.²⁶⁴

Para evitar pendência desta ordem, onde contendem dois juristas de primeira linha, poderia-se pensar na necessidade de leis tão claras que não precisam de interpretação.

É o que um brocardo traduz em “*in claris cessat interpretatio*”.

No entanto, entre as idéias triunfantes na atualidade, isto é impertinente.

Na verdade, o próprio ULPIANO havia ensinado o contrário, dizendo: “*embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva*” (Digesto, liv. 25, tít. 4, frag. 1, § 11).

Contra o que falou ULPIANO, apresenta-se PAULO: “*quando nas palavras não existe ambiguidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção.*” (Digesto, liv. 32, tít. 3, frag. 25, § 1)²⁶⁵.

Logo, a discussão é muito antiga.

Nem por isto, deixo de dizer o que penso.

Tenho o entendimento de que se algo é, efetivamente, claro, ao intérprete será difícil repetir com a mesma clareza o que foi dito.

Assim, não se nega a possibilidade de fazê-lo. Ele pode interpretar a lei clara.

Ocorre que, acaso consiga ser tão claro quanto a lei, no máximo, ele a repetirá, havendo, ainda, a possibilidade de, no seu esforço de interpretar, vir a reduzir a clareza do mandamento normativo.

²⁶⁴ CARRAZZA, ROQUE ANTÔNIO. Curso de Direito Constitucional Tributário 2ª ed.. Obra citada, p. 175-176.

²⁶⁵ Estes textos do Digesto foram retirados de CARLOS MAXIMILIANO. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ª ed., Obra citada, p. 33.



5.3.2.2. LEIS INTERPRETATIVAS



No entanto, como venho dizendo desde o início, o problema da aplicação normativa não está apenas na norma. É também preciso considerar as características e o contexto do aplicador.

Por isto, faço recordar CELSO, quando dizia: “*saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder.*”²⁶⁶

Esclarecendo melhor o que digo. Considero idônea a edição de leis interpretativas; no entanto, seria recomendável ao legislador que, tanto quanto possível, fizesse leis claras. Assim deve proceder não para evitar a interpretação e a sindicabilidade judicial, mas de forma a permitir um melhor material de partida para a aplicação da norma por ele construída.

Não é recomendável atribuir ao futuro os erros do passado.

Se todos (legislador e aplicador) realizarem as suas tarefas com zelo, maior será a possibilidade de um resultado mais satisfatório.

No entanto, ainda cabe perquirir se a lei interpretativa é retroativa. Se o for, ela será inconstitucional, acaso provoque prejuízo ao indivíduo.

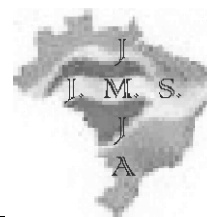
Sobre este assunto, no direito brasileiro, há um exemplo que me vem à mente.

É o art. 106, do Código Tributário Nacional, que diz: “Art. 106. A **lei** aplica-se a ato ou fato pretérito: I- em qualquer caso, quando seja **expressamente interpretativa**, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II- tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.” (grifei)

²⁶⁶ MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Obra citada, p. 34. Extraído de WINDSCHEID, vol. I, p. 85 e nota 9.



5.3.2.2. LEIS INTERPRETATIVAS



Sobre tudo isto, e especialmente quanto às leis interpretativas, tenho a fazer este comentário.

Não cabe a este tipo de lei agravar a situação do indivíduo; no caso, o contribuinte. Se o fizer, deve ser considerada inconstitucional.

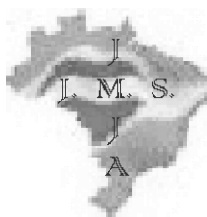
A presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, pois inclusive há um controle prévio nas chamadas Câmaras de Constituição e Justiça (ou similares), não pode chegar a tal ponto.

Se a lei interpretativa não vier a beneficiar, prejuízo é que não pode trazer. Isto em nome da confiança e da previsibilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito (art. 1, “caput”, da Constituição do Brasil).

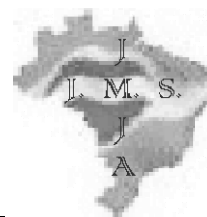
Dito isto, cabe perquirir sobre o que se chama por ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO

“Não se pode desconhecer, por isso mesmo, que o povo brasileiro ainda não tem acesso pleno ao Poder Judiciário. Essa é uma realidade inquietante, cujo reconhecimento, no entanto, importa fazer, pois, no seio de uma sociedade fundada em bases democráticas e regida por importantes postulados de ordem republicana, nada pode justificar a exclusão de multidões de pessoas do acesso essencial à jurisdição do Estado. (...) A democratização do acesso à Justiça revela-se, desse modo, um inadiável programa estatal, cuja implementação terá a virtude de iniciar o processo de reinserção e reincorporação dos despossuídos ao sistema de direito do qual se acham injustamente excluídos, permitindo que o postulado da igualdade – fundamento verdadeiro do processo de construção da cidadania – tenha, finalmente, plena, consequente e definitiva realização.” (Trecho do Discurso proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, na solenidade de sua posse como Presidente do



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



Supremo Tribunal Federal, realizada, em Brasília / Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997)

Como até aqui vem sendo visto, é unânime o entendimento de que há uma proibição da retroatividade da norma, caso verificadas estas situações.

Passe-se, então, ao que, de mais importante, diz a legislação nacional sobre elas, de modo a se constatar o minudente tratamento legal:

*“Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (DOU 09.09.1942, retificado em 17.09.1942. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.***

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

*§ 1º. Reputa-se **ato jurídico perfeito** o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.*

*§ 2º. Consideram-se **adquiridos** assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*

*§ 3º. Chama-se **coisa julgada** ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.” (grifei)*

“Código Civil brasileiro.

Art. 74. Na aquisição dos direitos, observar-se-ão estas regras:

I- adquirem-se os direitos mediante ato do adquirente, ou por intermédio de outrem; II- pode uma pessoa adquiri-los para si, ou para terceiros; III- dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar.

Parágrafo Único. Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende somente do arbítrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições falíveis.

(...)



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito, se denomina ato jurídico.

(...)

Art. 114. Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.

Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.

Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, tem-se por inexistentes. As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.

Art. 117. Não se considera condição a cláusula que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede.

Art. 118. Subordinando a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa.

(...)

Art. 123. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

(...)Art. 128. O encargo não suspende a aquisição, nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no ato, pelo disponente, como condição suspensiva.”

“Código de Processo Civil brasileiro²⁶⁷.

Da contestação

Art. 301. (...)

²⁶⁷ Tal como diz o Decreto-lei português nº 433/99, de 26 de outubro (Aprova o Código de Procedimento e de Processo Tributário), as reformas processuais civis impõem uma relação de harmonia entre as suas disposições e as do Código de Processo Tributário ou legislação equivalente. Embora sendo o processo tributário um caminho especial, a evolução do processo civil não pode passar despercebida pelo processo tributário.



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



§ 3º. *Há litispendência quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.*

(...)

Da coisa julgada

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Diante de todos estes dispositivos, o leitor poderá estar pensando sobre o perigo das definições legais.

O nosso Código de Processo Civil, em sua Mensagem (nº 210, de 02 de agosto de 1972 – Exposição de Motivos), responde a isto, afirmando: “*Sem discutir o valor dessa recomendação, de cujo acerto não pomos dúvida, ousamos, contudo, em vários lugares do projeto, desatendê-la, formulando algumas definições, que reputamos estritamente necessárias.*”

E, antes disto, asseverava: “*Da terminologia do projeto – Fiel a essa orientação, esforça-se o projeto por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica.*”

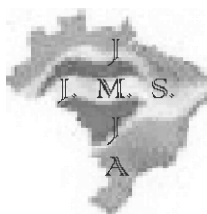
E se observe que a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil foi assinada por ALFREDO BUZAID, enquanto Ministro da Justiça no Brasil.

Pois bem, após estas referências legislativas, cabe trazer aquilo que considero deva ser lembrado.

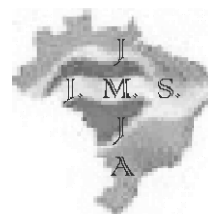
Quando se fala em ato jurídico perfeito, quer-se fazer menção àquele que foi consumado, onde estão reunidos todos os requisitos e elementos essenciais. Assim, se o ato está perfeito, é porque é válido, inexistindo invalidez superveniente.

Afinal, se, no momento da consumação, todos os elementos estão presentes, não se poderá, por uma questão de segurança, dizer, no futuro, que não estavam.

Se está perfeito naquele momento, não poderá deixar de estar depois.



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



Evidentemente que não mais estando passivo ao risco da invalidade, ainda pode se sujeitar aos vícios de mérito, que podem ser adquiridos²⁶⁸.

Explicando melhor. Algo pode ser conveniente hoje, e amanhã tornar-se inadequado.

É fundamental esta distinção, e, por isto, a repito.

O ato jurídico perfeito é insusceptível de vícios de invalidade superveniente, porquanto válido ele já o é, estando ultimado o seu nascimento, com a reunião daquilo que a legislação da época lhe exigia. O que ocorre é que ele pode deixar de ser adequado ou conveniente.

Sendo assim, a invalidade superveniente de um ato jurídico perfeito é uma retroatividade que não pode provocar prejuízos, sob pena de ser inconstitucional. É que o tempo rege o ato.

Note-se que o resguardo ao ato jurídico perfeito não se opera apenas para o presente. Ele também garante o futuro, provocando uma ilusão de ultra-atividade da lei que vigia quando do seu nascimento.

²⁶⁸ Diz a Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Diz a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal): “Anulação, Revogação e Convalidação - Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



Na verdade, não é que a lei ainda continue em vigor, sobrevivendo aos novos tempos. Não é isto. O que ocorre é que, no passado, ela incidiu, não precisando incidir de novo para provocar os seus efeitos.

É um timbre do passado, que, por uma questão de previsibilidade e confiança, não pode ser abandonado.

Eis, então, a justificativa assecuratória do ato jurídico perfeito.

Prosseguindo, também é preciso manter intangível o direito adquirido, que complementa a proteção do ato jurídico perfeito.

Para que o direito seja adquirido não é necessário consumá-lo. Basta que o seu titular, ou mesmo alguém por ele, possa exercê-lo. Não se exige o exercício do direito. Basta a possibilidade do exercício ao tempo da lei em que foi conquistado.

Assim, se o termo de início para o seu exercício já está fixado, ou se a condição para exercê-lo é de caráter inalterável a arbítrio de outrem (art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil), tem-se, também aí, direito adquirido.

O direito adquirido é intangível como uma consequência do princípio da segurança jurídica.

Isto, ao ponto de constituir, ao lado da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição do Brasil), porquanto estejam colocados entre os direitos e garantias individuais.²⁶⁹

²⁶⁹ O previsto no § 4º, inc. IV, art. 60, da Constituição do Brasil não se resume ao disposto expressamente no art. 5º. (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), porquanto até este próprio artigo, configura no seu § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros** decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (grifei)

O Supremo Tribunal Federal parece haver reconhecido este caráter exemplificativo, quando considerou as inconstitucionalidades no Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras, admitindo que o Poder de Reforma (Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, violou, também, o princípio da anterioridade tributária, que não encontra previsão taxativa no art. 5º., mas apenas no art. 150, inc. III, alínea “b”).



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



Assim, cabe a lembrança, sob os ares da Reforma Constitucional previdenciária, do seguinte exemplo.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil fixa normas sobre aposentadoria²⁷⁰, estabelecendo prazos em tempo de serviço e em idade. Ocorre que as normas que compõem o texto original da Constituição de outubro de 1988 estavam sob a constante probabilidade de reforma (*observação: a Emenda nº 20, de dezembro de 1998,*

Dentro da tese da ausência de taxatividade, estariam também protegidos contra as reformas constitucionais os direitos sociais.

A contestar o que digo, poderia-se apresentar o argumento de que, entre as cláusulas pétreas, citou-se, apenas, os direitos e garantias individuais, e não os sociais. No entanto, vale a lembrança de que, quando a Constituição de janeiro de 1967, tratou do mandado de segurança, acrescentou-lhe o adjetivo individual (vide o art. 150, § 21), e não se teve por limitada a abrangência do writ.

²⁷⁰ Apresentarei as normas gerais sobre a aposentadoria, conforme o texto original da Constituição de outubro de 1988 (que foi alterado pela Emenda Constitucional nº 20, de dezembro de 1998, sob o argumento da necessidade de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial). Constituição do Brasil. “Art. 40. O servidor será aposentado: I- por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; II- compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III- voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. (...) Da Previdência Social. Art. 202 É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis anos últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente, mês a mês e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: I- aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; II- após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e após trinta, a mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; III- após trinta anos, se professor, e, após vinte e cinco, se professora, por efetivo exercício de função de magistério. § 1º. É facultada a aposentadoria proporcional após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher. (...)”.



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



modificou o sistema de previdência social brasileiro), abaixo do argumento de que não há dinheiro para pagar os benefícios de prestação continuada (aposentadorias e pensões), especialmente dos servidores públicos.

Assim, há uma corrida às aposentadorias, havendo um risco real de aumento das aposentadorias em massa.

Ora, mesmo reconhecendo a mutabilidade das normas constitucionais, as mudanças não podem ocorrer sem respeitar o direito adquirido, tal como já foi esclarecido.

Direito adquirido e direito exercido não se confundem. Direito adquirido é aquele que pode ser exercido, embora ainda não o tenha sido, exatamente nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

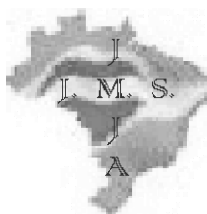
Não fosse desta maneira, surgiria uma situação constrangedoramente complicada, pois seria preferível a proteção a nível subconstitucional, do que a proteção constitucional. Um absurdo.

Note-se que não se está a falar de mera expectativa, mas de direito conquistado, e ainda não exercido.

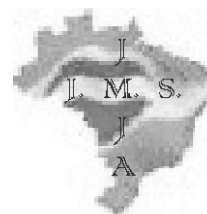
Sobre o problema da aquisição, do exercício e da expectativa, o Supremo Tribunal Federal já disse que o direito adquirido, na vigência de uma lei, não pode transmutar-se em expectativa, apenas pelo fato de esta lei vir a ser modificada.

Mesmo que isto fosse possível, e se esquecesse da necessidade da segurança que o Estado deve prestar ao cidadão, ainda assim haveria o argumento econômico; pois, provavelmente, as despesas seriam maiores, dado que, em se tratando de uma aposentadoria (*era o caso concreto*), produziria-se a situação de ter de pagar duas vezes. A primeira, para o aposentado. A segunda, para o novo servidor.

Assim, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, em torno do tema da aposentação, que um direito adquirido não se transmuda em expectativa, não apenas por motivo de respeito aos direitos fundamentais; mas também por compromisso e conveniência do próprio Estado, que nada ganha ao instalar um clima de terror e ansiedade:



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



É o que expressou: “O direito adquirido não se pode transformar em expectativa de direito só porque o titular preferiu continuar trabalhando, e não requereu aposentadoria antes de revogada a lei, em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede a sua aquisição e não pode ser posterior a esta. Uma coisa é a aquisição do direito, outra diversa é o seu exercício. Não devem as duas ser confundidas, e convém ao interesse público que não o sejam, porque, quando assim pioradas pela lei as condições da aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem, de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar em cada caso a dois servidores: ao novo, em atividade, e ao inativo.”²⁷¹

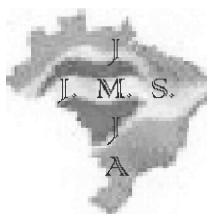
Enfim, resumo o que penso de situações como tais: não se pode desconhecer a necessidade de uma política de tranquilização social.

Em nome de uma chamada flexibilização, não podem os aplicadores do direito cederem, permitindo os reflexos da falta de segurança.

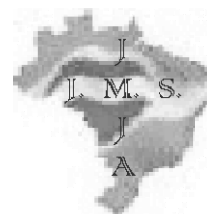
Ou, rememorando PAULO MANUEL OTERO, suscito refletir sobre a necessidade de, em um Estado moderno, cada vez menores sejam as áreas que fiquem acima ou fora da dúvida e da crítica efetiva, mediante a aplicação da possibilidade de demanda judicial.

Para ser fiel ao autor, que não diz exatamente isto, confronto as leituras, referindo-me ao “O Acordo de Revisão Constitucional: significado político e jurídico”, quando, logo naquilo que chama de “Nota prévia”, deixa registrado: “Traçando, por certo, uma perspectiva de Ciência Política e de Ciência do Direito que não será isenta de críticas, nem de dúvidas, o presente estudo mais do que fixar conclusões, pretende suscitar a discussão e, acima de tudo, expressar a ideia de que o exercício da função política, especialmente quando se ocupa das decisões fundamentais sobre a revisão constitucional, não se pode situar acima do direito ou fora do Direito, tal como sucederia se se reconhecesse ainda hoje a existência de zonas de actividade com relevância pública

²⁷¹ Revista Trimestral de Jurisprudência 65/435.



5.3.2.3. ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO



imunes ao Direito, antes se encontra subordinado aos princípios nucleares de um Estado de juridicidade.”²⁷²

Até aqui, discutimos o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, pois tenho a intenção de deixar para depois a coisa julgada.

Mas já é momento de lembrar de que defendi que não existe hierarquia entre as normas constitucionais originárias. Logo, defendo que não há hierarquia entre a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Na verdade, eles se completam, dentro da orientação vetora de que o valor *segurança* necessita de limites de objetivação.

Notadamente, portanto, não cabe qualquer solução que conduza estes limites objetivos em direção contrária à finalidade almejada, que é a de transformar a segurança em um condutor de justiça.

²⁷² OTERO, PAULO. O acordo de revisão constitucional: significado político e jurídico. Lisboa. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1997, p. 05.



5.3.2.4. DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO



5.3.2.4. DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO

*“Constituição do Brasil. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências): Art. 3º. (...) § 3º. São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, **observado o disposto no art. 37, XI²⁷³, da Constituição Federal.**” (grifei)*

Novamente, volto a atenção para o direito adquirido, agora, suscitando o polêmico destaque que vem recebendo a afirmação de que não existe direito adquirido contra a Constituição.

No caso do Brasil, ao se levantar este assunto, aparece, de pronto, o art. 17, das Disposições Transitórias, que revela: “Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, **não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.**” (grifei)

²⁷³ Constituição do Brasil. “(Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 05.06.98) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XI- a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, **não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;**” (grifei)



5.3.2.4. DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO



Foi, aqui, que recrudescceu a questão dos direitos adquiridos contra a Constituição.

Como já fiz questão de detalhar anteriormente, não reconheço hierarquia entre as normas constitucionais, quer sejam regras ou princípios. Partilho do entendimento de que o material e o formalmente constitucional, enquanto inseridos no Texto Supremo, têm o mesmo relevo, ainda mais em um Estado como o Brasil, que comporta uma Constituição classificada como formal e rígida²⁷⁴.

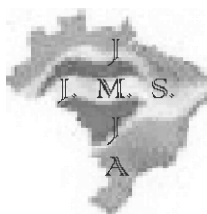
Logo, tudo aquilo que for fixado constitucionalmente, por outro que não o legislador constituinte originário, não poderá prevalecer sob o título de direito adquirido. Com isto, se o Poder Reformador vier a introduzir novidades, na Constituição, que violem o direito adquirido, evidentemente que não prevalecerão.

Havendo choque entre o Poder Constituinte originário e o Poder de Reforma constitucional (órgão subordinado), sairá vitorioso o primeiro, como o próprio Supremo

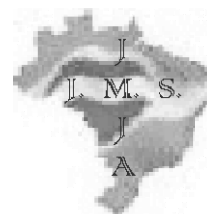
²⁷⁴ SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, na Revista Forense, vol. 334, no seu artigo “O Princípio da Segurança Jurídica em face das reformas constitucionais, às ps. 195-196, fez a seguinte afirmativa, com a qual estou de acordo: “Aliás, em Estado de Constituição formal e rígida, a distinção entre o materialmente e o formalmente constitucional tem seu relevo esmaecido, porquanto tudo que se insere no texto supremo é de natureza constitucional, com toda a proteção que essa posição acarreta.”

Em contrário, cito MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que, fazendo distinção entre as normas material e formalmente constitucionais, afirma que, em relação às normas materialmente constitucionais – aquelas essenciais à estrutura do Estado, que constituem o cerne da estrutura política, que sem elas o Estado ruiria - é que pode ser levantado direito adquirido contra a Constituição, o que não caberá quanto às outras. Exemplificando o que assevera, apresenta o caso do direito de voto, que julga pode ser retirado para os menores até determinada idade. (Vide FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES . Direito Constitucional Comparado – o Poder Constituinte, 1974, I: 123 e ss).

Atualmente, creio que o mesmo exemplo não possa ser dado, pois, segundo o art. 60, § 4º, inc. II, da Constituição de outubro de 1988, “o voto direto, secreto, universal e periódico” é cláusula pétrea.



5.3.2.4. DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO



Tribunal Federal advertiu, ao reconhecer duas inconstitucionalidades junto ao Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF), conforme já foi disposto²⁷⁵.

Obviamente, que, se disposições outras, inclusive aquelas anteriores à nova Constituição, entrarem em choque com ela, as mesmas não poderão prevalecer.

Dito de outra maneira, o Poder Constituinte originário detém supremacia sobre todas as normas que lhe são anteriores e posteriores. As normas anteriores, incompatíveis com o novo Estado que se funda com a nova Constituição, não poderão vir a ser recepcionadas, nem mesmo sob o escudo do direito adquirido.

É esta a interpretação que retiro do art. 17, das Disposições Transitórias, que foi há pouco citado.

Lançadas todas estas bases, cabe refletir sobre alguns temas, também polêmicos, que colhi em meu trabalho de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

É o que passo a fazer em seguida.

²⁷⁵ Aqui, eu me refiro à Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, quando foram havidas inconstitucionais as normas que violentavam a imunidade recíproca entre as pessoas políticas e a anterioridade tributária.



5.3.2.5. CINCO QUESTÕES POLÊMICAS



5.3.2.5. CINCO QUESTÕES POLÊMICAS (1. A ignorância da lei não excusa. 2. Combinação de leis. 3. Normas em branco. 4. Lei temporária. 5. Lei que corrige inconstitucionalidade de outra lei).

As cinco questões vão a seguir.

1. Uma primeira questão. É comum afirmar-se que a ignorância não excusa. A própria Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, de setembro de 1942, em seu art. 3º, deixou registrado: “Art. 3º. *Ninguém se excusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*”

Diz-se que se trata de uma presunção absoluta, que não admite prova em contrário.

De fato, trata-se de uma ficção.

Diz Kelsen, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado (obra citada, ps. 51-52) que, em muitos casos, não encontra nenhuma diferença essencial entre este tipo de norma e a chamada lei retroativa.

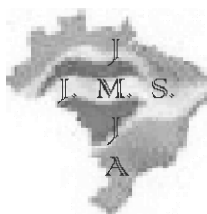
Em verdade, isto pode ocorrer, porque o fundamento de inconstitucionalidade da lei retroativa gravosa seria, exatamente, o de que uma lei retroativa não pode ser conhecida à época da prática do fato, assim como, muitas vezes, ocorre com a legislação existente.

Neste aspecto, apenas quero lembrar de que, como todas as leis devem ser publicadas, ao menos no Brasil, que consagra, constitucionalmente, pela via expressa e implícita o princípio da publicidade²⁷⁶, as situações, no plano abstrato, não se confundem.

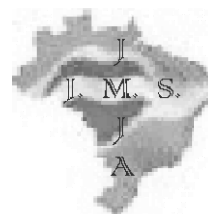
No entanto, não deixa de ser necessário considerar o caso concreto.

Há pouco tempo, e dentro do tema publicidade, surgiu uma controvérsia muito peculiar na ordem jurídica nacional.

²⁷⁶ Por exemplo, no art. 37, “caput”, da Constituição de outubro de 1988.



5.3.2.5. CINCO QUESTÕES POLÊMICAS



Foi a seguinte.

A Lei nº 9.639, de 26 de maio de 1998, no seu art. 11, previu, no “caput”, a anistia para os agentes políticos (prefeitos e governadores) responsabilizados pela apropriação de quantias arrecadadas, mas não depositadas enquanto contribuição devida à Seguridade Social.

Ocorre que o Parágrafo Único, do mesmo artigo, estendeu esta anistia a qualquer outra pessoa acusada pelo mesmo crime. No entanto, este parágrafo não constava do texto da lei que foi aprovado no Congresso Nacional, havendo sido, posteriormente à votação, colocado, para, no dia seguinte, ser publicado. E foi.

Constatando o que houve, o governo mandou reeditar a lei, excluindo o dispositivo “fantasma”.

Contra a posição do governo, vieram os habeas-corpus, argumentando a constitucionalidade do Parágrafo Único da lei, em face da isonomia de tratamento que deve haver entre os agentes privados e os públicos.

Grande parte dos juízes ficaram a esperar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, embora houvesse exemplos contrários.²⁷⁷

Diante do exposto, veio o Supremo Tribunal Federal, e declarou a inconstitucionalidade da anistia versada no parágrafo cogitado. O argumento que utilizou foi o de que o rito de discussão e votação do projeto de lei, que está previsto no art. 65, da Constituição do Brasil²⁷⁸, não foi cumprido. Logo, a publicação “por engano” não poderia ter validade jurídica, não devendo gerar os efeitos penais.

²⁷⁷ A 4ª turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) vinha concedendo a anistia, e extinguindo os processos. Vide GAZETA MERCANTIL, de 05 de novembro de 1998, p. A-13 – Legislação.

²⁷⁸ Constituição do Brasil. “Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.”



5.3.2.5. CINCO QUESTÕES POLÊMICAS



Ora, se isto é possível em relação à publicação “por engano”, penso que o brocardo de que a ignorância da lei não escusa merece as suas temperanças na consideração do caso concreto. Em outras palavras, o visualizo como uma presunção relativa, que, muito cuidadosamente, e a título de extrema exceção, pode sofrer prova em contrário.

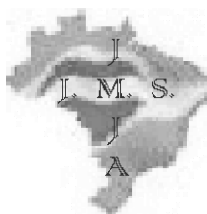
2. A Segunda questão é a de que, por vezes, uma lei antiga é substituída por uma lei nova, e, cada uma delas, possui dispositivos benéficos em relação ao destinatário. Logo, a pergunta é se seria possível aplicar as duas leis simultaneamente, naquilo que implicasse em benefícios; ou, em assim fazendo, o aplicador estaria usurpando função legislativa, pois estaria compondo uma terceira lei.

A matéria não se resume ao plano da doutrina e de mera curiosidade intelectual. Há casos concretos sobre o que se convencionou chamar de *combinação de leis*.

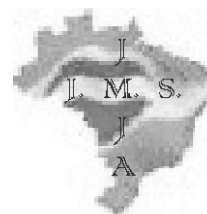
O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, vem demonstrando a sua posição contrária à composição. No Recurso Criminal nº 1.381, onde se discutiu a aplicação do Código Penal (lei mais benigna) a crime de roubo contra estabelecimento de crédito, afirmou-se que era “lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma ‘terza legge diversa’, de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, transformaria-se em legislador.” (Revista Trimestral de Jurisprudência 94/505) Este entendimento foi confirmado pela 2ª turma do mesmo Supremo Tribunal Federal (Recurso Criminal 1.412, Revista Trimestral de Jurisprudência 96/547).

No entanto, a doutrina parece ainda dividida, pois há grandes juristas que são favoráveis à combinação, como, por exemplo: BASILEU GARCIA, CELSO DELMANTO e FREDERICO MARQUES, para quem a integração é, perfeitamente, legítima, pois primeiro deve vir a Constituição, que predica a retroatividade benéfica, e, só depois, o formalismo jurídico. Contrários à combinação, e de acordo com o Supremo Tribunal Federal, estão: NELSON HUNGRIA, HELENO FRAGOSO e ANÍBAL BRUNO.²⁷⁹

²⁷⁹ Ver, sobre o assunto, os comentários de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª ed.. Obra citada, ps. 36-38.



5.3.2.5. CINCO QUESTÕES POLÊMICAS



3. A terceira questão é a das chamadas normas em branco. Aquelas que, para serem aplicadas, exigem integração por outras normas complementares. São conhecidas no campo penal, como “norma penal em branco”.

Aqui, também a questão é controversa.

Tenho o entendimento de que um ponto deve ser pacífico. Mesmo a norma complementar não pode trazer prejuízos, acaso traga uma efetiva inovação ao que já existia.

Isto não ocorre (o prejuízo retroativo) em situações como a da simples atualização do valor monetário. Explicando melhor. Admitindo a constitucionalidade do tabelamento de preços (o que, a depender do tipo de Estado objeto de referência, pode não ocorrer), se em um momento este tabelamento não foi observado, não será pela posterior atualização monetária da tabela que o ilícito deixará de existir, acaso, na época do fato, ele haja sido cometido.

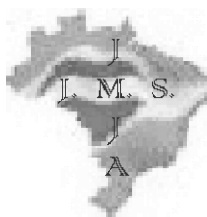
Note-se que a atualização monetária não implica em valor adicionado, mas na mera necessidade de manter o valor real, desatualizado em face da corrosão inflacionária do valor histórico.

Outro exemplo na mesma direção é aquele de um condutor de veículo que faz o seu trajeto na contra-mão (em sentido contrário ao permitido)²⁸⁰. Após a verificação do ilícito, e durante o processo a que responde, aquela mesma via tem seu sentido alterado, e aquilo que, na época do fato, era “contra-mão” (sentido proibido), o deixa de ser.

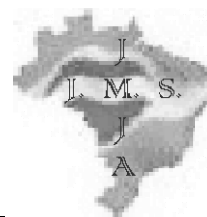
Quero crer que o ilícito continua presente, não cabendo desonerar o antigo infrator da norma técnica de trânsito.

4. A quarta questão refere-se ao que se chama de lei temporária, que é aquela que surge para regular fatos cometidos durante a sua vigência.

²⁸⁰ Em Recife, no ano de 2002, foi instalada uma peculiar discussão em torno do fato de que a variação de uma mão de trânsito poderia significar um abalo nas características do comércio local, com fortes repercussões na arrecadação tributária. Tratava-se da Av. Conselheiro Aguiar, uma das mais importantes do Bairro da Boa Viagem, um dos principais do Município do Recife e do Estado de Pernambuco.



5.3.2.5. CINCO QUESTÕES POLÊMICAS



Via de regra, aparece em períodos anormais, de convulsão social ou de calamidade pública.

Está prevista no art. 3º, do Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), que diz: “Art. 3º. *A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.*”

Poderia-se pensar que se a lei nova é mais benéfica, não haveria razão para aplicar a lei temporária. Ocorre que, se assim o for, ela passa a ser totalmente ineficaz, perdendo a sociedade um instrumento de segurança para períodos excepcionais ou anômalos.

Esta é a justificativa para a manutenção dos efeitos decorrentes da sua incidência.

5. A quinta questão é a daquela lei (sobretudo, tributária) que corrige a inconstitucionalidade de uma outra.

Creio que a lei inconstitucional não deva ser corrigida por outra lei, mas por decisão judicial. Na esfera judicial, há aqueles que consideram a natureza meramente declaratória da decretação concentrada (direta ou abstrata) da inconstitucionalidade, devendo, por isto, retroagir os efeitos da Decisão. Afinal, só se declara algo anteriormente existente ou inexistente.

No entanto, também é possível defender a natureza desconstitutiva de decisões como tais. Aqui, os efeitos produzidos são resguardados.

Sobre a nova lei corretora, há aqueles que defendem que a anterior, mesmo inconstitucional, gozava de uma presunção de constitucionalidade, não sendo dado à nova lei vir em prejuízo do cidadão que foi por ela beneficiado.

Pessoalmente, e considerando a presunção de constitucionalidade não elidida pelo Poder Judiciário, tenho comigo que a lei substituta não deva provocar prejuízos, embora reconheça o grau de dificuldade de qualquer das soluções que se queira dar.



5.3.2.5. CINCO QUESTÕES POLÊMICAS



Feitos estes desenvolvimentos, cabe, agora, passar ao tema da coisa julgada.

É o que se fará em seguida.

5.3.2.6. COISA JULGADA

“Teoria da Ficção da Verdade. Elaborou-a SAVIGNY, partindo igualmente da consideração de que também as sentenças injustas, sejam resultantes de erro de fato ou de direito, fazem coisa julgada. Como também a sentença injusta faz coisa julgada e, por isso, aquilo que a sentença injusta declara não pode mais deixar de ser reconhecido como verdade, não só pelas partes, como ainda por qualquer juiz, no mesmo ou em outro processo, na sentença nada mais há do que uma ficção da verdade. Ficção é a aparência havida como verdade, mesmo quando não seja verdade. Onde a sentença produzir uma verdade artificial.” (SANTOS, MOACYR AMARAL. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil (adaptadas ao novo Código de Processo Civil) – 3º Vol., 7ª ed., atualizada. São Paulo. Editora Saraiva. 1984, ps. 46-47)

Como já foi visto, anteriormente, por mais de uma vez, a legislação brasileira buscou definir o que entendia por coisa julgada.

O Código de Processo Civil brasileiro procedeu desta maneira duas vezes, a saber: “Da contestação. (...) Art. 301. (...) § 3º. *Há litispendência, quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso.*” E no art. 467, que diz: “*Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*”

Também a Lei de Introdução ao Código Civil procede da mesma maneira, dizendo, em seu art. 6º, § 3º.: “*Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba recurso.*”



5.3.2.6. COISA JULGADA



Afora isto, há o instituto da ação rescisória, previsto entre os arts. 485 e 495, do mesmo Código de Processo Civil brasileiro, onde são estabelecidas: hipóteses de rescisão da sentença de mérito transitada em julgado (art. 485); os elementos que devem estar contidos na petição inicial desta ação (art. 488); o procedimento que deve seguir (art. 491-494); o prazo para a sua propositura (art. 495).

Portanto, embora, no art. 5º, inc. XXXVI, a Constituição do Brasil diga que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, verifica-se, mesmo assim, possível a rescisão da sentença de mérito transitada em julgado, desde que não ultrapassado o prazo legal, que, pelo Código de Processo Civil brasileiro, é de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

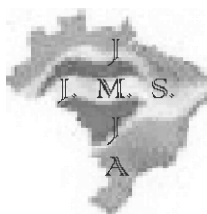
Em outras palavras, a coisa julgada reconhece limites (objetivos – o dispositivo da sentença, e subjetivos – as partes do processo), havendo, até mesmo, casos em que, diante da natureza continuativa da relação (como, por exemplo, as pensões alimentícias), discute-se a sua própria existência.

Sobre as chamadas sentenças determinativas ou instáveis, que decidem este gênero de relações (art. 471, inc. I, do Código de Processo civil e art. 873, da Consolidação das Leis do Trabalho), cabe registrar: “*não há propriamente exceção à autoridade da coisa julgada, mas sim acolhimento do princípio ‘rebus sic stantibus’*: pelo que o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente, por atender ao mesmo – que supõe a cláusula – *adapta-o ao estado de fato superveniente.*”²⁸¹

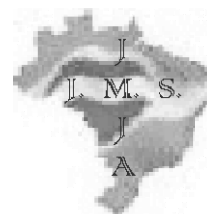
Mais: recentemente, tentou o governo brasileiro, através de Medida Provisória (Medida Provisória nº 1.703-178, 28.09.98), duplicar o prazo de ajuizamento desta ação, apenas na hipótese de ela vir a ser intentada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, pelas autarquias, pelas fundações e pelo Ministério Público (art. 5º, dando nova redação ao art. 188, do Código de Processo Civil brasileiro).

Discutiu-se, mais uma vez, diante de tal situação, a compatibilidade de procedimentos como tais, frente ao princípio da isonomia.

²⁸¹ CINTRA, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO. GRINOVER, ADA PELLEGRINI. DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Teoria Geral do Processo. 1974. Obra citada, ps. 269-271.



5.3.2.6. COISA JULGADA



O contra-argumento utilizado é o de que é preciso tratar desigualmente aos desiguais, estando o Poder Público, tal como hoje estruturado, em situação de desvantagem perante os médios e os grandes escritórios de advocacia. Além do que, já são antigos os prazos em quádruplo para contestar, e em dobro para recorrer, quando se trata da Fazenda Pública e do Ministério Público, haja vista a própria redação original do art. 188, do Código de Processo Civil.

No entanto, a discussão não se limita apenas ao prazo.

Há aqueles que defendem a inadmissibilidade da ação rescisória à luz da nova conformação do princípio da segurança jurídica na Constituição de 1988. Exemplo do que digo é IVES GANDRA DA SILVA MARTINS.²⁸²

Entende este jurista que, enquanto, na Constituição anterior, falava-se em “direitos concernentes à segurança”(art. 153); nesta, menciona-se “direito à segurança” (art. 5º).

Acrescenta, também, que, na Constituição de janeiro de 1967, havia uma nítida distinção entre *segurança nacional*, que teve o seu conceito plasmado na Escola Superior de Guerra, e que foi veiculada por Atos Institucionais imunes à apreciação judicial²⁸³, e *segurança jurídica*, cuja amplitude não poderia entrar em choque com a primeira, sob pena de se ver afastada.

²⁸² Ver RTJB. Vol. 111, ps. 61-77. O artigo de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS teve o título: “*Contribuição Social sobre o lucro – decisão transitada em julgado anteriormente à reformulação jurisprudencial – inadmissibilidade da ação rescisória à luz da nova conformação constitucional do princípio da segurança jurídica – Parecer.*”

²⁸³ Ver o que escrevi sobre o Brasil no período dos Atos Institucionais e Complementares. Foram, a partir de 1964, dezessete Atos Institucionais e setenta e três Atos Complementares. Neles, restaram ampliados os poderes do Presidente da República. O movimento que se autodenominou de revolucionário afirmava-se detentor de um Poder Constituinte que não se exauria. Foram suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade. Foram suspensos os direitos políticos e cassados mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. O Presidente da República chegou a ter poderes para decretar o recesso do Parlamento, quando julgasse conveniente. Suspendeu-se o habeas-corpus em casos de crimes políticos, e foram excluídos de qualquer apreciação judicial o Ato Institucional nº 05, de 13.12.1968 e os Atos Complementares que dele decorressem. Exemplifico com estas, entre várias outras medidas.



5.3.2.6. COISA JULGADA



Logo, estava, profundamente, fragilizada a *segurança jurídica*; o que não deveria ocorrer nos dias atuais.

Lembra, ainda, de que, na tentativa de limitar o entendimento que estava sendo dado à “segurança nacional”, o Ministro ALIOMAR BALEEIRO proferiu voto, onde tenta esclarecer que esta expressão não deveria ser vista como vaga, ou de amplitude infinita, simplesmente amoldando-se à vontade de poder.

Eis mais um Acórdão histórico, e corajoso, dado as circunstâncias de fragilização jurídica da época (DOU de 28.06.1968, RE nº 62.731): “o conceito de segurança nacional não é indefinido e vago, nem aberto ao discricionarismo do Presidente ou do Congresso. Segurança nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, nas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou sensato, e não o de amplidão infinita, consagrada pela Escola Superior de Guerra, o qual está assim descrito: ‘o grau relativo de garantia, que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito de antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais.’”²⁸⁴

No entanto, se, no passado, o conceito de *segurança nacional* tolhia o de *segurança jurídica*; isto não mais encontraria justificativa no Brasil que sucedeu à Constituição, de outubro de 1988.

Também por isto, a segurança jurídica a que se refere o novo Texto deve ser vista como sendo mais plena.

Com este espírito, haveria de ser feita a análise da Súmula nº 343, do Supremo Tribunal Federal, que diz: “*Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.*”²⁸⁵ (grifei)

²⁸⁴ Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 21, p. 79.

²⁸⁵ A leitura desta Súmula, mais uma vez, foi feita pelo Superior Tribunal de Justiça, agora relativamente à *questão de safra* do FGTS (Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço), inúmeras vezes reproduzida no Judiciário federal brasileiro. Eis o noticiário oficial deste Superior Tribunal brasileiro (www.stj.gov.br): “21.09.2.001. Decisão de Primeira Turma evitará avalanche de ações



5.3.2.6. COISA JULGADA



Ocorreu que, já em 1984, o Supremo Tribunal Federal considerou inaplicável esta Súmula em controvérsias constitucionais, restringindo a sua incidência à legislação infra-constitucional. (RE 101.114, DJ 10.02.84, Relator Ministro RAFAEL MAYER)

Esclareça-se. O Supremo Tribunal Federal, em 1984, apenas admitia a interpretação controvertida nos Tribunais como autorizativa de ação rescisória se a matéria fosse constitucional, dado o seu relevo.

Mais adiante, em agravo regimental, o mesmo Supremo Tribunal Federal decidiu que não cabia ação rescisória quando a decisão rescindenda houvesse sido proferida segundo a jurisprudência dominante na época. (Agravado Regimental nº 957 – Revista Trimestral de Jurisprudência 104/944).

rescisórias sobre FGTS no STJ. A batalha jurídica envolvendo a reposição das perdas provocadas pelos planos econômicos nas contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS – teve importante desdobramento durante julgamento realizado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Por unanimidade, e de acordo com o voto da Ministra ELIANA CALMON, o órgão do STJ decidiu não examinar uma ação rescisória proposta pela Caixa Econômica Federal. A gestora do FGTS buscava reaver valores depositados em contas vinculadas resultantes de decisão anterior que garantiu a correção do saldo da conta vinculada ao Fundo. O posicionamento sinaliza que o STJ dará o mesmo destino às outras ações rescisórias da CEF em casos semelhantes, o que certamente evitará uma avalanche de processos similares ao Tribunal. (...) De acordo com a Súmula nº 343, que reflete o entendimento consolidado do STF, não cabe ação rescisória, por violação à literal dispositivo de lei, quando a decisão atacada tiver se baseado em legislação cuja interpretação era controvertida nos tribunais. Em sua decisão individual, a Ministra ELIANA CALMON demonstrou ser esta a hipótese relacionada com a questão da correção dos saldos do FGTS, que envolveu legislação abundante ‘e por isso mesmo controvertida’, segundo ela. (...) O órgão responsável no STJ pelo exame de questões envolvendo direito público seguiu o posicionamento adotado pela Ministra. A decisão unânime da Primeira Seção reconheceu a aplicação da Súmula nº 343 ao caso, e abriu caminho para que milhares de ações rescisórias sobre o FGTS, nas mesmas condições, sejam indeferidas pessoalmente por seus relatores, evitando o retardamento indevido da causa e aliviando o excesso de processos que já ameaça a rotina de julgamentos do STJ. Quanto aos processos remetidos ao STJ, que não tiveram solução final antes da decisão do Supremo que restringiu a correção monetária do FGTS a dois planos (Verão e Collor I – abril de 1990), fica valendo a orientação da Suprema Corte.”



5.3.2.6. COISA JULGADA



Diante destas idas e vindas, e ocorreram outras²⁸⁶, cabe fazer um breve quadro demonstrativo do que vem sendo dito:

Das diversas posições do Supremo Tribunal Federal:

1. não cabe ação rescisória, por ofensa à literal disposição de lei (art. 485, inc. V), se a decisão rescindenda houver, à época, sido prolatada com base em interpretação controvertida nos Tribunais;
2. não cabe ação rescisória, por ofensa à literal disposição de lei, se a decisão rescindenda houver, à época, sido prolatada com base em interpretação controvertida nos Tribunais a respeito de norma infra-constitucional;
3. não cabe ação rescisória, por ofensa à literal disposição de lei, se a decisão rescindenda houver sido prolatada segundo a jurisprudência dominante à época;

Seguramente, é preciso refletir sobre tudo isto.

De início, bastava a controvérsia nos Tribunais para não autorizar a ação rescisória. Depois, passou-se a exigir o amparo da jurisprudência dominante à época para não autorizar a ação rescisória.

Chegou-se, mesmo, a permitir a ação rescisória se a controvérsia jurisprudencial surgisse após a decisão rescindenda. (Revista Trimestral de Jurisprudência 97/19).

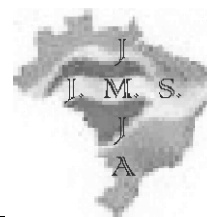
Em outras palavras, a depender da forma como se visualiza a ação rescisória, isto pode provocar sérios arranhões ao princípio da segurança.

A ação rescisória não pode se transformar em um simples recurso, até porque este instituto excepcional não deve ser confundido com uma revisão ordinária. É princípio geral de direito público o de que as exceções merecem interpretação restritiva.

²⁸⁶ Ver Revista Trimestral de Jurisprudência 97/19, onde se defende o entendimento de que se a controvérsia jurisprudencial se formar após a edição do Acórdão rescindendo, também aí caberá ação rescisória.



5.3.2.6. COISA JULGADA



Sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, não deve se compadecer com interpretações que despertem afronta à segurança jurídica.

É, também, preciso buscar o equilíbrio, fixando-se um prazo igualitário para a sua propositura, quer para o Estado, quer para o cidadão. É imperioso prestigiar o trânsito em julgado material, apenas permitindo a ação rescisória em grau de exceção.

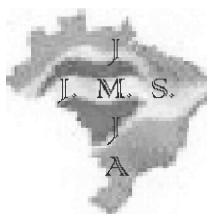
Mais do que isto. É necessário que a jurisprudência venha a tomar uma posição duradoura, de modo a provocar confiança.

Ainda sobre a ação rescisória, e a sua excepcionalidade, quer no campo cível, quer no campo penal, saliento, mais uma vez, a *Teoria Geral do Processo*, obra citada, p. 271, quando se renega diferenças ontológicas, fixando-se a diversidade nos casos e prazos legais: “*Todavia, quer-nos parecer idêntica a natureza da coisa julgada quer no processo civil quer no penal, como ainda desnecessária a distinção entre coisa julgada penal, de acordo com a sentença condenatória ou absolutória. Tanto a sentença penal, como a civil, podem ser rescindidas, após a coisa julgada, nos casos excepcionais previstos, respectivamente, no art. 621, Código de Processo Penal e no art. 485, Código de Processo Civil. Existem apenas diferenças quanto aos casos em que a rescisão se admite, na esfera penal e na esfera não penal, e quanto aos prazos – o que, porém, significa somente uma regulamentação diversa, com vistas às diferentes relações jurídicas materiais, mas não uma diversidade ontológica quanto à coisa julgada.*”

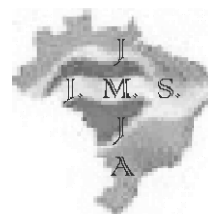
Finalmente, é de se enfatizar aquilo que foi dito nos próprios artigos de lei transcritos. A ação rescisória ataca a coisa julgada material; ou, como diz o Código de Processo Civil brasileiro (art. 485, “caput”): “*a sentença de mérito transitada em julgado*”.

Portanto, é de se esclarecer que a coisa julgada formal, é a única produzida quando se extingue o processo sem o julgamento do mérito (art. 267, Código de Processo Civil brasileiro). Contudo, quando se extingue o processo com o julgamento do mérito (art. 269, do Código de Processo Civil brasileiro), advêm as duas coisas julgadas, a formal e a material.

De tal ordem que a coisa julgada formal funciona como pressuposto da material. Isto porque a primeira provoca a imutabilidade apenas dentro de um determinado processo, enquanto a segunda lança os seus efeitos para fora do processo, entre as partes que



5.3.2.6. COISA JULGADA

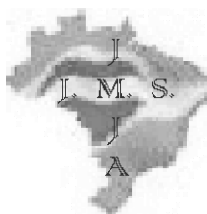


litigaram. Com a ressalva da ação rescisória que a atinge, não é possível voltar a julgar o que já foi julgado.

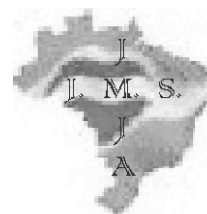
Conforme três dos mais prestigiados processualistas nacionais, enquanto a coisa julgada formal produz efeitos internos no próprio processo, encerrando-o; a material projeta-se para fora do processo, formando como que uma lei entre as partes litigantes. Seriam qualidades dos efeitos de uma sentença, e não um dos seus efeitos. Funcionariam, as coisas julgadas formal e material, como degraus de um mesmo fenômeno.

Veja-se: “A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a coisa julgada formal torna imutável, dentro do processo, o ato da sentença, posta ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os efeitos produzidos pela sentença, lançando-os fora do processo. É a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica. Na lição de LIEBMAN, que acolhemos, quer a coisa julgada formal, quer a coisa julgada material, não são efeitos da sentença, mas sim qualidade da sentença e de seus efeitos, que a torna imutável. (...) Só as sentenças de mérito, que decidem a lide, acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem coisa julgada material.”²⁸⁷

²⁸⁷ Teoria Geral do Processo. Obra citada. 1974, p. 270.



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA

“O princípio da constitucionalidade vem a ser o princípio mais característico daquele tipo histórico de Estado, o Estado Constitucional, a que se associa o Direito Constitucional – porque não é mais do que o princípio da garantia do Direito Constitucional. (...) Por outras palavras; se o princípio da constitucionalidade está ligado ao conceito ou aos conceitos de Constituição (para que seja apreendido), são as circunstâncias, situações e acontecimentos à sua margem que mostram como se firmou e desenvolveu.” (MIRANDA, JORGE. Aspectos de uma Teoria da Inconstitucionalidade (Capítulo I- O Princípio da Constitucionalidade). Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Político-Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano lectivo de 1963-64, ps. 09-10).

Apresentarei, agora, aquilo que colhi de mais usual, na jurisprudência brasileira de hoje, sobre o princípio da irretroatividade.

É de se observar que todas estas questões chegaram até o mais Alto Tribunal do País. Dizem respeito às reivindicações dos servidores públicos, à matéria penal (um homicídio qualificado combinado com estupro) e a complementariedade, fixada pelo Supremo Tribunal Federal, entre os princípios da irretroatividade e da anterioridade, inclusive quando esta última for considerada no intervalo nonagesimal (contribuições em favor da seguridade social).

Também entre as Decisões, aparece a composição feita por este Tribunal entre medida provisória, irretroatividade e anterioridade tributária.

É o que vai a seguir.



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



1. Na decisão abaixo, verifica-se uma tentativa de alguns Estados no sentido de economizar frente às despesas com os servidores públicos. A licença-prêmio é uma prerrogativa do servidor que, após alguns anos de trabalho, pode vir a retirar alguns meses de descanso, como uma recompensa de haver sido, no período trabalhado, um servidor responsável. No entanto, pelas dificuldades econômicas por que passam, muitas vezes, os servidores querem optar por converter parte do seu descanso em dinheiro.

“Licença-prêmio parcialmente conversível em dinheiro segundo a lei estadual. Cumpridos os requisitos necessários à sua concessão, não pode a lei revogadora superveniente suprimir o direito já adquirido à indenização. Recurso extraordinário que não se conhece por haver o acórdão recorrido dado exata aplicação ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição. Recurso Extraordinário nº 222213, Santa Catarina, Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI, Julgamento da 1ª Turma.”

2. Novamente, aqui, mais uma questão de servidor público. Agora, pretende-se a indenização por férias proporcionais, embora haja ocorrido a aposentação antes da aquisição do direito às férias.

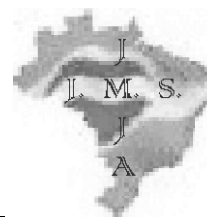
“Férias proporcionais. Aposentadoria. Aposentando-se o servidor, antes do implemento do fator tempo alusivo à aquisição do direito às férias, descabe falar em direito adquirido à indenização correspondente. Recurso Extraordinário nº 229428. Distrito Federal. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. Julgamento da 2ª Turma.”

3. Vem sendo, extremamente, comum, após cada um dos Planos Econômicos do governo brasileiro, surgirem questões em safa, discutindo a mesma tese jurídica relativa ao Plano. Normalmente, defende-se que parte da atualização monetária foi expurgada, reduzindo o valor real do dinheiro. É de rotina o Supremo Tribunal Federal não acolher a tese. É o que se vê, exemplificativamente, a seguir:

“Planos Econômicos. Unidade de Referência de Preços (URP) de fevereiro de 1989. Precedente do Plenário pela inexistência de direito adquirido. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 694. Recurso Extraordinário nº 233824. Sergipe. Relator Ministro NELSON JOBIM. Julgamento da 2ª Turma.”



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



4. Foram, profundamente, rotineiras questões como esta. Muitos dos servidores públicos, no Brasil, ingressaram, nos seus cargos, sem concurso; mas no regime jurídico da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), dado que, assim, fazendo opção pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), não adquiriam a estabilidade. Ocorre que, com o advento do Regime Jurídico Único (Lei nº 8.112/90) - uma previsão do Texto original da Constituição de outubro de 1988 (art. 39, “caput”, alterado pela Emenda Constitucional nº 19, de junho de 1998) - todos os servidores, inclusive estes, passaram a compor o referido regime. Daí, os celetistas reivindicarem a contagem, para todos os efeitos, do período em que trabalharam sob o regime da CLT. É de se dizer que lhes foram reconhecidos até mesmo direitos que os estatutários não possuíam, provocando uma combinação de direitos dos dois regimes.

“Servidores celetistas da União que passaram a estatutários: Lei nº 8.112/90, art. 243. Direito adquirido à contagem, para todos os efeitos, do tempo de serviço público federal por eles prestado: Lei nº 8.112/90, art. 100. Precedente: Recurso Extraordinário nº 209.899 – Rio Grande do Norte, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, em 04.06.98. Recurso Extraordinário nº 231580. Rio Grande do Norte. DJ 23.10.98, p. 21. Ementário vol. 1928-08, p. 1627. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Julgamento em 08.09.98. “o turma. Unânime.”

5. O princípio da irretroatividade da lei mais rigorosa possui um alcance muito evidente no campo penal. Assim, mesmo em caso de homicídio qualificado, manteve o Supremo Tribunal Federal este entendimento, reformando as decisões das instâncias inferiores, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. À época da prática do delito, este crime ainda não se encontrava entre os chamados, pela legislação nacional, de hediondos, que exigem o cumprimento da pena, integralmente, em regime fechado.

“Crimes de Estupro e homicídio qualificado. Regime de cumprimento de pena: irretroatividade da lei mais rigorosa (art. 5º, XI, da Constituição Federal). Habeas-corpus. Os crimes de estupro e homicídio qualificado ocorreram a 28 de dezembro de 1993. À época, já estava em vigor a Lei nº 8.072, de 26.07.90, que incluía o crime de estupro entre os hediondos e impunha o cumprimento da pena respectiva em regime integralmente fechado (arts. 1º e 2º, § 1º). Mas a mesma qualificação e o mesmo tratamento somente foram atribuídos ao crime de homicídio qualificado por força da Lei nº 8.930, de 06.09.94, que deu nova redação ao art. 1º daquele diploma anterior. Ora, esse tratamento mais severo da lei penal não pode retroagir, atingindo fato ocorrido em dezembro de 1993, em



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



face do disposto no inc. XL, do art. 5º, da Constituição Federal, segundo o qual ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.’ Deve, pois, prevalecer, no que concerne ao cumprimento da pena de homicídio qualificado (dezoito anos), o disposto no art. 33, § 2º, ‘a’, do Código Penal, em razão do qual ‘o condenado à pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado’. Habeas-corpus deferido, para se determinar que a pena pelo crime de homicídio qualificado (dezoito anos) seja cumprida em regime inicialmente fechado, e não integralmente fechado, como resulta da sentença de 1º grau e do acórdão que a confirmou, ora impugnado, remanescendo esse regime mais severo somente quanto à pena pelo crime de estupro (nove anos). Habeas-Corpus nº 76.945. Rio de Janeiro. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Julgamento da 1ª Turma.”

6. No Acórdão seguinte, o Supremo Tribunal Federal combina a irretroatividade e a anterioridade nonagesimal, dando uma demonstração de que, em matéria tributária, não basta que a lei não retroopere para prejudicar. É necessário, também, que a mesma, havendo criado ou majorado tributo, permita algum planejamento tributário.

Antes de apresentar a Decisão, rememoro três dispositivos constitucionais (irretroatividade, anterioridade e anterioridade nonagesimal), a saber:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à união, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III- cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (...)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I- dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; II- dos trabalhadores; III- sobre a receita de concursos de prognósticos²⁸⁸. (...)”

²⁸⁸ O art. 195, da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, recebeu, pela Emenda nº 20, de 15 dezembro de 1998, a seguinte redação: “Art. 195. (...) I- do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



§ 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes implicando o disposto no art. 150, III, 'b'.”

Como se vê, é preciso que a lei não apanhe fato anterior a ela, e que, também, não alcance fatos jurídicos tributários ocorridos durante o prazo da resguarda da anterioridade, que, normalmente, é o do exercício financeiro da sua edição (o que, no Brasil, corresponde ao ano civil). Entretanto, em se considerando as contribuições para a seguridade social, o prazo da anterioridade é menor. É de 90 (noventa) dias contados da data da publicação da lei.

Eis o Acórdão:

“Art. 2º, ‘caput’, da Lei nº 7.856, de 24.10.89 (contribuição social sobre o lucro das empresas). Ofensa ao princípio da irretroatividade (art. 150, III, ‘a’, Constituição Federal) decorrente da inexigibilidade das contribuições sociais dentro do prazo de noventa dias da publicação da Lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, ‘b’, da Constituição Federal. A Lei nº 7.856/89, majorando a alíquota da Contribuição Social sobre o lucro das empresas de 8% para 10%, somente entraria em vigor noventa dias depois de sua publicação, sendo inalcançável pelo aumento de alíquota, por conseguinte, o resultado do balanço apurado em 31.12.89, vez o princípio constitucional da irretroatividade. Recurso Extraordinário nº 195712. Rio Grande do Sul. DJ 16.02.96, p. 3019. Ementário vol. 1816-08, p. 1590. Relator Ministro MAURÍCIO CORREA. Julgamento em 18.12..1995. 2ª Turma. Unânime.”

vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; o lucro; II- do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”

Neste artigo, outros dispositivos foram acrescentados, indo até o § 11. Cabe dizer, que as reformas a este dispositivo decorreram de uma série de pendências judiciais contra o Estado, estabelecendo, agora, o Governo a sua posição no Texto Constitucional.

O art. 11, da Emenda nº 20/98, dispôs: *“Até que produzam efeitos as leis que irão dispor sobre as contribuições de que trata o art. 195, da Constituição Federal, são exigíveis as estabelecidas em lei, destinadas ao custeio da seguridade social e dos diversos regimes previdenciários.”*



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



De maneira similar, foi também a Decisão sobre o FINSOCIAL (antiga Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social). Ocorre que, aqui, considerando o intervalo de vigência da medida provisória.

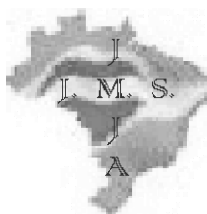
O problema, no entanto, parece ser se o prazo a ser computado, para efeito de espera tributária, deve começar a ser contado a partir da conversão em lei da medida provisória, ou da primeira edição da medida provisória, ou, ainda, apenas da última edição, evitando, assim, uma surpresa maior para o contribuinte ou para o responsável tributário.

A permissibilidade da reedição, no campo tributário, suscita esta importante dúvida.

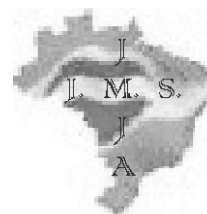
Eis uma primeira postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “*FINSOCIAL. Entrada em vigor do art. 28, da Lei nº 7.738/89, em que foi convertida a Medida Provisória nº 32, de 03.02.89. Como se vê do art. 149, da Constituição Federal, as contribuições aludidas no art. 195 têm natureza tributária, embora a elas não se aplique o disposto na letra ‘b’, do inc. III, do art. 150, da Constituição Federal, graças à ressalva da parte final do art. 149: ‘sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º., relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.’ Tem razão a recorrida quando sustenta que, contados os 90 dias a partir da publicação da Medida Provisória nº 32, de 03.02.89, que deu margem à Lei de conversão nº 7.738, de 09.03.89, só entraria em vigor no início de maio de 1989, não podendo, portanto, incidir sobre fato gerador ocorrido antes do decurso desses 90 dias, para alcançar a receita bruta auferida no mês de abril de 1989, sob pena de ofender o princípio da irretroatividade tributária, previsto no art. 150, III, ‘a’, da Constituição Federal. Recurso Extraordinário nº 168457. Minas Gerais. DJ 11.11.94, p. 30648. Ementário vol. 1766-05, p. 800. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Julgamento em 17.05.94. 1ª Turma. Unânime.*”

De fato, pelo trabalho de pesquisa que fiz, junto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclino-me por concluir que o mais Alto Tribunal do Brasil vem pacificando o seu entendimento no sentido de que o prazo requisitado pelo princípio da anterioridade tributária deve considerar o período a partir da edição da Medida Provisória, acaso a mesma venha a ser convertida em lei.

Demonstrando o que digo, aponto este Acórdão unânime da sua Segunda Turma, julgado em 1997:



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



*“Recurso Extraordinário. Contribuição social sobre o lucro. Lei nº 7.856, de 25.10.1989, art. 2º. Elevação da alíquota de 8% para 10%. **O prazo de noventa dias, previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, flui, no caso, a partir da data da Medida Provisória nº 86, de 25.09.1989, convertida na Lei nº 7.856, de 25.10.1989. A legitimidade da aplicação da nova alíquota, no exercício de 1990, sobre o lucro apurado a 31 de dezembro de 1989. Orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs. 197.790-3 e 181.664-3. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso Extraordinário nº 182.574. Rio Grande do Sul. DJ 25.04.97, p. 15219. Ementário Vol. nº 1866-05, p. 1015. Relator Ministro NERI DA SILVEIRA. Julgamento da 2ª Turma em 25.02.1997. Unânime.**”* (grifei)

Ocorre que, durante o curso da realização do trabalho de pesquisa, pude constatar que o mesmo Supremo Tribunal brasileiro terminou por firmar um entendimento ainda mais gravoso do ponto de vista do contribuinte ou responsável tributário, pois permitiu a contagem do tempo, para efeito da anterioridade tributária, desde a primeira edição da medida convertida, considerando a hipótese bastante comum de reedição.

Eis um exemplo de Aresto que confirma o que digo:

“Recurso Extraordinário. Contribuição Social do Programa de Integração Social – PIS. Princípio da anterioridade em se tratando de Medida Provisória. O Plenário desta Corte, ao julgar o Recurso Extraordinário 232.896, que versa caso análogo ao presente, assim decidiu: ‘Constitucional. Tributário. Contribuição social do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP. Princípio da anterioridade nonagesimal: Constituição Federal, art. 195, § 6º: contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória (...) Recurso Extraordinário nº 247038. Minas Gerais. DJ 03.03.00, p. 95. Ementário Vol. nº 1981-16, p. 3245. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Julgamento da 1ª Turma em 15.12.2000.’”²⁸⁹

²⁸⁹ É interessante observar que este Acórdão foi colhido em julho de 2.000, embora a data de julgamento apontada no site da Consulta da Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal seja 15 de dezembro de 2.000. Este equívoco, contudo, não retira a autoridade e a autenticidade da Decisão, pois vários outros Acórdãos poderiam ser apontados no mesmo sentido, haja vista:



5.3.2.7. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA



Enfim, o mais Alto Tribunal brasileiro pacificou o seu entendimento no sentido de que o prazo inicial que deve ser observado para se considerar respeitado o princípio da anterioridade é o da veiculação da primeira medida provisória.

Pois bem, a partir de agora, o assunto a ser tratado será o da segurança jurídica e o princípio da anterioridade.

Recursos Extraordinários n.ºs. 269134. Bahia. 1ª Turma, DJ 30.06.00, p. 90. Ementário Vol. 1997-19, p. 42; 227149. Minas Gerais. 2ª Turma. DJ 30.06.00, p. 86. Ementário Vol. 1997-04, p. 7 etc.



5.3.3. SEGURANÇA JURÍDICA E ANTERIORIDADE

5.3.3.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001: “Art. 62. (...) § 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.*”

Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) XL- *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

(...)

Art. 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*”.

Falou-se, até aqui, pela necessidade de lei. Foi dito, também, que a lei não deve retroagir, de modo a prejudicar o indivíduo.

E que, em matéria tributária, é preciso complementar a irretroatividade com a anterioridade²⁹⁰, que será, em regra, um impedimento de as entidades políticas (União,

²⁹⁰ Em meio à defesa desta Tese, SALDANHA SANCHES pareceu-me oferecer como exemplo de norma constitucional inconstitucional o princípio da anterioridade na Constituição brasileira. A uma, porque provavelmente lhe parece ser a única a consagrar este princípio. A duas, porque entende que se trata de um princípio aberto para planejamentos tributários, que seriam feitos apenas pelos mais favorecidos economicamente; o que violaria o princípio da isonomia. Discordando disto, contra-argumtei que os tributos constituem uma parcela importante no custo de um produto. Logo, ao se vender um bem, por exemplo, o valor apontado toma em conta os fatores de custo. Se fosse possível a alteração de todos os tributos de um sistema sem a observação de nenhum prazo de



Estados, Distrito Federal e Municípios) cobrarem tributos no mesmo exercício financeiro (ano civil, segundo a Lei nº 4.320/64, art. 34²⁹¹) em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Uma exceção à anterioridade, pelo ano civil, consiste na chamada anterioridade nonagesimal²⁹², que diz respeito às contribuições sociais dirigidas à seguridade social (art. 195, § 6º, da Constituição do Brasil²⁹³), que, tal como foi explicado, precedentemente, implica na espera de noventa dias da data de publicação da lei que as instituiu ou modificou.

O art. 16, da Constituição do Brasil (na redação da Emenda nº 04, de 14.09.93), também registra o período de espera de um ano para a lei que altera o processo eleitoral, dizendo: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

Assim se procedeu com o objetivo de evitar o favorecimento de interesses político-partidários, em favor dos eleitores e da própria classe política.

Ainda, a Lei de Introdução ao Código Civil, um Decreto-lei de setembro de 1942, fixou, logo no seu art. 1º, prazos de “vacatio legis”: “Art. 1º. *Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País, 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.* § 1º. *Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada.* § 2º. *(norma elaborada sob o regime constitucional de 1937, e não tem aplicação desde a Constituição de 1946.*

espera, a própria atividade empresarial estaria em risco. O princípio da não surpresa e a possibilidade de planejamento não são incompatíveis com a isonomia. Além do mais, o direito tributário não deve comportar-se como um rival das empresas de um País, inclusive porque elas fornecem emprego. Enfim, combater o emprego está longe de ser uma medida de justiça social.

²⁹¹ Lei nº 4.320/1964, art. 34: “O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.”

²⁹² No ano de 2.002, no caso envolvendo a discussão em torno da Proposta de Emenda Constitucional da prorrogação da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras, lançou-se a pretensão por reduzir a anterioridade dos 90 (noventa) dias para um período de espera mais curto, um prazo de 50 (cinquenta) dias.

²⁹³ Constituição do Brasil de outubro de 1988. “Art. 195. (...) § 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b”.



Dizia respeito a leis elaboradas pelos governos estaduais por autorização do governo federal). § 3º. Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação. § 4º. As correções a texto de lei em vigor consideram-se lei nova.”

Pelo que está sendo visto, cabe repetir que é necessário que a lei não apanhe apenas fato anterior à sua publicação, mas também não deve alcançar fato ocorrido durante o prazo de resguardo para entrar em vigor.

Neste aspecto, há uma particular importância quanto ao instituto da medida provisória. É que ela, nos termos do art. 62, da Constituição do Brasil, produz efeitos desde a edição.

Assim, cabe perquirir se, editada uma medida provisória, o prazo, a partir da sua publicação, deve ser computado como período de resguardo, acaso venha ela a ser convertida em lei.

Explicando, mais detalhadamente, o que digo.

Se uma medida provisória foi editada no ano de 1989, e foi convertida em lei ainda no ano de 1989, e tratando ela de uma contribuição em favor da seguridade social, que exige o prazo nonagesimal, deveria ser computado o período anterior à sua conversão em lei para efeito do cumprimento do interregno?

Creio que a matéria tenha um eminente fundo polêmico.

Há pouco, apresentei um Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de onde, agora, retiro um de seus trechos: “(...) ***Tem razão a recorrida quando sustenta que, contados os 90 dias, a partir da publicação da Medida Provisória nº 32, de 03.02.89, que deu margem à Lei de conversão nº 7.738, de 09.03.89, só entraria em vigor no início de maio de 1989, não podendo, portanto, incidir sobre fato gerador ocorrido antes do decurso desses 90 dias (...)***”. (Recurso Extraordinário nº 168457. Minas Gerais. DJ 11.11.94, p. 30648. Ementário vol. 1766-05, p. 800. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Julgamento em 17.05.94. 1ª Turma. Unânime.” (grifei)



Logo, aqui, a conclusão foi no sentido de que o prazo anterior à conversão deve ser computado no período nonagesimal, dado que, no Acórdão, tratava-se de FINSOCIAL, uma contribuição cobrada em favor da Seguridade.

A mesma conclusão é retirada da leitura da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede no Rio Grande do Sul, onde se anuncia que o **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada na Apelação em Mandado de Segurança nº 91.04.0258-3, Rio Grande do Sul**, entendeu por contar o prazo de anterioridade de 90 dias desde a edição da medida provisória convertida em lei.

São os termos do Acórdão: “1. O Tribunal Pleno, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada na AMS nº 91.04.0258-3, Rio Grande do Sul, entendeu não haver inconstitucionalidade nos arts. 9º, da Lei nº 7.698/88, art. 28, da Lei nº 7.738/89, visto que o prazo de anterioridade de 90 dias para cobrança do aumento (art. 195, § 6º, Constituição Federal) conta-se da medida provisória nº 63, de 01.06.89. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 431170, 1992, Santa Catarina, 2ª Turma, DJ 17.02.93, p. 4352. Relator Juiz JOSÉ FERNANDO JARDIM DE CAMARGO. Unânime.”

Ainda mais recentemente, em Acórdão publicado em outubro de 1998, novamente o Supremo Tribunal Federal não deixou dúvidas sobre aquilo que pensa, evitando admitir solução de continuidade entre a medida provisória convertida e a lei de conversão.

Observe-se: “Imóveis de Brasília: Medida Provisória nº 149/90: militar sem direito à compra de imóvel ocupado, pois, só posteriormente, passou a servir ao Estado Maior das Forças Armadas. Medida provisória: convertida em lei, a norma primitivamente editada, por medida provisória, considera-se vigente, sem solução de continuidade, desde a publicação desta. Recurso em Mandado de Segurança nº 23149. Distrito Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ 02.10.98, p. 15. Ementário vol. 1925-01, p. 58. Julgamento da 1ª turma em 15.09.98. Unânime.”

Pois bem, em se admitindo o início da contagem do prazo da anterioridade tributária a partir da edição da medida provisória, é de se observar o seguinte.

De acordo com o entendimento anteriormente majoritário da jurisprudência, se a medida provisória não fosse convertida em lei, mas também não fosse rejeitada, seria



possível ao Poder Executivo reeditá-la, desde que ainda no prazo constitucional da edição da primitiva (art. 62, Parágrafo Único – Texto originário)²⁹⁴.

Atualmente, nos termos da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, o art. 62, § 7º, da atual Constituição registra: *“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.”*

Ocorre que, em meu entendimento, de acordo com o texto originário, a primeira medida não seria ressuscitada, não cabendo computar o decurso do seu prazo de vigência. Afinal, perdia a eficácia desde a edição.

Logo, na hipótese de se admitir que a medida provisória interfira em sede de obrigação tributária principal, tenho que, apenas da edição da medida provisória convertida em lei, é que se computaria o prazo para a cobrança da exação. Acaso prorrogada (nova redação), aí sim, o prazo poderia ser computado.

Parece-me uma posição que pode ser havida como de equilíbrio.

Com este raciocínio, acredito que se mantenha compatível o seguinte pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, quando renega o poder absoluto ao Executivo para o julgamento da oportunidade de iniciativa: *“(...) 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 adquirirá 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. (...) 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. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293, Distrito Federal. DJ 16.04.93, p. 6429. Ementário vol. 1699-01, p. 09. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 06.06.1990.*

²⁹⁴ Vide o Título *“De 2.001 em diante”*, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias brasileiras.



Unânime. (*) Discutia-se dissídios coletivos em matéria trabalhista, havendo Medida Provisória (190/90) estabelecendo a possibilidade de suspensão da eficácia de sentenças normativas.”

Assim, tentaria-se justificar o estado de necessidade²⁹⁵ e o exercício do poder de cautela presidencial, sem, contudo, deixar margem a interpretações ampliativas.

Sobre o estado de necessidade, como uma exceção ao princípio da preferência (nenhum ato inferior pode contrariar a lei) e da reserva (nenhum ato inferior pode deixar de ter fundamento na lei) de lei, considero o que disse DIOGO FREITAS DO AMARAL.

Falou o mesmo, lembrando o adágio romano de que “*em caso de necessidade, não há lei*”, que circunstâncias excepcionais poderiam autorizar o não cumprimento do processo legal próprio às circunstâncias normais, e que isto não desautorizaria afirmar que o Estado que assim procedesse continuava a ser democrático.

Para ser fiel, reproduzo o autor: “*Com efeito, a teoria do estado de necessidade diz-nos que, em circunstância excepcionais, em verdadeira situação de necessidade pública – como, p. ex., em estado de guerra, em estado de sítio ou em caso de grave calamidade natural -, a Administração pública, se tanto for exigido pela situação, fica dispensada de seguir o processo legal estabelecido para circunstâncias normais, e pode agir sem forma de processo, mesmo que isso implique o sacrifício de direitos ou interesses dos particulares. Posteriormente, terá de indenizar os particulares cujos direitos assim tiverem sido sacrificados: mas pode sacrificar-lhes os direitos e interesses sem seguir a forma normal de processo, o ‘due process of law’. A doutrina do estado de necessidade existe e está consagrada em todos os países democráticos – e constitui, na verdade, uma exceção ao princípio da legalidade. Exceção essa que já vem desde o tempo da Roma antiga, onde si dizia: ‘necessitas non habet legem’ (em caso de necessidade, não há lei).*”²⁹⁶

²⁹⁵ É com este termo que o Supremo Tribunal Federal refere-se à medida provisória no Acórdão referido, dizendo: “O que justifica a edição das medidas provisórias é 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.”

²⁹⁶ AMARAL, DIOGO FREITAS. Direito Administrativo. Vol. II. Edição correspondente à revisão das suas lições de 1983/84, levando em conta a publicação do primeiro volume do Curso de Direito Administrativo (Coimbra, 1986). Lisboa. 1988, ps. 60-61.



Em verdade, como manifestei, em parte anterior, apenas considerava adequada a utilização de medidas provisórias, em matéria tributária, em situações excepcionais, como em caso de guerra (empréstimo compulsório²⁹⁷ e impostos extraordinários) e calamidade pública (empréstimo compulsório), não citando, aqui, as exceções constitucionais à anterioridade tributária (art. 150, § 1º), porquanto a variação das alíquotas, em relação a estes impostos, possam ser feitas por atos administrativos (art. 153, § 1º).

Há, no Brasil, autores de grande relevo, como SACHA CALMON NAVARRO COELHO, que se pronunciam de maneira incisiva, dizendo que, ressalvados os casos onde a própria Constituição brasileira, de maneira taxativa, aplaca a legalidade e excepciona a anterioridade, seria absoluto o princípio da indelegabilidade legislativa.

É o que predica: “A lei em sentido formal e material exige, em sede tributária, como na penal, a absoluta indelegabilidade da função legislativa, salvo nos casos expressos na própria Constituição. Na Constituição Federal de 1988, as exceções ao princípio da legalidade e da anterioridade, por razões de urgência e relevância, estão expressamente previstas. Assim, os impostos de importação, exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações financeiras, podem ter as suas alíquotas alteradas por ato administrativo que entram a vigor de imediato. O imposto extraordinário de guerra e os empréstimos compulsórios emergenciais estão libertos da anterioridade. Vigoram de pronto. As contribuições previdenciárias observam o lapso de 90 dias, e logo produzem eficácia, desnecessitando de observar o princípio da anterioridade. Afora, ditas exceções, os demais tributos estão sujeitados à legalidade e à anterioridade.”

E, continua o autor, dentro da mesma linha, anunciando que a delegação legislativa, sem amparo expresso no Texto Constitucional, constituiria repudiável invasão de competência.

Reflita-se: “Mas o princípio da legalidade vai além e proíbe a delegação, pois de nada adiantaria, já descontadas as exceções, a Constituição reservar à lei o trato de

²⁹⁷ Contudo, em relação aos empréstimos compulsórios, vale observar que os mesmos devem ser veiculados por lei complementar (art. 148, da atual Constituição), e, por conta da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada a lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III, da atual Constituição).



determinada matéria, se, depois, o legislador fazendo dela tábula rasa, delegasse o seu manejo ao administrador. Seria o dito pelo não dito. A Constituição obriga o legislador a consentir a tributação. A competência legislativa, em sede tributária, é indelegável. Esta é a razão pela qual, ocorrendo a delegação, surge a eiva de inconstitucionalidade. Ora, indelegável a competência legislativa para manejar tributos conforme a lei maior, o uso de medida provisória na espécie caracteriza invasão de competência, intolerada pela Constituição.”²⁹⁸

ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA também é taxativo ao dizer: “A medida provisória e a lei delegada não podem, em nenhuma hipótese, nem criar, nem aumentar tributos.”²⁹⁹

Mas a questão da anterioridade ainda apresenta temas instigantes, entre eles o de saber se a mudança de prazo de recolhimento de uma contribuição social está, ou não, submetida a este princípio.

Note-se que a questão aumenta de importância em momentos de inflação elevada; pois, neste contexto, mais do que nunca, tempo é dinheiro. Afinal, a inflação corrói o valor real, fazendo com que o valor histórico da moeda fique absolutamente defasado.

Sobre o assunto, vários Tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, concluem pela negativa, acolhendo a não incidência do princípio da anterioridade em situações como tais.

Veja-se o que disse o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede no Rio Grande do Sul, referindo-se aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que vão no sentido de afirmar que a mudança de prazo de recolhimento de um tributo não deve estar submetida ao princípio da anterioridade.

É o Aresto: “Lei nº 8281/91 (conversão da medida provisória nº 298/91). Alteração do prazo para recolhimento do Finsocial e do IPI. É ilegal a alteração quanto à antecipação do prazo para recolhimento do Finsocial, de acordo com a Lei nº 8218/91

²⁹⁸ COELHO, SACHA CALMON NAVARRO. Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, 5ª edição, Editora Forense, 1990, p. 314.

²⁹⁹ CARRAZZA, ROQUE ANTÔNIO. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed., revista, ampliada e atualizada (...). Obra citada, p. 394.



(conversão da medida provisória nº 298/91). Segundo precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal (Ver Recurso Extraordinário nº 181832-8, julgado em 28.06.96, unanimidade, Relator Ministro ILMAR GALVÃO), não há ofensa ao art. 195, § 6º, a simples mudança do prazo de recolhimento das contribuições sociais; não se submete, pois, ao princípio da anterioridade. Por outro lado, quanto ao imposto sobre produtos industrializados, a alteração do prazo de recolhimento não é vedada constitucionalmente (art. 150, § 1º). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 442370. 1994. Paraná. DJ 18.06.97, p. 45429. Relator Juiz VOLKMER DE CASTILHO. Unânime.”

Evidentemente respeitando a posição jurisprudencial, inclino-me por dela discordar, sobretudo se se estiver diante de índices consideráveis de inflação. A redução pura e simples de prazos implica em alteração de um paradigma fiscal, implicando em variações patrimoniais.

Tempo é dinheiro.

Isto me faz lembrar de um exemplo.

Imagine-se que se diga que alguém recebe dez reais (moeda brasileira – importância mais de dez vezes menor do que um salário-mínimo). Quase que, de imediato, pensaria-se que o valor é baixo. Ocorre que se o mesmo valor for percebido a cada décimo de segundo, muda tudo de figura. Isto porque **tempo é dinheiro**.

Esta minha posição não parece isolada, haja vista o que disseram três dos maiores tributaristas brasileiros: “(...) a garantia patrimonial que a Constituição dá não é meramente formal ou nominal. Ela é substancialmente material. O que afinal importa e está no cerne das garantias em matéria tributária é o ‘quantum’ a ser desembolsado pelo contribuinte: é o montante de sua dimensão patrimonial. (...) Ora, esta se estipula em termos legais predeterminados: o pagamento é do montante X, e nas condições ‘a’ e ‘b’, nos prazos ‘c’ e ‘d’. Quer a Constituição que o contribuinte saiba antecipadamente tudo isso. É seu direito, constitucionalmente garantido, pagar em duas ou em dez vezes. Assim,



5.3.3.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



*assumem igual importância a proteção do direito de só pagar o montante devido e pagá-lo nos termos da lei, isto é: nos prazos e condições legais.*³⁰⁰

Outro tema que precisa ser abordado é o da confusão que se costuma fazer entre anterioridade e anualidade.

³⁰⁰ GERALDO ATALIBA, CLEBER GIARDINO e AIRES FERNANDINO BARRETO. Parecer publicado em “Imposto de Renda – Correção Monetária – Irretroatividade”, Revista de Direito Tributário 41/85.



5.3.3.2. ANTERIORIDADE E ANUALIDADE

“Ainda remanesce o hábito de mencionar-se o princípio da anualidade, no lugar a anterioridade, o que, a bem do rigor, substancia erro vitando. Aquele primeiro (anualidade) não mais existe no direito positivo brasileiro, de tal sorte que uma lei instituidora ou majoradora de tributos pode ser aplicada no ano seguinte, a despeito de não haver específica autorização orçamentária. Para tanto, é suficiente que o diploma legislativo entre em vigor no tempo que antecede ao início do exercício financeiro em que se pretenda efetuar a cobrança da exação criada. Continua válida, no sistema, a prescrição do art. 165, § 5º e 8º, que determina a obrigatoriedade da inclusão de todas as receitas no orçamento anual. Sua inobservância, todavia, não mais inibe a possibilidade de exigência do gravame desde que se obedeça à anterioridade fixada no art. 150, III, b (...) .” (CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário. Obra citada, p. 98-99).

Diz a Súmula nº 615, do Supremo Tribunal Federal: “O princípio constitucional da anualidade (§ 29, do art. 153, da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM”.

Evidentemente que a Súmula refere-se à Emenda Constitucional nº 01, de outubro de 1969, que dispunha: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado, por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.”



Já em 1987, ainda continuava o Supremo Tribunal Federal a preferir a confusão terminológica, conforme se demonstra no Acórdão a respeito do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

De fato, vem utilizando os termos “*anterioridade*” e “*anualidade*” indistintamente.

Eis um Aresto que confirma o que digo: “*ICM. Princípios constitucionais da anterioridade e anualidade do tributo (parágrafo 29, do art. 153, da Constituição Federal). A Lei nº 3.991, de 28 de dezembro de 1983, do Estado de São Paulo, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1984, com base na Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983, que entrou em vigor na mesma data (01.01.1984), não afronta os princípios constitucionais do § 29, do art. 153, da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento ou de petição nº 113353. São Paulo. DJ 20.03.87, p. 4600. Ementário vol. 1453-05, p. 980. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Julgamento em 27.02.87. 1ª Turma. Unânime.*”

Como é de se perceber, o que o Supremo Tribunal Federal denominou de anualidade, normalmente, a doutrina brasileira chama de anterioridade.

De fato, a Constituição de setembro de 1946, em seu art. 141, § 34, 2ª parte, predicava: “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 34. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; **nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária**, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.” (grifei)

Assim, neste dispositivo, constava expressamente que nenhum tributo deveria ser cobrado sem prévia autorização orçamentária. Eis aí, realmente, o princípio da anualidade orçamentária.

Note-se que isto não se confunde com o mandamento atual de que não se pode cobrar tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os houver instituído ou aumentado.” (art. 150, III, “b”, Constituição de outubro de 1988)



5.3.3.2. ANTERIORIDADE E ANUALIDADE



Assim a Constituição do Brasil, de outubro de 1988, veicula, apenas, o princípio da anterioridade tributária.³⁰¹

Para o observador atento, surge a conclusão de que o princípio de maior garantia não é o da anterioridade, dado que uma lei pode ser publicada no final do ano, cabendo muito pouco tempo para qualquer planejamento futuro da parte da pessoa física ou jurídica.

Diferentemente ocorre em relação à exigência de que o tributo cobrado conste na lei orçamentária, pois esta, segundo mandamento constitucional em vigor, deve ter o seu projeto encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, devendo ser devolvida para sanção até o encerramento da sessão legislativa³⁰² (art. 35, § 2º, inc. III, Disposições Transitórias, já anteriormente transcrito).

Repita-se. O princípio da anterioridade, por permitir que uma lei que crie ou aumente o tributo, acaso venha a ser publicada no último dia do ano (31 de dezembro), mesmo assim, acarrete a cobrança do valor implicado já no dia seguinte, não impede a surpresa, permitindo rupturas na segurança jurídica.

O princípio da anualidade, se fosse consagrado constitucionalmente, implicaria em uma garantia mais estável, pois exige, para a cobrança do tributo, duas situações bem definidas:

1. faz-se necessário a presencialidade no orçamento da autorização para cobrá-lo (autorização orçamentária);

³⁰¹ Há quem disto discorde, apontando o art. 165, 2º, da Constituição de outubro de 1988: “A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, **orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária** e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.”

³⁰² Constituição do Brasil. “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação, enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. (...) § 3º. Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.”



2. faz-se necessário que a lei que crie ou aumente o tributo seja preexistente ao orçamento, dado que a lei orçamentária não poderá autorizar ou condicionar o que ainda não existe.

Logo, são exigidas duas leis. Uma primeira, que cria ou aumenta o tributo, que deve ser preexistente à lei orçamentária; e, portanto, em face dos prazos constitucionais, haverá de ter sido expedida no exercício anterior ao da cobrança (anterioridade). E uma segunda que é a própria lei orçamentária, cujos prazos já foram relacionados (art. 35, § 2º, III, Disposições Transitórias).

Assim, para atender ao princípio da anualidade é pressuposta a atenção ao princípio da anterioridade. A anualidade detém um *algo mais* em relação à anterioridade. A anualidade é mais compatível com o princípio da segurança jurídica.

Por isto, compreendo que quanto mais estável for o Estado, maior será a possibilidade de se adotar o princípio da anualidade orçamentária.

Cabe, então, inquirir se, não prevendo a Constituição atual o princípio da anualidade, vigindo, no plano federal, apenas o princípio da anterioridade, é, mesmo assim, possível aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no exercício daquilo que a Constituição chamou de poder constituinte decorrente, estabelecê-lo.

Diz o art. 11, das Disposições Transitórias da atual Constituição do Brasil: “Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecendo aos princípios desta. Parágrafo Único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.”

Diante desta questão penso que seria, e ainda é, perfeitamente possível a fixação do princípio da anualidade na Constituição Federal, com repercussões para todos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

No entanto, acaso não apareça esta previsão, também se faz teoricamente possível as Constituições dos Estados ou as Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal



estabelecerem a previsão da anualidade orçamentária, como um desdobramento do princípio constitucional da segurança jurídica.

É verdade que, em certas oportunidades, surge a indagação se, mesmo prevista a anualidade, e contida no orçamento a lei criadora ou majoradora do tributo, se, ainda assim, seria possível modificar a legislação tributária, para o mesmo exercício financeiro, sem a permissão no orçamento.

Em regra, a resposta é não. Em situações normais, apenas com o beneplácito do orçamento seria possível mudar um tributo. Logo, as mudanças que existirem precisam constar no orçamento do próximo exercício, permitindo, assim, um suporte de planejamento de vida.

Ocorre que dois dispositivos constitucionais têm caráter de grande realce neste assunto. São os §§ 5º e 8º, do art. 165, da atual Constituição do Brasil. Mas nem a doutrina nem a jurisprudência retiram dos seus conteúdos a consequência da anualidade orçamentária.³⁰³

Enfim, o fato de o direito brasileiro não consagrar o princípio da anualidade orçamentária, nem por isto retira a importância da figura do orçamento como um meio de se atribuir segurança jurídica aos particulares.

Em um Estado de Direito, tanto estes, quanto também o próprio Estado, devem submeter-se às leis promulgadas.

De nada adianta uma Constituição conferir direitos inexecutáveis, como, tantas vezes, é a acusada disto a brasileira.

³⁰³ Constituição do Brasil “Art. 165. (...) § 5º. A lei orçamentária anual compreenderá: I- o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II- o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III- o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (...) § 8º. A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”



5.3.3.2. ANTERIORIDADE E ANUALIDADE



Fala-se que o “*custo-Brasil*” inviabiliza a nossa economia. Ocorre que o orçamento é uma construção conjunta com o Congresso Nacional, que fica, plenamente, ciente, por exemplo, do resvala dos recursos da Seguridade Social³⁰⁴.

Onde, em que, e como gastar o dinheiro que se arrecada é matéria intimamente ligada à anualidade.

É este o tema a seguir: orçamento³⁰⁵.

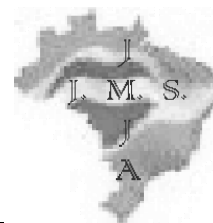
³⁰⁴ É de grande relevo que, segundo a Emenda Constitucional nº 20, de dezembro de 1998, vem acrescentado ao art. 167, o inciso XI, que diz: “Art. 167. São vedados: (...) XI- a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II (seguridade social), para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”

³⁰⁵ Na Constituição da República Portuguesa, é o art. 105º que trata do orçamento do Estado, dizendo que ele contém: a) a discriminação das receitas e despesas do Estado, incluindo as dos fundos e serviços autónomos; b) o orçamento da segurança social.”



5.3.3.3. ORÇAMENTO

5.3.3.3.1. DEFINIÇÃO E ENUNCIÇÃO HISTÓRICA



5.3.3.3. ORÇAMENTO ³⁰⁶.

5.3.3.3.1. DEFINIÇÃO E ENUNCIÇÃO HISTÓRICA

“O modo mais freqüente de mudança de regime é a revolução, ou seja, a ruptura instantânea, global e, o mais das vezes, violenta, da ordem constitucional precedente. Mas não é o único. Também se dá a transformação por dentro, a reforma política ou transição constitucional. Conhecem-se importantes exemplos históricos de passagem sem ruptura: a evolução inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns; a outorga da Carta Constitucional portuguesa por D. Pedro IV (I do Brasil) em 1826; a sucessão em França, em 1958, da IV para a V República; a reforma política espanhola, de 1976 a 1978, das Leis Fundamentais de Franco à nova Constituição democrática. Ora, é justamente um processo de transição constitucional, do maior interesse, o que está em curso no Brasil, aberto com a eleição de Tancredo Neves em 1985, traduzido na convocação de um Congresso com poderes constituintes e que, feita a eleição em 15 de novembro de 1986, irá culminar na elaboração de uma nova Constituição.” (MIRANDA, JORGE. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. Separata da Revista de Informação Legislativa (a 24 n. 94 abr./jun. 1987). Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas).

³⁰⁶ Ver OTERO, PAULO. Autorizações Legislativas e Orçamento do Estado – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de fevereiro de 1991 – Anotação. Separata da Revista «O Direito». Ano 124º. 1992 I-II, p. 286. Aqui, o autor, discordando da conclusão do Supremo Tribunal Administrativo, *que admitiu a utilização de autorizações legislativas orçamentárias para além das situações de caducidade resultantes da Constituição*, termina o seu comentário destacando um ponto que me parece fundamental: não se deve interpretar a Constituição conforme as leis, mas as leis conforme a Constituição; sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade.



Inicialmente, é preciso se informar quanto ao significado da palavra orçamento. Esta expressão deriva do vocábulo italiano “*orzare*”, que significa fazer cálculos.

Entre as várias definições oferecidas pela doutrina, tenho que seria adequado afirmar que se trata de um quadro orgânico da economia pública. É um verdadeiro espelho da vida do Estado, demonstrando cifras que trarão indícios veementes do progresso, da cultura e da civilização que o possui. Assim, o Poder Legislativo termina por prever e autorizar o Executivo e o Judiciário, por um certo espaço de tempo, e de maneira detalhada as despesas de funcionamento dos serviços públicos e as de outros fins relativos à política econômica do País. Demonstrando, também, o que se espera arrecadar em face das leis já criadas.

Disto, é de se enfatizar:

1. o caráter social do orçamento, pois, na confecção do mesmo, é que se irá demonstrar o que um Estado prioriza e aquilo que exclui. Sendo o orçamento uma previsão de receitas e de realização de despesas, esclarece àquele que com ele entra em contato sobre qual a sociedade que ali se pretende construir;
2. o caráter periódico do orçamento, que poderá, ou não, coincidir com um único exercício financeiro (Constituição do Brasil, art. 165, § 9º, inc. I e Lei nº 4.320/64, art. 34 – atualmente, no Brasil, coincide). É de se esclarecer que, nos termos do art. 165, § 9º, inc. I, vem exposto que “cabe à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentária e da lei orçamentária anual”. Além do mais, é preciso lembrar de que a peça orçamentária plurianual vem possibilitando a construção das diretrizes de um governo que assume e que pretende impor os seus objetivos e metas;
3. o seu caráter de controle das receitas e das despesas públicas.

No passado, muito se discutiu sobre a natureza jurídica do orçamento. Para uns, ele seria ato administrativo (ou uma série deles). Para outros, teria natureza de lei. Chegou-se, mesmo, a dizer que, do ponto de vista da receita, teria natureza de lei; enquanto, do ponto de vista da despesa, configuraria ato administrativo.



Diz-se, também, que para que viesse a ser considerado lei, o seria apenas do ponto de vista formal (processo legislativo); porquanto, do ponto de vista material, pela ausência de generalidade e abstração, não teria natureza de lei.

Sob o ângulo prático, é necessário tomar em cotejo que o orçamento é um plano que, ao final do exercício, pode vir, ou não, a ser plenamente executado. Dentro deste enfoque, mais uma vez aponta-se o caráter especial da lei orçamentária, pois a sua imperatividade resume-se a estabelecer limites (receita/despesa) para o Estado de direito.

Pela Constituição brasileira em vigor, a promulgada em outubro de 1988, o orçamento é lei (art. 165, incs. I/III, e dispositivos seguintes). E é esta posição que prevalece no mundo moderno, onde as democracias representativas afloram cada vez mais.

Quanto à sua história, embora haja sido a Magna Carta (1.215) o marco do surgimento do controle orçamentário, são apontados, como exemplos pioneiros, a cobrança de tributos extraordinários, mediante o consentimento dos contribuintes; isto em Portugal, sob a regência de DOM AFONSO VI (1.091). E também:

1. a votação dos impostos pelos delegados dos contribuintes nas Cortes de LEÃO (1.188);
2. a convocação das Cortes ou Assembléias Gerais para a autorização de tributos a serem cobrados pelo Monarca (Coimbra – 1.211).

No entanto, tenho comigo que o acerto de se apontar a Magna Carta encontra-se no fato de a mesma haver sido conquistada do rei JOÃO SEM TERRA, pelos barões ingleses³⁰⁷, com uma inegável repercussão histórica, ao lado de outras importantes

³⁰⁷ Magna Charta Libertatum (outorgada por JOÃO SEM TERRA, em 15 de junho de 1215, e confirmada: seis vezes por HENRIQUE III; três vezes por EDUARDO I; catorze vezes por EDUARDO III; seis vezes por RICARDO II; seis vezes por HENRIQUE IV; uma vez por HENRIQUE V e uma vez por HENRIQUE VI), nº 12: “Não lançaremos taxas ou tributos, sem o consentimento do Conselho Geral do Reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres.”



5.3.3.3.1. DEFINIÇÃO E ENUNCIÇÃO HISTÓRICA



garantias (ex.: o julgamento regular do homem livre pelos seus pares em harmonia com a lei do país. Magna Carta, 39).

A partir daí, considere-se o movimento liberal e o Iluminismo (a razão como único guia da sabedoria, com a decorrente contestação ao poder absoluto. Na época, pretendia-se que o Monarca fosse um executor da vontade da sociedade, não podendo ferir direitos naturais, tais como: propriedade, liberdade, vida).

Neste contexto, aparece a Revolução Gloriosa (1688), justificada pelo inglês LOCKE na obra *“Ensaio sobre o Governo Civil”*. Foi neste ano de 1688 que, na Inglaterra, o princípio da anualidade (programação de receitas e despesas com validade para um ano) foi conquistado pelo Parlamento.

É importante lembrar de que foi esta Revolução que derrubou o absolutismo, instituindo um governo monárquico constitucional.

Natural, portanto, que, já em 1689, o Parlamento inglês adquirisse a concessão definitiva do poder de orçar a receita e a despesa do país.

Enfim, a importância desta Revolução para a história dos orçamentos nos Estados modernos, entre outros motivos, reside no fato de que a Inglaterra detinha uma poderosa marinha, e era respeitada por isto; além do que foi o primeiro país governado por uma monarquia em que o poder real era limitado pela Constituição (Textos Constitucionais esparsos) e pelo Parlamento.

O movimento pela independência americana também tem o seu destaque na evolução do orçamento. Mas este momento histórico sofreu importante influência da Inglaterra. Isto porque:

- a) ao terminar a Guerra dos Sete Anos (1756-1763), a Inglaterra encontrava-se deficitária. Daí, haver partido para a criação de novos tributos, que deveriam ser pagos, inclusive por seus colonos. Estes reagiram, considerando os novos tributos ilegais, baseando-se na lei inglesa de que ninguém poderia ser obrigado a pagar tributos sem os ter votado. Como não tinham representantes no Parlamento inglês, entendiam-se desobrigados de pagá-los;



5.3.3.3.1. DEFINIÇÃO E ENUNCIÇÃO HISTÓRICA



- b) no Primeiro Congresso de Filadélfia (1774), os americanos decidiram manter-se leais à Coroa, mas deliberaram por boicotar o comércio com a Inglaterra e exigir o reconhecimento dos seus direitos de legislação. Mas, já em 1775, em Lexington, tropas inglesas entraram em choque com as americanas;
- c) no Segundo Congresso de Filadélfia (1775), decidiu-se por nomear GEORGE WASHINGTON como chefe do exército e emitir papel-moeda para as despesas de guerra. Em 04.07.1776, foi proclamada a Independência. Na Declaração de Independência, redigida por uma Comissão de que faziam parte BENJAMIN FRANKLIN e THOMAS JEFFERSON, foram consagrados os princípios iluministas (vida, liberdade e que os governos conquistam os seus poderes pelo prévio consentimento dos seus governados, etc).

Após o Tratado de Versalhes (1783), onde a Inglaterra reconheceu a Independência das antigas Colônias americanas³⁰⁸, adveio a Convenção Constituinte³⁰⁹, reunida em Filadélfia, em 1787. Nela, foi elaborada a Constituição (governo republicano presidencialista com três poderes independentes – Executivo, Legislativo e Judiciário).

No art. 1º, Seção 7, da Constituição dos Estados Unidos da América, ficou disposto: “*Todo projeto de lei, autorizando a lançar impostos (aumento de receita), deve emanar da Câmara dos Deputados; o Senado, porém, poderá propor e votar modificações como nos outros projetos de lei. Todo projeto de lei, aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo senado, deverá, antes de se tornar lei, ser apresentado, ao presidente dos Estados Unidos (...)*”.

Feito este resumo sobre a importância da Independência americana para o instituto do orçamento, cabe prosseguir dizendo que a mesma influenciou, fortemente, na Revolução Francesa e nos movimentos de independência no Brasil e na América Espanhola.

³⁰⁸ Em meados do século XVIII, eram 13 (treze) as colônias americanas, assim distribuídas: 09 (nove) governadas em nome do Rei da Inglaterra; 02 (duas) pertenciam às famílias fundadoras por concessão real (Pensilvânia e Maryland) e 02 (duas) denominadas *corporate colonies* (Rhode Island e Conecticut), auto-administradas por suas próprias *Constituições*, chamadas de Cartas Régias.

³⁰⁹ Na Convenção de maio de 1787, na cidade de Filadélfia, foram reunidos 55 (cinquenta e cinco) delegados. Os pequenos Estados temiam o domínio dos Estados maiores, até que surgiu uma proposta de consenso, em razão da qual seriam criadas uma Câmara baixa e uma outra Alta, o Senado, com dois representantes por Estado – paridade, diminuindo o receio da centralização.



5.3.3.3.1. DEFINIÇÃO E ENUNCIÇÃO HISTÓRICA



Fruto da Revolução Francesa foi o princípio da periodicidade da autorização legislativa para a arrecadação de impostos, o que veio a se firmar a partir da Assembléia Nacional que votou a Declaração dos Direitos do Homem.

É importante lembrar de que a França pré-revolucionária (Antigo Regime) detinha uma sociedade estruturada nos moldes da Idade Média, dividida em ordens ou Estados, de acordo com o nascimento. Somente o Terceiro Estado pagava impostos (a maioria da nação; ou seja, cerca de 98% da população. Daí, estavam excluídos o clero – Primeiro Estado e a nobreza – Segundo Estado). Isto era, severamente, criticado pelos filósofos iluministas, que pregavam a igualdade perante a lei.

Enfim, este esboço histórico demonstra, declaradamente, que o orçamento não está apartado da evolução social, nem tampouco dos fatos históricos relevantes (por exemplo: 1ª e 2ª Grandes Guerras), transparecendo a democracia e o autoritarismo, tanto na sua forma de elaboração, quanto na sua forma de execução.³¹⁰

³¹⁰ Em 1929, a superprodução agrícola e industrial, que não encontrava mercados consumidores, determinou o “Crack da Bolsa de Nova York” e a crise mundial que atingiu todo o mundo. Nestas circunstâncias, feita exceção aos Estados Unidos, Inglaterra e França, as crises econômicas contribuíram para a formação de regimes totalitários. O fascismo na Itália (1922); o nazismo na Alemanha (1932); o franquismo na Espanha (1936); o salazarismo em Portugal (1932).



5.3.3.3.2. O INSS (INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL) DO BRASIL. QUESTÕES PRÁTICAS

Não faz muito tempo, em 19 de maio de 1997, ocorreu, em Brasília, uma reunião de Juízes federais convidados de todo o Brasil com o Ministro da Previdência e Assistência Social, que se encontrava acompanhado do seu Secretário Executivo, do Consultor Jurídico do Ministério e do Procurador-Geral do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

Havia um interesse de todos no sentido de que se não era possível resolver, ao menos, que se amenizasse os graves problemas da Seguridade Social no Brasil.

Afinal, nenhum brasileiro está certo do tempo que o *caixa (recursos arrecadados e efetivamente dirigidos à Seguridade)* aguenta suportar os benefícios de prestação continuada; e outros, de modo a estarem garantidos em sua efetividade.

Medidas de caráter prático foram sugeridas quer no campo do contencioso judicial, quanto também no do administrativo³¹¹.

Vamos a elas.

³¹¹ Sobre a Justiça Administrativa, que não tem similar exato no Brasil, VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, em sua Dissertação de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, escreveu: “O Conselho de Estado segregou o Direito Administrativo como uma glândula segrega a sua hormona (PROSPER WEIL. *O Direito Administrativo – tradução. Almedina. Coimbra. 1977, ps. 7 e 15*), pelo que a própria existência de um Direito Administrativo é, em alguma medida, fruto de um milagre. Milagre que consistia na submissão da Administração (e do Estado em que ela se integra) às normas jurídicas geradas pela actuação dos tribunais administrativos. (...) Quer seja entendido de acordo com uma perspectiva objectivista, quer subjectivista, o procedimento administrativo assume uma relevância cada vez maior na Administração moderna. (...) Daí que a doutrina defenda a necessidade de ‘mudança paradigma’: do direito material para o direito do procedimento (GOERLICH), alterando a tradicional lógica da dogmática jurídico administrativa.” (SILVA, VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra. Livraria Almedina. 1998, ps. 34-36*)



Uma delas é a da rapidez nos julgamentos dos processos administrativos, que não deveriam ultrapassar os 150 dias entre a notificação e o ajuizamento da ação.

Além do mais, a orientação de não serem notificados débitos de pequenos valores pode provocar a redução dos custos operacionais, e permitir a concentração da atuação da autarquia (INSS) sobre os débitos de altos valores³¹².

É preciso arrecadar as contribuições e cobrar os débitos para que os benefícios previdenciários possam ser devidamente adimplidos. Um estímulo ao bom senso possivelmente esteja na postura de incentivar a desistência de ações, liberando o autor, quando provável sucumbente, para que desista da ação e renuncie ao direito sobre que ela se fundaria, ficando isento do pagamento dos honorários de sucumbência.

Foi esta a redação da Medida Provisória nº 2.176, de 23.08.2001, que dispõe sobre o CADIN – Cadastro Informativo dos créditos de órgãos e entidades federais: “Art. 21. Fica isento do pagamento dos honorários de sucumbência o autor da demanda de natureza tributária, proposta contra a União (Fazenda Nacional), que desistir da ação e renunciar ao direito sobre que ela se funda, desde que: I- a decisão proferida no processo de conhecimento não tenha transitado em julgado; II- a renúncia e o pedido de conversão dos depósitos judiciais em renda da União sejam protocolizados até 15 de setembro de 1997.”

Deve, também, haver preocupação com os chamados leilões negativos, que, pela falta de liquidez do mercado atual, cada vez mais proliferam. A sugestão foi a de que ficasse permitido o parcelamento quando da arrematação de determinados bens.

O prazo para os embargos poderia ter alterado o seu termo inicial, sendo contado a partir da citação, e não da lavratura do auto de penhora.

³¹² A Medida Provisória nº 2176-79, de 23.08.2001, que “dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, e dá outras providências”, no art. 20, registra: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R \$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). § 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados. § 2º. Serão extintas as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a cem Unidades Fiscais de Referência. § 3º. O disposto neste artigo não se aplica às execuções relativas à contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”



O avanço no Projeto PERFIL, que pretende padronizar os procedimentos das diversas Procuradorias Estaduais, traçando rotinas a serem seguidas pelos Procuradores, seria uma outra medida. Ao lado disto, o cruzamento de informações entre as Fazendas Públicas pode ser bastante eficaz em um País com as características e dimensão do Brasil.

Sobre a adjudicação de bens, parece que a manifestação é francamente favorável, devendo ser citadas as iniciativas já tomadas com o INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA) e o BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). Outros órgãos e entidades públicas poderiam vir a ser beneficiados com a mesma medida, particularmente os ligados à saúde e à educação.

A formação de um Cadastro de Bens dos Devedores, que facilitaria a indicação do bem já quando da propositura da inicial seria outra medida.

Apontou-se mais algumas, a saber:

1. a necessidade de que se obrigue, legalmente, as Juntas Comerciais a encaminharem ao INSS, de ofício, qualquer alteração contratual das empresas nele registradas;
2. a necessidade da melhor divulgação das hastas públicas, garantindo-se incentivos aos meios de comunicação, como, por exemplo, através de abatimentos nas contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS;
3. a necessidade de que toda Certidão de Dívida Ativa fosse encaminhada a protesto, compelindo o devedor ao pagamento, em face dos atropelos provocados, por exemplo, com a não obtenção de empréstimos bancários;
4. a necessidade de que o INSS promovesse gestões junto aos Tribunais Regionais Federais, objetivando a criação de Varas Especializadas em Execuções Fiscais e Previdenciárias, o que poderia ser estimulado com o repasse de um pequeno percentual do Orçamento da Seguridade Social para a Justiça Federal. Outra alternativa seria a de que parte do ônus da sucumbência tivesse esse destino;



5.3.3.2. O INSS DO BRASIL. QUESTÕES PRÁTICAS



5. a imediata remessa do processo executivo para a comarca do foro do domicílio do executado, nos casos de execução por carta precatória;
6. a necessidade de o INSS, ao requerer a extinção da execução pelo pagamento espontâneo, dever juntar o comprovante da quitação, evitando que o Juiz requisite esta prova;
7. a continuidade dos concursos públicos, que vêm arregimentando novos técnicos e procuradores para o INSS, também deverá refletir bons resultados a médio prazo, ainda mais se forem conferidos a eles, a exemplo do que ocorre com a Procuradoria da República, o apoio administrativo adequado, mediante a utilização de pessoal que, realmente, tenha condições de exercer estes cargos. Ao lado disto, uma mais detida reflexão sobre o Plano de Carreira da Previdência Social também será uma excelente iniciativa.

Enfim, mais cedo ou mais tarde, todos nós brasileiros precisaremos ver assegurados os nossos direitos relativos à saúde, à previdência, e, quem sabe, até à assistência social.

É esperar, trabalhar e ver o resultado.



5.3.3.4. ANTERIORIDADE E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

Este assunto já provocou inúmeras discussões em juízo, sobretudo envolvendo o atual imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS, art. 155, inc. II e § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil).

O que ocorre é o seguinte. O Código Tributário Nacional, em seu art. 104, dispõe: “Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a **impostos sobre patrimônio ou a renda**: I- que instituem ou majoram impostos; II- que definem novas hipóteses de incidência; III- que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no art. 178”. (grifei)

E diz o art. 178: “Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III, do art. 104.”

De tal ordem que o princípio da anterioridade, de acordo com o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), restringia-se aos impostos sobre o patrimônio e a renda.

Ora, este mesmo Código elenca os seguintes impostos sobre o patrimônio e a renda: imposto sobre a propriedade territorial rural; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana; imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direito a eles relativos e o imposto sobre a renda e os proventos de qualquer natureza (Capítulo III. Seções I/IV). (Observação: o Sistema Tributário Nacional foi alterado pela Constituição de outubro de 1988)³¹³

³¹³ Na Constituição da República Portuguesa, de abril de 1976, atualizada pela Revisão Constitucional de setembro de 1997, fala-se em Sistema Fiscal, no art. 103º; e, nos Impostos, no art. 104º, que devem adotar como bases econômicas o rendimento pessoal, o rendimento real das empresas, o patrimônio e o consumo, sem perder de vista as necessidades do desenvolvimento econômico e da justiça social, onerando-se os consumos de luxo.



Logo, neste rol não constava o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, que estava disposto em outro Capítulo.

Foi isto que provocou a Súmula nº 615, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: *“O princípio constitucional da anualidade (§ 29, do art. 153, da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM.”*

Ocorre que, afastada a atecnia terminológica, o princípio da anterioridade, que tem amparo constitucional (art. 150, III, “b”, da atual Constituição do Brasil)³¹⁴, não sofre, no âmbito da Lei Maior, qualquer restrição.

Por isto, o Superior Tribunal de Justiça, na vigência da Constituição de outubro de 1988, tem, por várias vezes, decidido pela aplicação do princípio, apenas respeitando a peculiaridade da apuração mensal.

Logo, a lei complementar prevista no art. 155, § 2º, inc. XII, al. “g” não pode pretender algo diverso, sob pena de ser inconstitucional.

Diz o dispositivo: *“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) § 2º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior atenderá ao seguinte: (...) XII- cabe à lei complementar: (...) g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”*

Esta mesma conclusão, pela aplicação do princípio da anterioridade ao ICMS, pode ser retirada do seguinte raciocínio.

É natural que a revogação da isenção sujeite-se também ao princípio da anterioridade, dado que esta situação assemelha-se pragmaticamente à criação do próprio tributo, pois, igualmente, cria para o contribuinte o encargo de pagá-lo.

³¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988: *“Art. 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”.*



Se assim não o fosse, restaria instalado o império da incerteza, da insegurança; o que é incompatível com todo o raciocínio que vem sendo exposto.

Como evitar a surpresa da revogação, senão submetendo-lhe a um prazo de espera?

Neste sentido, são as lições de GERALDO ATALIBA, argumentando que, em um verdadeiro Estado de Direito, é fundamental que sejam previsíveis as ações estatais, daí não bastando falar-se em irretroatividade, indo-se além, em favor do cumprimento de um prazo de espera constitucional.

É este tributarista quem diz: *“Um sistema de governo em que a representatividade republicana é a chave de abóbada de todo o direito, não admite insegurança, surpresa e deslealdade como clima de relacionamento Estado-cidadão. (...) A previsibilidade da ação estatal é um timbre do estado civilizado, e sobretudo do Estado de Direito. Por isso, desde 1824, está consagrada em nosso regime constitucional. Efetivamente, a Constituição não se contentou com a irretroatividade das leis tributárias; quis mais, estabeleceu muito mais: previu um lapso de tempo chamado ‘vacacio constitutionis’ em benefício da previsibilidade, por parte do contribuinte, relativamente às exigências fiscais, com o que haveria de arcar no exercício financeiro seguinte.”*³¹⁵

Além do mais, também seria possível pensar em que, sendo a lei tributária isentiva revogada, não produzirá, só por isto, a repristinação da lei impositiva. Daí, a necessidade de uma nova lei impositiva, que precisaria observar a anterioridade.

Sobre a necessidade de ser expressa a repristinação, cabe citar o art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4657, de setembro de 1942): *“Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...) § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”*

De fato, todos estes raciocínios buscam uma só coisa: a segurança.

³¹⁵ ATALIBA, GERALDO. IOF – Princípio da anterioridade – Alcance. Extraído da Revista de Direito Tributário 13-14/391.



Veja-se, então, a possibilidade de a União Federal vir a celebrar um Tratado internacional sobre matéria tributária. E, assim, o faço respeitando o previsto no art. 151, da atual Constituição do Brasil, que, em seu inc. III, determina: “Art. 151. *É vedado à União: (...) III- instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.*”

Isto em homenagem ao fortalecimento da Federação brasileira, restringindo a intervenção federal, no campo tributário, nas demais pessoas de direito público interno³¹⁶.

Assim, respeitada a vedação de que a União, como pessoa de direito interno e também internacional, só possa estabelecer isenções dos seus próprios tributos, conforme vem entendendo a fração jurídica majoritária, também, aqui, haverá a necessidade de se respeitar o princípio da anterioridade, de modo a evitar a surpresa.

Outra questão que se põe em termos de isenção é aquela em que a mesma é concedida nos moldes do art. 178, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5172, de outubro de 1966); ou seja, *a prazo certo e sob condição determinada*.

³¹⁶ A respeito da concentração de poder no Brasil, vale reescrever as palavras de JORGE MIRANDA, em A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos, Separata da Revista de Informação Legislativa (a 24 n. 94, abr./jun. 1987). Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas. Disse JORGE MIRANDA à p. 31: “O regime estabelecido em 1964 iria durar mais de vinte anos, com vários Generais Presidentes da República – o que dificultaria a concentração pessoal do poder – a cada um tendo correspondido governos de índoles e orientações diversas, não só por causa das respectivas personalidades, mas também por causa dos diferentes condicionalismos internos e externos. A partir de 1977, e sobretudo de 1979, esboçou-se um processo, que seria chamado ‘abertura’. Para ele contribuíram a incapacidade da doutrina da segurança nacional de suscitar um novo modelo político-constitucional, as posições corajosas da Igreja, as distorções provocadas pela política de industrialização e as continuadas assimetrias regionais e sociais, a persistência da inflação e da dívida externa, o surgimento de um forte movimento sindical, a agilidade política da Oposição (que, de resto, ao contrário do que aconteceu em Portugal antes de 25 de abril de 1974, nunca foi completamente banida da vida política legal e pôde aceder, por meio de eleições, ao Congresso e a Governos estaduais. A ‘abertura’ defrontar-se-ia com vigorosa campanha nacional em favor de eleições presidenciais diretas (Diretas, já). (...) A constituição de 1967-1969 era modificável de modo a ser posta em consonância com as aspirações do País. E foi-o logo através da Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, que lhe subtraiu o sentido autoritário e consagrou, de novo, o princípio da eleição directa. Mas aparecia identificada com a ditadura, pela sua origem e pela sua prática (...)”



Diz o art. 178, do Código Tributário Nacional: “Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inc. III, do art. 104 (*que já foi comentado).”

Assim, acaso a isenção haja sido concedida a prazo certo e sob condição determinada não é possível revogá-la, afinal os pactos devem ser observados (direito adquirido).

O Estado terá de esperar a passagem do prazo, estando sendo cumprida a condição.

Sobre este assunto, vêm surgindo questões em quase todas as regiões federais do Brasil. Exemplificativamente, apresentarei decisões dos Tribunais Regionais Federais com sede em Recife, Rio de Janeiro e São Paulo. Todas elas citando a figura do direito adquirido e da necessidade de o Estado agir com boa fé.

É o que vai a seguir:

1. Sobre a isenção condicionada e direito adquirido: “A isenção concedida por prazo certo e em função de determinadas condições constitui direito adquirido do contribuinte, não podendo, pois, ser revogada, ou ter o seu alcance reduzido, direta ou indiretamente, pela lei (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI). O art. 178, do Código Tributário Nacional consagrou ‘princípios que a jurisprudência já construía, passo a passo, nos anos imediatamente anteriores à sua promulgação. (BALEEIRO, Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed., Forense, p. 593). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 1ª turma. Recurso de ofício nº 548428. 1995. Ceará. DJ 25.08.95, p. 54444. Relator Juiz HUGO MACHADO. Unânime.”

2. Sobre isenção, direito adquirido e relação de adequabilidade interpretativa entre as normas constitucionais e as infra-constitucionais tributárias: “Trata-se de isenção concedida nos termos do art. 1º, do Decreto-lei nº 2324/87. A isenção é revogável, exceto se concedida por tempo certo etc. (art. 178, do Código Tributário Nacional). O disposto no art. 178, do Código Tributário Nacional decorre de um princípio maior estabelecido na Constituição Federal (art. 153, §



3º, da Constituição anterior ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal atual), pelo qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Concedida a isenção por prazo certo e sob a condição de o contribuinte desempenhar a atividade, o benefício passa a ser um direito adquirido. Por unanimidade, negado provimento à remessa. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Remessa de ofício nº 217553. 1991. Rio de Janeiro. 2ª Turma. DJ 28.04.94, p. 18995. Relator Juiz ALBERTO NOGUEIRA. Unânime.”

3. Sobre isenção, direito adquirido e preservação da atividade econômica: “A isenção concedida a prazo certo e mediante condição onerosa, consubstanciada no incremento das exportações de produtos manufaturados, não pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (Código Tributário Nacional, art. 178). À administração não é lícito estimular o contribuinte a incrementar determinada atividade econômica, oferecendo-lhe vantagem fiscal, de caráter oneroso e não gratuito, e depois pretender revogá-la a qualquer tempo. Aplicação da Súmula nº 544, do Supremo Tribunal Federal. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 3027494. 1994. São Paulo. 4ª turma. DJ 06.02.96, p. 4986. Relator Juiz HOMAR CAIS. Unânime.”

Como é de se observar, há, até mesmo, Súmula do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

É a Súmula nº 544, que diz: “Súmula nº 544. Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas.”

Uma variante do mesmo tema é aquela onde se vislumbra não o direito adquirido à isenção, mas ao da apreciação, pela Administração, do pedido de prorrogação da isenção.

O Estado, pretendendo estimular investimentos em regiões com menor mercado consumidor, trata de oferecer benefícios para que as empresas ali se estabeleçam. E admite o fornecimento de novas vantagens, desde que cumpridas certas condições.

A matéria foi tão suscitada, na Região Nordeste do Brasil, que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede em Recife / Pernambuco, terminou por editar uma Súmula sobre o tema (Súmula nº 02).

Um exemplo do que falo, vai a seguir:



Sobre a importância da boa fé tributária para a redução das desigualdades regionais brasileiras: *“Este Egrégio Tribunal já consolidou o entendimento na Súmula nº 02, de teor: ‘A Empresa que teve reconhecido o direito à isenção do imposto de renda, de conformidade com o art. 13, da Lei nº 4239, de 27.06.63, com a redação dada pelo art. 1º, do Decreto-lei nº 1564, de 29.06.77, antes do advento da Lei nº 7450, de 23.12.85, tem direito adquirido de ver seu pedido de prorrogação examinado pela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e obter a ampliação do benefício por até mais cinco anos, se comprovado o atendimento das condições estabelecidas no art. 3º, do Decreto-lei nº 1564, de 29.06.77. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 512285. 1992. Pernambuco. 1ª Turma. DJ 29.10.93. Relator Juiz JOSÉ MARIA LUCENA. Unânime.”*

Para encerrar este tópico, lanço uma reflexão sobre o tempo e o Direito Constitucional, conforme a visão de JORGE MIRANDA.

Disse JORGE MIRANDA, em seu *“Funções, Órgãos e Actos do Estado”*, sobre a importância que o tempo detém nos variados matizes jurídicos, e a sua fundamentalidade para a consolidação das instituições jurídicas e sociais: *“O tempo e o Direito Constitucional. I. O tempo desempenha um importantíssimo papel em Direito Constitucional. Em geral, a interpretação evolutiva das suas fontes, a formação do costume, sobretudo a sedimentação, o desenvolvimento e a transformação das instituições postulam períodos de tempo mais ou menos longos; no tempo se sucedem os actos de formação processual; a aplicação das normas tem uma dimensão de âmbito temporal, produzindo efeitos quer em relação a normas ordinárias posteriores quer em relação a normas anteriores (...)”*³¹⁷

Pois bem, até aqui foi vista a lei e as suas exigências temporais, quer pela impossibilidade de retroação prejudicial, quer pela necessidade de se observar um período até que possa ser aplicada.

Mas nada disto adiantaria se não fosse atendido o princípio de que todas as pessoas são iguais. Ou melhor dito, todas as pessoas são diferentes, e precisam ser tratadas de maneira diferente, na medida da diferença; pois, só desta forma, será possível falar em

³¹⁷ MIRANDA, JORGE. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*. Lisboa (Apontamentos de lições do Profº JORGE MIRANDA – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). 1990, p. 156 e ss.



5.3.3.4. ANTERIORIDADE E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS



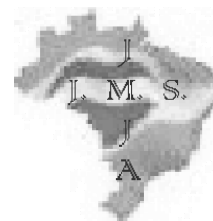
igualdade. A verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente aos desiguais, na medida da desigualdade.

A dificuldade está, exatamente, no se encontrar critérios para aferir a medida da desigualdade, sem violar o instrumento da segurança, viabilizando, assim, a justiça.

A empreitada é difícil; mas não está proibido, ao menos, tentar desenvolvê-la.

A Constituição atual do Brasil, logo no art. 3º, inc. IV, predica como um objetivo fundamental da nossa República Federativa a promoção do bem de todos, “*sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*”

A segurança jurídica e a isonomia é o tema a ser discutido em seguida.



5.3.4. SEGURANÇA JURÍDICA E ISONOMIA

5.3.4.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

“Sendo um dos fins do Estado, a Segurança não é facilmente compatibilizável com a Justiça. E, no entanto, o Direito tem de procurar essa harmonia. (...) Por isso se diz que, além da busca da conciliação entre Justiça e Segurança, outro desafio maior envolve a criação do Direito – o equilíbrio entre o peso dos factores concretos, que apontam para medidas casuísticas, e a ponderação do geral e abstracto, que convida à sua integração numa lógica global comum a cada ordenamento jurídico.” (SOUSA, MARCELO REBELO DE. e GALVÃO, SOFIA. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª ed., revista e aumentada com base na Revisão Constitucional de 1997. Portugal. Publicações Europa-América, Lda. 1998).

Houve quem dissesse que *“o injusto é o desigual e o justo é o igual”*.³¹⁸

Mas a dificuldade reside, exatamente, em saber quais os critérios que devem ser empregados para se decidir o que é igual.

Há, mesmo, quem reflita, dizendo que qualquer conceito concreto de igualdade termina por implicar em uma concepção particular de mundo, o que seria uma questão de valores.³¹⁹

É preciso lembrar que, para ARISTÓTELES, as mulheres, as crianças, os escravos e os bárbaros eram inferiores aos cidadãos gregos, seguindo uma tal redução especial do

³¹⁸ ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. Trad. J. TRICOT. 2ª ed., Paris. L. Philosophique Vrin. 1967. Vol. 1, p. 213.

³¹⁹ PERELMAN, CHAIM. *Égalité et Valeurs*, em *L'égalité*. Vol. 1. Études publiés par HENRI BUCH e outros. Bruxelas. Émile Bruylant, 1971, p. 319.



critério de mérito. E, com isto, para ele, não estaria havendo uma quebra do princípio da igualdade.

MONTESQUIEU, invocando a igualdade, defendeu a manutenção de tribunais especiais para os nobres. Dizia que o menor dos cidadãos, em um Estado livre, deveria ser julgado por seus pares. São as suas palavras: “Apesar de que, em geral, o poder judiciário não deva ser unido a parte alguma do legislativo, isto porém se acha sujeito a três exceções fundadas sobre o interesse particular daquele que deve ser julgado. Os grandes se acham sempre expostos à inveja; e se eles fossem julgados pelo povo ficariam expostos ao perigo, e não gozariam do privilégio que assiste ao menor dos cidadãos num Estado livre, isto é, o de ser julgado pelos seus iguais. É preciso portanto que os nobres sejam citados a comparecer não diante dos tribunais ordinários da nação, mas sim diante de uma junta do Corpo legislativo composta de nobres.”³²⁰

ROBESPIERRE, FABRE e D’EGLANTINE eram contrários à progressividade na tributação e à isenção do mínimo indispensável à vida, conforme relata VICTOR UCKMAR, em seus Princípios de Direito Constitucional Tributário.³²¹

Na Bélgica, a Corte de Cassação afastou a condição de advogada de uma mulher, inclusive doutora em Direito, sob a justificativa de que o legislador não exclui, por lei, as mulheres do acesso ao tribunal, porque considerou isto um axioma tão evidente, que não era necessário anunciar, expressamente, que os serviços da justiça eram reservados aos homens (Decisão de 11.11.1889).

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, avocando o princípio da igualdade, chegou a admitir escolas públicas apenas para brancos. Afinal, entendia que o princípio da igualdade estava observado se, em escolas de negros, todos os negros fossem tratados igualmente (*Plessy versus Ferguson*).

Foi apenas em 1954 que aquela Casa alterou o seu entendimento (*Brown versus Board of Education*).³²²

³²⁰ MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Livro XI. Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra. Introdução de OTTO MARIA CARPEAUX. Tradução de GABRIELA DE ANDRADA DIAS BARBOSA. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint S.A – EDIOURO. 1990. p. 137.

³²¹ UCKMAR, VICTOR. Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário. Tradução de MARCO AURÉLIO GRECO. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1ª ed., 1976, p. 73.



Mas tudo não é só pessimismo.

Hoje, vozes levantam-se bradando pela **legalidade-isonômica**. Afirmando que não pode haver segurança sem isonomia, e vice-versa.

De fato, em um Estado de Direito moderno, a igualdade não está reservada a relações entre particulares, pois avança no sentido de que, nas relações internacionais, é também preciso reconhecer a independência nacional, a auto-determinação dos povos, a igualdade entre os Estados, etc.

A Constituição do Brasil, não se esquecendo disto, reservou um artigo específico para dizer: “Art. 4º. *A República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios: I- independência nacional; II- prevalência dos direitos humanos; III- autodeterminação dos povos; IV- não-intervenção; V- igualdade entre os Estados; VI- defesa da paz; VII- solução pacífica dos conflitos; VIII- repúdio ao terrorismo³²³ e ao racismo; IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (...).*”

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, estando alerta para as exigências e as circunstâncias, faz soar uma advertência, dizendo que, embora não baste a isonomia na lei, é preciso, como primeiro passo, que ela se encontre também na lei (*legalidade isonômica*): “**Sem isonomia, nenhuma segurança.** (...) Não somos iguais, homens e mulheres, porém,

³²² ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte. Editora Lê. 1990, p. 37.

³²³ Alguns dos principais agrupamentos terroristas no mundo (www.lafacu.com): Japão – Exército Vermelho; Médio Oriente – Al Fatah (braço armado da OLP), Jihad, Hezbollah, Hamas; Etiópia – Partido Revolucionário do Povo Etíope; Sudão – Partido Comunista; Uganda – Combatientes y entr. Cubanos; Irlanda – IRA; Espanha – ETA (Euskadi Ta Askatasuna) e Grapo (Grupo Revolucionário Antifascista 1ª de outubro); Alemanha – RAF (Fração do Exército Vermelho); Itália – Brigadas Vermelhas e Lutta Obrera; Canadá – Frente patriótica Manuel Rodriguez (FMR) e Movimetro Esquerdista Revolucionário (MIR); Argentina – Montoneros, FAR (Forças Armadas Revolucionárias) e ERP (Exército Revolucionário do Povo); Peru – Sendero Luminoso e Movimento Revolucionário Tupac-Amaru; Bolívia – ELN (Exército de Libertação Nacional); Uruguai – MLNT (Movimento de Libertação Nacional Tupamarus); Brasil – VRP (Vanguarda Revolucionária Popular); Guatemala – Forças Armadas Revolucionárias Maoístas de Guatemala; França – Comitê Antifascista Argentino; Iraque – Partido Comunista Iraqui.



diante de atos infralegais (decretos, portarias, instruções, ordens de serviço, resoluções, pareceres-normativos etc.). Pobre direito seria a isonomia se centrada apenas nesses atos infralegais. Uma contrafação da segurança. Somos iguais diante da lei (igualdade formal) e na lei (igualdade material). A metalinguagem doutrinária não está adstrita à repetição servilmente literal da linguagem-objeto, a do ordenamento constitucional. (...) nenhuma isonomia sem legalidade; nenhuma legalidade, sem isonomia. E enunciar por esta via um só princípio, um só direito-garantia, a legalidade isonômica: ninguém deve fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei isonômica.”³²⁴ (grifei)

E arremata este autor, ultimando o seu raciocínio no mesmo artigo, dizendo que sem isonomia não há segurança: “Uma conclusão central se impõe: **sem isonomia não há segurança**, nem Estado constitucional, porque a igualdade não se confina aos direitos e garantias individuais, espraiando-se nas relações internacionais e nas relações internas que entretêm as pessoas constitucionais entre si. A segurança jurídica na criação e aplicação do tributo é apenas uma particularização desse quadro mais amplo.” (grifei)

Também MARCELO REBELO DE SOUSA, em sua Introdução ao Estudo do Direito (obra citada, 4ª ed. rev. e aum., 1998, p. 281), adverte sobre a necessidade de harmonização entre a segurança e a justiça, quer interna, quer externamente (*paz nas relações internacionais – respeito ao princípio da independência nacional*).

Em meu entendimento, meditando sobre isto, concluo que a noção de respeito ao valor da igualdade, efetivamente, varia no espaço e no tempo. Não é algo que, naturalmente, seja extraído da natureza humana.

Isto não retira a importância da sua discussão. Bem ao contrário. No Brasil, por exemplo, não deve o princípio da igualdade ser visto como algo sem utilização prática.

São inúmeras as oportunidades em que este princípio é levado à sindicabilidade dos tribunais, envolvendo questões de dia-a-dia da população.

São matérias que dizem respeito ao emprego do indivíduo, aos seus filhos, ao carro que utiliza, ao jornal que lê, etc.

³²⁴ BORGES, JOSÉ SOUTO MAIOR. Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo. Revista de Direito Tributário nº 63, ps. 206 e ss.



Não é algo que esteja distante dos anseios populares, tal como posso demonstrar em questões que envolvem matéria de repúdio aos preconceitos e discriminações.

O princípio da igualdade, e a sua necessária efetividade, é colocado à prova em temas como:

- a) o da exigência de idade, em concurso público, para aqueles que não são ocupantes de cargos e empregos públicos, enquanto, para estes, exclui-se o mesmo requisito;
- b) o da distinção, para efeitos sucessórios, entre os outrora chamados filhos legítimos e adotivos etc;
- c) o da incidência de estatutos de pessoal distintos para brasileiros e estrangeiros em empresas multinacionais que operam no Brasil;
- d) em matéria de extradição;
- e) em matéria de procedência fiscal, como no caso do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços e importação de automóveis e pneus usados;
- f) em matéria de aplicação de exame psicotécnico, sem a indicação de parâmetros claros;
- g) os limites da liberdade de imprensa, na hipótese de incitamento mediante propaganda de guerra ou de preconceito de raça ou de classe etc.

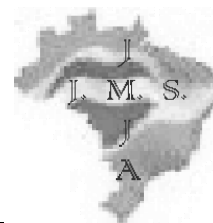
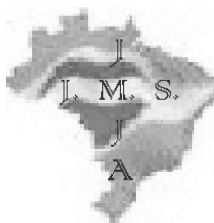
Normalmente, conhece-se uma pessoa pelas atitudes que toma diante das situações que lhe são apresentadas.

Pois bem, de modo que se conheça um pouco mais da atuação do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, declinarei como o mesmo Tribunal comportou-se diante de cada um destes temas; ora assegurando direitos, ora entendendo que eles não existiam.

É o que faço a seguir.

1. A respeito da exigência de idade em concursos públicos, vem o Supremo Tribunal Federal a repelindo, sobretudo quando o mesmo requisito não é exigido do pessoal da Administração. O argumento do repúdio ao critério, basicamente, é o da discriminação indevida. Importante notar que o problema não está na exigência etária, pura e simplesmente. Podem existir situações onde o relevo da idade não seja discriminatório, mas é preciso que isto fique muito bem fundamentado.

Eis o que entende o Supremo Tribunal Federal: *“Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para o ingresso em funções,*



*emprego e cargos públicos. Interpretação harmônica dos arts. 7º, XXX; 39, § 2º, 37, I, da Constituição Federal*³²⁵. O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso público e ingresso na carreira de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, não se assenta em exigência etária ditada pela natureza das funções do cargo ou emprego da Administração Federal Direta e Autarquias. A limitação, portanto, é ofensiva à Constituição, art. 7º, XXX, ‘ex vi’ do art. 39, § 2º. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: Recurso em Mandado de Segurança nº 21.033- Distrito Federal, Revista Trimestral de Jurisprudência 135/958; Recurso em Mandado de Segurança 21.046; Recurso Extraordinário nº 156.404- Bahia; Recurso Extraordinário 157.548 – Acre; Recurso Extraordinário nº 136.237- Acre; Recurso Extraordinário 146.934- Paraná; Recurso Extraordinário nº 156.972- Pará. Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 177570 – Bahia. DJ 28.02.97, p. 4074. Ementário vol. nº 1859-03, p. 632. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Julgamento da 2ª turma em 26.11.96. Unânime.”

2. Uma questão muito importante submetida a este Tribunal foi a de saber se, em face de o art. 227, § 6º, da atual Constituição do Brasil, determinar que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, estando proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; se isto atingiria, até mesmo, situações onde a sucessão já estivesse aberta, dispondo a lei vigente, à época do falecimento, de modo contrário (*observação: mais um exemplo de como os princípios estão em permanente relação uns com os outros*).

No Acórdão a seguir, que considero polêmico, o Supremo Tribunal Federal defende que a norma constitucional não deve retroagir, estando a discriminação entre os filhos protegida pela lei antiga.

³²⁵ Constituição do Brasil. “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (...) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I- os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, (...) Art. 39. (...) § 2º (este dispositivo mereceu uma nova redação com a Emenda Constitucional nº 19, de 05.06.1998, versando, agora, sobre escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. Anteriormente, ele estendia aos servidores públicos, entre outros direitos sociais, o contido no inc. XXX, há pouco citado)”.



É o Acórdão:

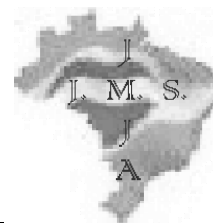
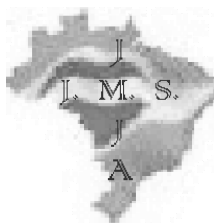
“Direito das Sucessões. Filhos adotivos. Pretendida habilitação na qualidade de herdeiros do ‘de cujus’. Indeferimento calcado no fato de a abertura da sucessão haver ocorrido antes do advento da nova Carta, que eliminou o tratamento jurídico diferenciado entre filhos legítimos e filhos adotivos, para fins sucessórios. Alegada ofensa ao princípio da isonomia e do art. 227, § 6º, da Constituição. A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia. Recurso Extraordinário nº 1631167. Santa Catarina. DJ 31.10.97, p. 55560. Ementário vol. 1889, p. 452. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Julgamento da 1ª Turma em 05.08.97. Unânime.”

3. A questão, agora, diz respeito à dúvida suscitada de se um trabalhador brasileiro, em empresa francesa funcionando no Brasil, deveria, ou não, ter os mesmos direitos que os seus colegas estrangeiros, também no Brasil. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que sim.

Eis o Acórdão:

“Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade. Constituição Federal, 1967, art. 153, § 1º; Constituição Federal, 1988, art. 5º, caput).³²⁶ A discriminação que se baseia

³²⁶ Constituição de janeiro de 1967. (o texto original desta Constituição tratava do assunto no § 1º, do art. 150). Logo, a redação, a seguir, é do Texto da Emenda nº 01, de outubro de 1969): “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”



em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do Supremo Tribunal Federal: Agravo 110.846 (Agravo Regimental) – Paraná, CÉLIO BORJA, Revista Trimestral de Jurisprudência 119/465. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. Recurso Extraordinário nº 161243. DJ 19.12.97, p. 57. Ementário vol. 1896-04, p. 756. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Julgamento da 2ª Turma em 29.10.96. Por maioria e unânime.”

4. A questão que vem, a seguir, passou por inúmeras discussões em juízo. Diz respeito à importação de carros usados. Alguns juristas enxergavam violência ao princípio da isonomia a proibição na vedação de importação dos automóveis usados, e a permissão para os novos. Argumentavam, dizendo que seria odioso permitir àquele de maior poder aquisitivo a compra de um automóvel estrangeiro, e proibi-la àquele de menor posse. O Supremo Tribunal Federal, ao meu ver com acerto, contra-argumentou, esclarecendo que o brasileiro de menor condição econômica, mesmo que fosse permitida a importação de automóveis usados, ainda assim, não teria condições de comprá-lo, salvo uma pequena minoria. (Observação: é, também, de se esclarecer que a proteção ao mercado nacional, mediante a fiscalização e o controle do Ministério da Fazenda tem sede, na atual Constituição, no art. 237, que diz: “Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda)

Eis a Decisão do Supremo Tribunal Federal:

“Importação de automóveis usados. Proibição ditada pela Portaria nº 08, de 13.05.91, do Ministério da Fazenda. Alegada afronta ao princípio constitucional da isonomia, em pretensão prejuízo das pessoas de menor capacidade econômica. Entendimento inaceitável, porque não demonstrado que a abertura do comércio de importação aos automóveis tenha o fito de propiciar o acesso da população, como um todo, ao produto de origem estrangeira, única hipótese em que a vedação da importação aos automóveis usados poderia soar como discriminatória, não fosse certo que, ainda

Constituição de outubro de 1988. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.



assim, considerável parcela dos indivíduos continuaria sem acesso aos referidos bens. Discriminação que, ao revés, guarda perfeita correlação lógica com a disparidade de tratamento jurídico estabelecida pela norma impugnada, a qual, ademais, se revela consentânea com os interesses fazendários nacionais que o art. 237, da Constituição Federal teve em mira proteger, ao investir as autoridades do Ministério da Fazenda no poder de fiscalizar e controlar o comércio exterior. Recurso Extraordinário nº 203954. Ceará. DJ 07.02.97, p. 1365. Ementário vol. 1856-11, p. 2250. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Julgamento do Tribunal Pleno em 20.11.1996. Unânime.”

5. Mais uma questão, foi aquela da exigência de exame psicotécnico, em concurso público, sem a apresentação de parâmetros técnicos, o que dá margem a caprichos, atitudes arbitrárias e preconceituosas.

Eis o Acórdão do Supremo Tribunal Federal:

“Concurso Público. Polícia Federal. Exame psicotécnico. Entrevista carente de rigor científico. Eliminação de candidato, afinal desautorizada pelo Judiciário, por ilegalidade, em mandado de segurança. Quando a lei do Congresso prevê a realização de exame psicotécnico para ingresso em carreira do serviço público, não pode a Administração travestir o significado curial das palavras, qualificando como exame a entrevista em cláusula, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia. Não é exame, nem pode integrá-lo, uma aferição carente de qualquer rigor científico, onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limites. Mérito do Acórdão unânime do Tribunal Federal de Recursos. Recurso Extraordinário nº 112676. Minas Gerais. DJ 18.12.87, p. 29144. Ementário vol. 1487, p. 977. Relator Ministro FRANCISCO REZEK. Julgamento da 2ª turma em 17.11.1987. Unânime.”

6. O tema da liberdade de imprensa é de uma utilidade à toda prova, ainda mais quando a Constituição de outubro de 1988, influenciada pelos abusos cometidos na história recente do Brasil, disciplinou o fim da censura, por exemplo no art. 5º, inc. IX, dizendo: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Ou, quando, no art. 220, § 2º, adverte: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” Ou, ainda, no art. 206, inc. II: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) II- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.



Ocorre que, ao que me parece, o que se quis expurgar foram as anomalias e os excessos, não sendo o melhor caminho partir-se para a licenciosidade sem medidas.

Por exemplo, o Acórdão que vai mais adiante, do Supremo Tribunal Federal, refere-se a 1954, e diz respeito, inclusive, a preconceitos de raça e de classe. Ora, assim como as normas, a jurisprudência precisa ser entendida em seu tempo. Por vezes, uma mesma norma, acaso aplicada em lugares diferentes, produz efeitos diametralmente diversos. Sem dúvida, é preciso assegurar a livre manifestação do pensamento (art. 5º, inc. IV, da atual Constituição) e a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inc. VI); mas não é incomum que a indenização pelo dano moral ou material (art. 5º, inc. X) não se mostre efetivamente reparadora, havendo utilidade nas atitudes preventivas.

Registrando a necessidade de se visualizar a Decisão, em seguida, com os olhos da atualidade, a apresento:

“A limitação à liberdade de imprensa, sobrepondo-se ao interesse individual, atende às necessidades superiores do Estado, e da coletividade, dentro das exceções que o conceito de liberdade há de juridicamente suportar, como imperativo imanente ao procedimento humano, compatível com convívio social. Essa limitação, entretanto, não o exerce a autoridade pública de forma arbitrária. A interdição de órgão de publicidade somente se justifica quando se demonstre o incitamento à subversão da ordem pública e social, ou à propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe. Se a esses extremos não autoriza a concluir a prova constante do processo, exaustivamente examinada pelo contexto da decisão recorrida, o apelo constitucional descabe à toda evidência. Recurso Extraordinário nº 25348. Minas Gerais. DJ 05.05.55, p. 5017. Ementário vol. 209-01, p. 272. Relator Ministro RIBEIRO DA COSTA. Julgamento da 1ª turma em 02.12.1954. Unânime.”

7. Em matéria estritamente fiscal, o princípio da igualdade é chamado com enorme constância. Exemplo do que falo é a Súmula nº 569, do Supremo Tribunal Federal, que dizia: “É inconstitucional a discriminação de alíquotas do Imposto de Circulação de Mercadorias nas operações interestaduais, em razão de o destinatário ser ou não contribuinte.”



Em meu entendimento, esta Súmula pode permitir forte questionamento, em face do previsto no art. 155, § 2º, inc. VII, que diz: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)§ 2º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior atenderá ao seguinte: (...) VII- em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual (*em regra geral, igual ou menor do que a interna – inc. VI*), **quando o destinatário for contribuinte do imposto**; b) a alíquota interna, **quando o destinatário não for contribuinte dele**”.

Portanto, nos dias atuais, embora os problemas possam surgir com outras fisionomias, ele continua a existir.

E, por isto, merece realce JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, quando diz que, sem isonomia, não há segurança.(Princípio da Segurança Jurídica ..., obra citada).

A isonomia diz respeito, insisto, ao dia-a-dia do indivíduo. Mexe com o carro que ele vai usar, com o emprego que ele pode ter, com o que vai deixar para os seus filhos após a sua morte, etc.

Enfim, interfere em toda a vida do cidadão.

Voltando ao que disse anteriormente. A verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente aos desiguais, na medida da desigualdade.

Por isto, é de estupenda importância tentar fixar critérios de comparação, que serão relativos, pois apenas se compara o que não é absolutamente igual em todos os aspectos.

5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES

De início, é preciso saber o que deve ser desprezado e o que deve ser levado em conta. É necessário adotar critérios previamente definidos, de modo a não violentar o princípio da segurança jurídica.



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



De fato, mesmo diante da mais profunda divergência, encontram-se escondidos pontos comuns.

Mas não é suficiente uma justiça formal. Por ela, bastaria que os seres de uma mesma categoria fossem tratados da mesma maneira e modo.

No entanto, é escolhendo o que é relevante, que se chega a uma igualdade de natureza formal; cumprindo-se, com isto, um primeiro passo.

Esta teria por pressupostos os seguintes:

1. dissemelhança relativa entre os seres;
2. possibilidade de comparação através de critérios;
3. variação histórica, de caráter valorativo, dos critérios.

Tenho o entendimento de que será a Constituição de cada País que elegerá os critérios do Estado. E serão os intérpretes que terão a missão de conferir aspectos concretos ao que foi definido.

Em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da atual Constituição do Brasil), aquilo que é de fundamental não pode permanecer sendo visto como uma simples limitação às ações do Estado (**legalidade-isonômica**), pois deve assegurar a dignidade dos indivíduos e o desenvolvimento de suas personalidades. Como se vê, tudo passa pela educação.

Não são suficientes programas não cumpridos, e, muito menos, violadores de direitos adquiridos.

O Estado não deve ser neutro à miséria, ao menos porque ela enfraquece o consumo e limita o crescimento econômico e o desenvolvimento da riqueza da nação.

Não basta o Estado neutro do liberalismo econômico.



Nem, muito menos, o Estado de Polícia³²⁷, que é algo insatisfatório; está superado, como é fácil concluir de INAKI AGIRREAZKUENAGA, que ensina que, em um Estado deste tipo, só as relações entre particulares é que estão sujeitas a normas vinculantes. O mesmo não ocorreria no campo do Direito público, pois nada deveria interferir na *boa marcha da coisa pública*.

É o autor referenciado: “*Como é sabido, no chamado Estado de Polícia só existem normas vinculantes no âmbito do Direito que regula as relações entre particulares, isto é, no Direito privado, já que, no Direito público, a ‘polícia’ se converte em um instrumento sistemático para alcançar a finalidade do Estado, cifrada oficialmente na consecução do que chamaríamos interesse geral ou textualmente ‘a boa marcha da coisa pública’ (...) ou, como ironicamente expressa NIETO, a polícia será o ‘meio técnico de intervenção administrativa que assegura a felicidade dos indivíduos que a vivem’*”³²⁸.

Ora, os enormes valores arrecadados pelo Estado contemporâneo, especialmente no campo dos tributos, devem combater o baixo nível de vida, com as suas repercussões negativas, sem, contudo, violar os limites constitucionais.

³²⁷ O exagero do uso dos diferentes tipos do poder de polícia, retirando, todos eles, a sua legitimidade do poder do Príncipe, fez com que, certos autores, apelidassem a esse período da História, de Estado de Polícia. Sobre isto, merecem ser reproduzidas as idéias de FERNANDO GARRIDO FALLA (Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II, 11ª ed.. Madri. Ed. Tecnos. 1992, p. 127). Ele, em linhas gerais, disse que, no começo do século XV, a polícia funcionava como uma atividade referente à prosperidade e à segurança pública. Em 1415, nas Ordenanças reais francesas, falava-se em disposições como aquela que defendia a polícia enquanto algo exemplar para a guarda dos bens públicos. Ocorre que, no final do século XV, este termo passa à Alemanha com um sentido mais amplo, para designar, possivelmente, toda a atividade estatal. Este conceito amplo veio a sofrer ao largo da sua evolução uma série de restrições. Em primeiro lugar, há de se ter em conta que, na Alemanha, depois da Reforma, os Príncipes tinham simultaneamente poderes temporais e espirituais. Esta dualidade de competências provocou uma primeira exclusão no conceito de polícia: só os assuntos civis eram entendidos como incluídos no conceito. Em meados do século XVII, produziu-se uma segunda restrição. Uma série de assuntos estavam por conta dos Tribunais, ficando regidos pelo princípio da legalidade, havendo, assim, a possibilidade de se recorrer a uma instância judicial independente. Ficando, portanto, assuntos resolvidos sem o Príncipe. Era a distinção entre administração e justiça.

³²⁸ AGIRREAZKUENAGA, INAKI. La coacción administrativa directa. Madri. Ed. Civitas, 1990, p. 37. A tradução é minha.



Por isto, tenho comigo a importância do direito tributário, que, se não é um direito dos contribuintes, também não deve estar, exclusivamente, a serviço de um Estado neutro às vicissitudes da população.

Não basta a igualdade formal de um liberalismo clássico. É preciso tentar uma igualdade econômico-material, mesmo que em doses homeopáticas.

No caso do Brasil atual, a própria Constituição traz o seu elenco de critérios relevantes. E, como estou defendendo desde o início; sem isonomia, não há segurança.

É preciso que a lei, e a sua aplicação, seja isonômica.

Os critérios de contraste que defendo são:

1. proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei;
2. dever de distinguir segundo o critério básico, em direito tributário, da capacidade contributiva³²⁹;
3. atenuação das grandes diferenças econômico-materiais pela progressividade da tributação;
4. afastamento do critério da capacidade contributiva por outros critérios de comparação que componham um prévio planejamento de uma política desenvolvimentista. (extrafiscalidade)

Todos estes são elementos de possível aplicação em um certo momento histórico e em um mesmo Estado. Os seus efeitos dependerão não apenas das normas que os consagram, mas também do intérprete (administrador ou juiz) e da sociedade.

Veja-se cada um deles, a partir de agora.

³²⁹ Constituição do Brasil. “Art. 145. (...) § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”



1. Proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei.

A segurança jurídica não se choca com o Estado Democrático.

Quando se fala em igualdade perante a lei (art. 5º, “caput”, da atual Constituição do Brasil), trata-se, antes de mais nada, da exigência de lei que não autorize o arbítrio, havendo, também, a necessidade de uma aplicação que não se enfraqueça perante o casuismo decorrente dos fatores concretos do Poder.

Os instrumentos para enfrentar esta difícil batalha estão dispostos. São, como exemplo: o direito de petição aos poderes públicos e o de obtenção de certidões sem o pagamento de taxas (art. 5º, inc. XXXIV); a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV); a inexistência de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, inc. XXXVI); o devido processo legal e o devido procedimento administrativo (art. 5º, inc. LIII e ss.); a assistência judiciária gratuita integral aos mais pobres (art. 5º, inc. LXXIV) etc.

Assim, quer me parecer de relevo MONTESQUIEU, que, no seu “*Do Espírito das Leis*”, leciona que é preciso distribuir o poder, de modo que ele não provoque temor.

De que adiantaria ter os instrumentos se a experiência vivida naquele Estado ensinasse a dele ter medo.

Eis o Barão de *La Brède et de Montesquieu*: “Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo então perecerá, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares.” (MONTESQUIEU. Obra citada. 1990, p. 133)



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



Enfim, ao invés de impor o medo, a responsabilidade das autoridades públicas, e particularmente das judiciais, é a de fazer aplicar o ordenamento jurídico, sem timidez ou interpretações restritivas.

Como venho defendendo, o ato de aplicação das normas não é um mero momento lógico, pois possui o decisivo caráter de lógica preferencial. Daí, com mais razão, a importância da publicidade dos atos de poder.

Será pela motivação pública que se saberá o momento de não distinguir. E não há discricionariedade que não possa ser fundamentada em público.

No campo tributário, que é o que mais detidamente analiso, são verificados traços bem marcantes.

São considerações constitucionais:

1. a igualdade entre as pessoas políticas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – Constituição do Brasil. Arts. 18, “caput”; 151 e incs.; 152;
2. a igualdade entre os contribuintes dotados de mesma capacidade econômica, sendo irrelevantes raça, sexo, cor, idade, ocupação profissional ou função exercida (parlamentares, magistrados, militares etc.) – Constituição do Brasil. Arts. 3º, inc. III; 150, inc. II; 145, § 1º.

Aqui, também cabe a lembrança de que a Revolução Francesa, de 1789, também foi decorrente do fato de os nobres, o clero e os militares não pagarem os impostos; o que é uma violência contra a isonomia entre os indivíduos.

É bem verdade que ainda podem existir aqueles saudosistas a concordarem com a resposta, absolutamente superada, do Bispo de Sens, de que o costume antigo era o de que o povo contribuísse com os seus bens, a nobreza com o seu sangue e o clero com as suas preces.

Neste estágio da argumentação, reservei espaço para buscar auxílio em um dos maiores administrativistas brasileiros, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.



O livro, de cujo texto farei a transcrição, li, de um só fôlego, na primeira oportunidade que viajei para São Paulo. Trata-se do *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*.

Nele, destaca-se o prestígio das normas constitucionais quer em relação àquelas que lhe são inferiores, quer em relação à tarefa de aplicação do ordenamento.

Uma norma deve repousar em critério compatível com aquilo que regulamenta. Um exemplo do que falo: não se deve tributar a propriedade de um imóvel urbano com base no valor dos rendimentos totais das diferentes atividades do seu proprietário. Além do que, uma norma não deve singularizar destinatários, salvo se a justificativa para isto encontrar escora na Constituição.

É o que, metodicamente, conclui CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: *“Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I- a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; II- a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial; III- a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; IV- a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; V- a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1984, ps. 59-60)

2. Dever de distinguir segundo o critério básico da capacidade contributiva.

Entre os critérios comparativos, um dos que mais me chamam a atenção, há algum tempo, é o da capacidade contributiva.



Este critério já havia aparecido na Constituição de setembro de 1946, mais precisamente no art. 202, que dizia: “Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.”

Este dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que foi um marco no Direito Tributário do Brasil, pois é havida como aquela que principia um verdadeiro sistema tributário nacional.

Embora tenha sido revogada a sua formulação expressa, foi considerado implícito na Constituição de janeiro de 1967, e na Emenda nº 01, de outubro de 1969.

Agora, na Constituição de outubro de 1988, ressurge no art. 145, § 1º, já citado anteriormente.

O mandamento parece simples e necessário: deve-se buscar um sacrifício o mais possível igual para todos, respeitando as diferenças de cada um.

As imunidades existentes³³⁰ devem ter presença constitucional, pois só a Constituição pode fixar exceções³³¹. Outras formas, eventualmente, desonerativas (isenção,

³³⁰ Constituição do Brasil. São exemplos de imunidades: Art. 150, inc. VI: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI- instituir impostos sobre: a) patrimônio, rendas ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.” Art. 153, § 2º, inc. II (**este dispositivo foi revogado pelo art. 17, da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que modifica o sistema de previdência social brasileiro**): “Compete à União instituir impostos sobre: (...) § 2º. O imposto de renda e proventos de qualquer natureza (...) II- não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadorias e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho. e § 4º. O imposto sobre a propriedade territorial rural terá as suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel. Art. 155, inc. X: O ICMS “não incidirá: a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar (Lei



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



alíquota zero, não incidência) também precisam lidar com a justificativa pelos princípios constitucionais, lembrando que a regra é a da obediência à capacidade de cada um de contribuir com todos (princípio da solidariedade, art. 3º, inc. I, da atual Constituição do Brasil).

Assim, entendeu a Constituição do Brasil, de outubro de 1988, que pessoas com idade superior a sessenta e cinco anos, e com renda exclusiva do trabalho (*hipótese que foi revogada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 – modifica o sistema de previdência social brasileiro*), ou que pequenas glebas rurais exploradas por proprietário que não possua outro imóvel, embutiam uma importância superior à da obediência estrita à capacidade contributiva.

São opções como estas que justificam falar em extrafiscalidade, pois, às vezes, a importância da arrecadação cede frente à importância da desoneração.

De fato, são perfeitamente compatíveis a necessidade de arrecadação com predicamentos de resguardo do mínimo indispensável a uma existência digna para o contribuinte e para sua família, bem como a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País (Constituição do Brasil, art. 151, inc. I).

Complementar nº 65, de 15.04.91); b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”. Art. 184, § 5º: “Art. 184. (...) § 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.” etc.

³³¹ Contudo, veja-se o art. 150, inc. VI, al. “d”, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988, que registra: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI- instituir impostos sobre: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.” Surge, então, a pergunta: o dicionário eletrônico, uma espécie de caneta com sensor ótico para escanear palavras em português e traduzi-las automaticamente para o inglês e vice-versa, deverá ter o mesmo tratamento tributário dos livros impressos em papel? Em situações como tais, há quem defenda a tese de que a Constituição tornou imune a impostos não o “livro-objeto”, mas o “livro-valor”, como um instrumento do saber, ensino, cultura, pesquisa, divulgação de idéias. Assim, o suporte físico e a aparência não interessam, desde que se revele os valores imanescentes do livro. Sendo o dicionário eletrônico, basicamente, um dicionário de idiomas, faria jus à imunidade. (Relator VILSON DARÓS, Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região).



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



Atente-se para o que diz o art. 151, inc. I: “Art. 151. É vedado à União: I- instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País”.

Note-se que este dispositivo não é justificativa para a má utilização destes recursos, cabendo investigar o motivo dos desvios de finalidade, e, acaso apurada alguma irregularidade, é de todo necessário a punição dos responsáveis.

Mas, direito violado, não deve ser direito modificado. É preciso combater a violação.

Além do mais, o respeito ao princípio da capacidade contributiva, de modo algum, deve prejudicar a possibilidade de novos investimentos, nem o desenvolvimento do exercício das atividades econômicas. Antes pelo contrário, está implícito o comando em sentido diverso.

Vale salientar que foi, exatamente, este caráter patente, que provocou a rejeição de várias Emendas, apresentadas ao Projeto da atual Constituição, que buscavam deixar ainda mais clara esta evidência. Exemplo do que digo, são: Emenda nº 14.325, de 13.08.87, Autor: OLAVO PIRES – PMDB.RO; Emenda nº 17.278, de 13.08.87, Autor: PAULO ROBERTO CUNHA – PDC.GO; Emenda nº 19.987, de 13.08.87, Autor: ROBERTO BALESTRA – PDC.GO; Emenda nº 30.082, de 04.09.87, Autor: ROBERTO BALESTRA – PDC.GO; Emenda nº 31.208, de 04.09.87, Autor: PAULO ROBERTO CUNHA – PDC.GO. etc.

Pois bem. Dentro do item *Dever de distinguir segundo o critério da capacidade contributiva*, considero de especial destaque dois assuntos, a saber: a vedação ao confisco mediante a graduação tributária e o tema da família.

A respeito deles é que passarei a comentar a seguir.

Sobre o confisco e a graduação tributária.

Não é apenas um exercício de lógica o que se falará logo adiante.



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



Quando se defende a obediência ao princípio da capacidade contributiva, está-se, também, a defender a vedação ao confisco. No entanto, se, simplesmente, estiver-se a propugnar pela proibição do confisco, isto não traria, em suas linhas, o respeito à capacidade contributiva.

É, perfeitamente, possível o Estado não confiscar, mediante a utilização do tributo, e, mesmo assim, não atender à capacidade contributiva dos cidadãos.

Como vem sendo advertido, a igualdade consiste em identificar a medida da desigualdade, para, só então, tratar aos diferentes de maneira diferente, e na medida da diferença.

A vedação ao confisco não compara. A graduação pela capacidade contributiva sim. Ela toma o seu fundamento na comparação.

É incompleta a proibição ao confisco, se posta isoladamente.

Em um Estado democrático, não se pode ficar satisfeito com isto. É preciso ir além.

É preciso ir em busca das possibilidades de cada cidadão de contribuir com o Estado.

Lembro, aqui, de que, quando da aplicação das sanções penais de perda de liberdade, tem o Judiciário, em suas mãos, critérios para a fixação da pena. Entre o máximo e o mínimo cominado, são verificadas pena-base, critérios atenuantes e agravantes e causas de aumento e de diminuição de pena.

Ora, se assim é possível quando se fala em perda de liberdade, porque não o seria em relação ao avanço do Estado na propriedade do cidadão.

Considerando esclarecido que não basta evitar o confisco para atender à justiça, lanço mão de duas perspectivas:

1. é preciso respeitar o mínimo vital. O Estado não apenas não pode retirar o mínimo indispensável à habitação, ao vestuário, à alimentação, ao tratamento médico; como



também, acaso sequer este venha a existir, tem de adotar políticas públicas assecuratórias destas necessidades;

2. é preciso tentar medir a capacidade contributiva.

Quanto ao respeito ao mínimo vital, considero que seja algo que esteja protegido no próprio direito constitucional à vida. É uma decorrência direta assegurada em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da atual Constituição do Brasil). Sem isto, não é possível falar em liberdade. Absolutamente, poética é a afirmação de que há liberdade, mesmo vivendo debaixo de uma ponte.

Esta afirmação foi feita por ANATOLE FRANCE (*Le Lys Rouge*. Paris, 1894, p. 117).

De fato, afirmações como esta, fazem-me lembrar de um comentário para o qual merece ser dada a devida atenção: “*É um fato que propiciar direitos ou salvaguardas políticas contra a intervenção do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição: esses homens precisam de instrução ou de cuidados médicos antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade mais ampla.*” (*Quatro Ensaaios sobre a Liberdade*. Brasília. Ed. Universidade de Brasília. 1981, p. 138).

O respeito ao mínimo vital deve assegurar dois *status*, a saber:

1. *status* positivo.

Como um direito fundamental irreduzível deve ser garantido pelo Estado através de subvenções e de auxílios de toda espécie a instituições de educação e de assistência social.

Em situações de calamidade pública, ou em caso de desenvolvimentos de programas de assistência à população carente, tem o Estado a obrigação de garantir agasalhos, alimentos, remédios, merenda escolar, etc.



No Brasil, a carência é tão grande, que os programas assistencialistas terminam por constituir as principais metas de alguns governos.

Mas não basta entregar o peixe, é também necessário ensinar a pescar. O Estado precisa apresentar programas de profissionalização e acompanhamento do indivíduo no ingresso no mercado de trabalho.

2. *status* negativo.

Isto é de peculiar relevância.

A Constituição de setembro de 1946 o previa no art. 15, § 1º: “Art. 15. (...) § 1º. São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.

RUI BARBOSA chegou a fazer especiais referências sobre este assunto, defendendo, como não haveria deixar de ser, a intributabilidade. A equidade, segundo ele, impedia a imposição fiscal. (Relatório do Ministro da Fazenda. Obras Completas, v.. XVIII, 1891. Tomo III. Rio de Janeiro. Ministério da Educação e Cultura – MEC. 1949, p. 62).

Note-se que a identificação da ausência de capacidade econômica não é algo reservado para os quase miseráveis, e, por isto, de *impossível* realização.

A Constituição do Brasil, no art. 192, § 1º, também a dispôs enquanto requisito exigido para a autorização de funcionamento de Instituições Financeiras, Estabelecimentos de Seguro, Previdência e Capitalização.

É o art. 192, § 1º: “Art. 192. (...) *A autorização a que se referem os incisos I e II (aquelas que eu já indiquei) será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos direitos tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.*” (grifei)

Portanto, o trabalho de aferibilidade é uma tarefa conjunta do legislador, da administração; e, sobretudo, do Judiciário.



Enfim, é preciso que se encontre critérios de aferição da pobreza que não humilhem os pobres.

Pela pesquisa que venho fazendo, encontrei alguns indícios, que podem ser de alguma valia nesta difícil construção assecuratória de direitos.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, admitindo a dependência econômica da mãe em relação ao filho, mesmo estando vivo o marido aposentado pela Previdência Social, adotou, como base de argumentação para aferir o estado de pobreza, o fato de o chefe de família (uma expressão atualmente ultrapassada nos atuais termos do Código Civil brasileiro) ganhar apenas um salário-mínimo; e, portanto, não ser dotado de capacidade econômica para manter a própria família. (Acórdão unânime nº 55.702. Rio de Janeiro. 4ª Turma. 01.08.80, votação unânime. DJU 06.08.80 e Acórdão nº 85.287. São Paulo. 1ª Turma. 27.09.84. Votação unânime. DJU 04.10.84. Revista do Tribunal Federal de Recursos vol. 155, p. 199).

Em meu entendimento, como já venho defendendo anteriormente, para a consideração fiscal não deve haver apenas um salário-mínimo, pois o mínimo é variável em razão de certos fatores, como, por exemplo, o número de membros da família. Estes fatores, segundo a minha leitura do art. 7º, inc. IV³³², da atual Constituição do Brasil, deveriam ser nacionalmente unificados e fixados.

Assim, o salário-mínimo, fixado pelo Governo, seria como uma espécie de piso para a computação das circunstâncias próprias ao caso concreto. Nele, devem ser considerados: o valor da cesta básica e do aluguel médio em bairros populares na região, o valor médio dos gastos com transportes e de material escolar despendido com os membros da família, etc.

Enfim, todas as necessidades apontadas no inc. IV, do art. 7º, da atual Constituição do Brasil, precisam ser consideradas, em seu valor médio (acaso já não sejam supridas pelo Governo), segundo o instituto oficial de estatística (que pode ser o mesmo que mede a

³³² Constituição do Brasil “Art. 7º. (...) IV- salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”



inflação todo mês), a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Pois bem, respeitado o mínimo vital, ainda se faz necessário tentar medir a capacidade contributiva para além disto.

Sobre este assunto, faço lembrar de KARL POPPER, que, em seu *Conhecimento Objetivo*, dizia sobre a importância da audácia intelectual para enfrentar problemas difíceis, e sobre a efetiva possibilidade de erro que este comportamento encerra: **“o ideal de evitar o erro é um ideal pobre; se não tivermos a ousadia de abordar problemas difíceis em que o erro seja quase inevitável, o conhecimento não aumentará. De fato, são as teorias mais audazes, inclusive as erradas, as que nos ensinam. Ninguém está livre de cometer erros; o importante é aprender com eles.”**³³³

Os critérios que tentarei apontar, evidentemente, não são absolutos; mas se, em alguma proporção, afastarem uma perturbadora sensação de perda injusta, estará cumprida a tarefa.

Imagine-se duas pessoas com uma mesma renda mensal. Mesmo assim, elas podem ter capacidade diversa para o consumo. Isto ocorreria se, por exemplo, uma delas, sendo filha de família rica, não precisasse contribuir para o sustento da casa, apenas provendo os seus próprios gastos.

A despeito disto, a renda pessoal poderia ser vista como um critério de medida da capacidade econômica de um indivíduo. Notoriamente, embora, não possa ser um critério isolado.

Outra situação. Compare-se duas pessoas de mesma renda pessoal, mas com patrimônios líquidos diferentes.

Ora, o poder econômico adicional precisa ser considerado.

Logo, com dois exemplos, conseguiu-se encontrar três critérios: o da renda pessoal, o do consumo e o do patrimônio.

³³³ POPPER, KARL. *Conocimiento Objetivo* (a tradução é minha). 24ª ed. Tecnos. Madrid, 1982, p. 176.



A própria Constituição do Brasil, de outubro de 1988, propôs, praticamente, estes critérios na parte final do § 1º, do art. 145; ou seja, ela estabelece que se identifique: o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Logo, é um equívoco adotar a renda líquida pessoal como o único índice.

Além do que, é inescandível que o conceito de renda apresenta-se extremamente problemático (ganhos de capital, doações, heranças etc). A renda, isoladamente, é critério de medida incompleto da capacidade econômica. Afora o fato de que não atende o que foi previsto na Constituição.

Também o patrimônio é de ser encarado com relatividade.

Chega a ser comum se pensar em alguém que venha a ser detentor de um patrimônio considerável, mas que não disponha de renda suficiente no momento da cobrança fiscal; o que poderá provocar a necessidade de desfazimento dele. É o caso de viúvas que herdaram mansões, e que não têm como pagar o imposto relativo às mesmas.

Falta-lhe liquidez patrimonial, a capacidade imediata do pagamento.

Mas não é por isto que se deve abrir mão deste critério, afinal a graduação do tributo pelo patrimônio tem o mérito de desestimular a propriedade improdutiva, e, deste modo, promover o desenvolvimento econômico, sendo um objetivo fundamental da República brasileira a promoção do desenvolvimento nacional (Constituição do Brasil, art. 3º, inc. II).

Sobre o consumo, tenho como adequado a utilização deste critério para os chamados impostos reais, sendo oportuno utilizá-lo nestes casos, onde o que se considera diretamente é o bem consumido.

Como se vê, a idéia de um imposto único é de difícil aproximação da verdadeira isonomia fiscal; pois é necessária a adoção de vários critérios, e um só imposto não atingiria todos eles.

Tratando deste assunto, um Deputado brasileiro, do Rio Grande do Norte, Deputado FLÁVIO ROCHA, antes da adoção do Imposto Provisório sobre Movimentações



Financeiras (IPMF)³³⁴, que deu origem à atual Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), levantou os seguintes problemas: I- as pessoas terminariam restringindo-se a endossar os cheques que recebessem, cabendo toda a carga fiscal (em cascata) àquele que fosse descontá-lo; II- como um tributo cumulativo, seria inflacionário; III- recairia, integralmente, sobre os consumidores; IV- nenhum País adota esta prática, o que implicaria um salto no escuro; V- as pessoas carregariam consigo dinheiro em espécie, o que incentivaria, ainda mais, os assaltos em tempos de “arrastões”.

Firmando o meu entendimento sobre o assunto, tenho para mim que o que mais importa não é o número de tributos (em que pese a burocracia para sustentá-los), mas a efetiva distribuição da carga tributária.

Enfim, continuando a falar sobre a necessidade de medir a capacidade contributiva, e, com isto, promover a aproximação de uma lei mais isonômica (segurança e justiça), devo falar, agora, do *redditometro*.

Isto mesmo, *redditometro*, ou um medidor de renda.

Ele consiste na projeção, por computador, da renda de uma pessoa, com base em sua propriedade e no seu custo de manutenção.

Obtido o resultado, passa-se a compará-lo com a declaração de renda do contribuinte.

Acaso a renda projetada ultrapasse a renda declarada em mais de 25%, o contribuinte seria chamado para justificar-se.

Pode-se dizer que isto não é uma novidade, que o Governo italiano já utilizou este método para apanhar sonegadores, etc.

³³⁴ A idéia lançada, originariamente, era a de instituir o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF) como único, embora com uma alíquota maior do que aquela que foi fixada. Na realidade, passou a ser mais um. O IPMF foi criado pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, art. 2º, com uma alíquota que não poderia exceder a vinte e cinco centésimos por cento (0,25%), e vigência até 31.12.94.



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



Ocorre que, atualmente, a informática dá passos cada vez mais largos, e é preciso utilizá-la, também, de modo a se conseguir compatibilizar segurança e justiça.

Mais. No momento em que são enviados os questionários, inclusive para os eventuais suspeitos de sonegação, isto pode vir a intimidá-los. E, mais pessoas pagando tributos, implica em menor carga tributária.

É claro que este sistema, ou um mais desenvolvido, não deve afastar a utilização de outros; mas pode ser um aliado.

Pelo que pude observar, basicamente, o que se indaga, nos questionários, são informações sobre o tamanho das casas, a natureza das propriedades dos respondentes, a quantidade e os tipos de automóveis ou motocicletas que possuem etc. Além de perguntar-lhes sobre a posse de bens suntuários: hiates, helicópteros, aeroplanos. E, para os padrões brasileiros, pasme-se: se possuem empregadas (os) domésticas (os).

Entre os itens, são indicados escores que variam de 1 a 10. Cada item tem o seu peso específico.

Os únicos itens que têm peso 10 são as apólices de seguros e os prêmios de seguro de vida, o que, naturalmente, merece alguma reflexão.

Parece que o raciocínio é o de que é aí onde os sonegadores mais ficam expostos: quando se trata das suas próprias vidas e das suas famílias.

O consumo de eletricidade também pode vir a ser um outro elemento a ser utilizado, de modo a avaliar a retidão das informações sobre o tamanho das casas e os seus níveis de conforto.

É preciso, ainda, tentar cruzar as novas informações com as anteriores, de modo a confirmar os registros existentes.

Ora, parece evidente que à medida em que o Estado busca desenvolver-se, sem ampliar a sua burocracia, naturalmente, os sonegadores também devem ter o mesmo objetivo.



No entanto, quero crer que se o Estado pode esforçar-se para desenvolver técnicas mais justas de tributação, visando, inclusive com isto, reduzir a sonegação, é do seu dever fazê-lo.

Sobre a família.

Na Constituição atual do Brasil, mais particularmente o art. 7º, inc. IV, ficou predicado um salário-mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família. A isto, acresceu-se a irredutibilidade salarial, no inc. VI, do mesmo artigo.

A mesma Constituição atribuiu à família a especial proteção do Estado, dizendo no art. 226: “Art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*”

Foi além, determinando que a lei facilitasse a conversão do concubinato em casamento, quando, no § 3º, do mesmo art. 226, fez registrar: “§ 3º. *Para efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*”

Ratificou o dever de assistência aos filhos pelos pais, dizendo no art. 229: “Os pais *têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*”

Estabeleceu, ainda, que o planejamento familiar ficava à livre e consciente decisão do casal, mas que competia ao Estado propiciar os recursos adequados à manutenção dos princípios da dignidade da pessoa humana.

É o que se retira do art. 226, § 7º: “§ 7º. *Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos adicionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*”

Portanto, não há outra conclusão senão aquela de que o fato de ter família não pode servir para agravar a carga tributária. Se assim não o fosse, estaria havendo uma quebra de confiança. Uma violação ao princípio da segurança jurídica.



No entanto, chegou a existir Projeto de Lei Complementar, encaminhado ao Congresso Nacional no início de 1990, onde constava que se o casamento tivesse ocorrido no regime de comunhão de bens, os cônjuges seriam tributados em conjunto.

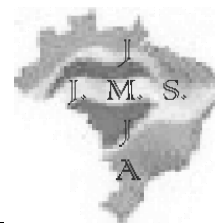
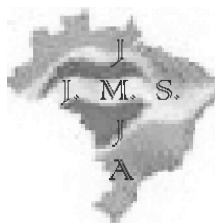
Assim, em face da progressividade das alíquotas do imposto de renda, cometeria-se o absurdo de desprestigiar o casamento em uma Constituição que, declaradamente, o estimula.

Por todo o exposto, defendo que a lei do imposto de renda não deveria limitar o número de deduções por dependentes, nem tampouco ignorar os gastos com educação e plena assistência devida aos filhos.

Sobre este assunto, vale destacar JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA, quando suscita a reflexão sobre o fato de que um imposto não deve visar tão somente uma fria arrecadação de valores para o Estado, precisando levar em conta as peculiaridades das situações pessoais dos contribuintes, tal como, por exemplo, a análise do que merece ser deduzido do pagamento.

Nas suas palavras: “A Lei nº 7.713/88, pretextando transformar o imposto de renda das pessoas físicas num imposto real, isto é, preocupada exclusivamente com o quantum a arrecadar, deixando para trás as suas tradicionais características de imposto pessoal, moldado às condições individuais de cada contribuinte. Por outro lado, embora a Lei nº 8.134/90 tenha restabelecido algumas deduções de despesas importantes para o cômputo da renda líquida dos contribuintes (v.g. a dedutibilidade das despesas de saúde e de previdência oficial e das necessárias à manutenção da fonte produtora, como o livro-caixa dos profissionais sem vínculo empregatício), não restabeleceu as demais deduções, e, inconstitucionalmente, diferiu no tempo (para 1992) o exercício do direito de deduzir o que acabara de reconhecer. Se era clara a inconstitucionalidade da Lei nº 7.713/88, por impedir deduções, mais evidente agora é a inconstitucionalidade da Lei nº 8.134/90, ao procrastinar o exercício do direito que foi levado a reconhecer.”³³⁵

³³⁵ OLIVEIRA, JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE. Aspectos práticos – aplicações concretas. V Congresso Brasileiro de Direito Tributário. IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial. Separata da Revista de Direito Tributário. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991, ps. 225-226.



3. Atenuação das grandes diferenças econômico-materiais pela progressividade tributária.³³⁶

Em uma certa oportunidade, realizando a leitura de uma matéria tributária no Jornal Folha de São Paulo, vi algo que me parece bastante apropriado àquilo que pretendo falar.

Era um trecho de uma coluna do jornalista LUÍS NASSIF, a respeito de IVES GANDRA, um conhecido tributarista brasileiro.

Dizia o jornal, ao tecer uma comparação simbólica entre as rodelas em um prato de pães e as moedas de uma renda, para concluir pela ética e justiça tributárias encerradas no princípio da progressividade.

Uma suma da matéria: *“Mais de dez anos atrás, quando começou o questionamento das práticas adotadas pela Receita Federal, o colunista conheceu um jurista, de nome HENRY TILBERY, apresentado a ele por um colega de escritório que tratava-lo como a um mestre. Através da leitura dos livros de TILBERY, tomou contato com as discussões teóricas sobre justiça tributária que acabaram permitindo à cultura universal e à ciência tributária incorporar um conceito de profundo conteúdo ético, chamado de progressividade dos tributos. Coloquem-se duas pessoas com fome frente a um prato cheio de rodelas de pão, dizia o exemplo. As primeiras rodelas servirão para saciar sua fome. As rodelas seguintes, para degustação. Se houver mais rodelas no prato, sua importância será mínima, possivelmente ficarão no prato ou serão servidas ao cachorrinho da família. Como as primeiras moedas de uma renda servem para satisfazer necessidades básicas, têm que sofrer uma tributação mais baixa. À medida em que a renda aumenta, as moedas seguintes passam a ser cada vez menos essenciais, ficando expostas a uma tributação progressivamente maior.”*

E colmatou o jornalista pela possibilidade de a ética e a eficiência caminharem juntas: *“Essa discussão subverteu completamente o conceito convencional de igualdade, ajudando a conferir conteúdo ético e legitimação social aos sistemas tributários – sem*

³³⁶ De fato, uma alternativa à progressividade de modo a evitar grandes variações de alíquotas, que estimulariam a evasão, seria a criação de impostos especiais a gravarem certas atividades, como a da produção de bebidas alcoólicas.



retirar eficiência da economia. O colega de escritório, a quem até hoje o colunista é grato por ter-lhe proporcionado o indizível prazer de conhecer as idéias e a pessoa de HENRY TILBERY, era o advogado IVES GANDRA DA SILVA MARTINS.”³³⁷

Mas não se pense que a progressividade dos tributos, como um veículo de justiça, seja uma unanimidade. Há quem diga exatamente o contrário, considerando que o mundo é naturalmente selvagem e obscuro, e a progressividade apenas estimularia a construção de práticas evasivas, comportando um conteúdo desincentivador da economia. Lembra-se também de que a grande maioria do capital continua a ficar em casa, precisando os países emergentes e pobres pensar em caminhar com as suas próprias forças.

Nas palavras de ROBERTO MANGABEIRA UNGER: “O estudo comparado da tributação e do gasto público revela fato chocante. *Há relação quase inversa entre justiça dos sistemas tributários no papel e o êxito de cada um deles em financiar o gasto social capacitador e igualizador. Onde há mais redistribuição de fato, como na França, a tributação indireta e ‘injusta’ do consumo serve como fonte principal da receita pública.. Onde as desigualdades se agravam e o gasto social se restringe, como nos Estados Unidos, prevalece a homenagem à progressividade na tributação.*”(A Segunda Via – presente e futuro do Brasil. São Paulo, Boitempo Editorial, 2001, p. 131)

Pois é este instigante tema que vai ser, agora, objeto de análise.

A simples proporcionalidade é um princípio neutro, que teria aplicação própria em um liberalismo econômico. Basta fixar uma alíquota uniforme, que permaneceria tudo como antes.

Leave them as you find them. O direito sendo aplicado de modo a deixar as pessoas tal como as encontrou.

Isto é a proporcionalidade, que não me parece compatível com o Estado Democrático de Direito (art. 1º, “caput”, da atual Constituição do Brasil), pois implica em um Estado neutro frente às injustiças sociais.

Com a progressividade é um tanto diferente, pois à medida em que vai aumentando a capacidade do indivíduo de contribuir com a coletividade (atitude solidária,

³³⁷ NASSIF, LUÍS. Folha de São Paulo. Dinheiro. 04.06.92, p. 02-03.



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



art. 3º, inc. I, da atual Constituição do Brasil), também deve ser elevada a sua participação, mediante a aplicação de alíquotas mais altas.

Evidentemente que esta progressão não deve ser exagerada, de maneira a acarretar desestímulo e decréscimo de produtividade.

Além do mais, será preciso educação e maturidade por parte da comunidade, pois, se assim não o for, os novos preços transferirão, integralmente, a carga impositiva.

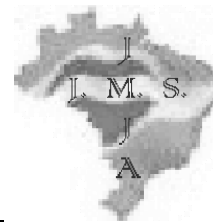
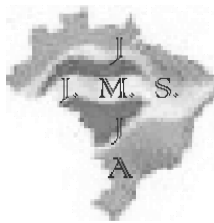
No Brasil, costuma-se dizer que quem mais paga tributo é o assalariado, pois tem o seu desconto na fonte, não sendo possível desviar-se do Fisco; ao contrário dos demais.

Pois bem, pensando nisto, e buscando a direção de uma justiça concreta, mediante o instrumento da progressividade, imaginei que devessem ser considerados aspectos como aqueles que se seguem:

- a) a renda fruto do esforço do homem, e do seu trabalho, deve ser menos gravada do que aquela obtida sem fadiga, em especulações financeiras, por exemplo;
- b) a renda auferida decorrentemente de uma condição de competência, que é fruto de anos de sacrifício, deve ser menos gravada do que aquela proveniente de privilégios e monopólios;
- c) o patrimônio proveniente de heranças, doações, loterias deve ser considerado de um modo especial, pois, em regra, são fatores gratuitos e de desequilíbrio da igualdade de oportunidades.

Enfim, respeitados postulados como estes, acredito que a tal legalidade isonômica, ou a afirmação de que sem isonomia não haverá nenhuma segurança, passa a tomar um corpo mais bem definido.

Pretendendo ter amparo para o que defendo, e sem esconder esta realidade, socorro-me em BISCARETTI DI RUFFIA, que, nas suas Instituições de Direito Público, e à maneira dos juristas ilustres, ao tratar do sistema tributário italiano, disse: “*é informado por critérios de progressividade, já que a igualdade, entendida corretamente, impõe, precisamente, que aquele que goza de rendas mais elevadas deve contribuir aos gastos*”



públicos com uma percentagem progressivamente mais alta do que os que gozam de rendas exíguas.”

Repito. O Estado não deve deixar as coisas tal como já as encontrou. Ele precisa tentar, paulatinamente, mudá-las.

Quero crer que disto muitos poucos discordam.

E não foi outra coisa que disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal CELSO DE MELLO, em seu discurso de posse na Presidência deste Egrégio Tribunal (citado anteriormente), em maio de 1997, quando afirmou que era preciso realizar a Constituição, realizar os direitos fundamentais nela contidos: *“No entanto, de nada valerão os direitos e de nada significarão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam não forem preservados e não forem respeitados pelo Poder público. A questão dos direitos fundamentais da pessoa humana coloca-se, hoje, mais do que nunca, como um ‘processo solidário’ que impõe a ‘atuação comum’ dos Poderes da República, ao lado dos grupos sociais. Pesa, desse modo, sobre magistrados, legisladores e membros do Poder Executivo, o encargo irrenunciável de se colocarem, em ação conjunta e convergente, como instrumentos de realização do compromisso constitucional que deles exige a adoção de uma clara e inequívoca posição como agentes dos direitos essenciais da pessoa humana em nosso País.”*

E arrematou pela possibilidade de toda pessoa ter direito a ter direitos, não podendo haver uma “exclusão jurídica” do rol dos cidadãos marginalizados: *“É preciso construir a cidadania, a partir do reconhecimento de que assiste a toda e qualquer pessoa uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de geração dos demais direitos e liberdades. Refiro-me a essa categoria fundamental que se traduz no reconhecimento de que ‘toda pessoa tem direito a ter direitos’. Se as formações sociais e o próprio Estado não proclamarem essa asserção fundamental, tornar-se-á inviável o acesso às demais categorias de direito e liberdades. (...) E, desse modo, o ‘rol dos excluídos, marginalizados pela iniquidade da exclusão social, será dramaticamente ampliado pelo surgimento daqueles afetados por uma perversa ‘exclusão jurídica’, estigmatizados pela impossibilidade de sequer postularem a proteção jurisdicional do Estado.”* (todos os grifos são dele)



Se, pelo menos em linhas gerais, estão de acordo com aquilo que defendo autoridades desta ordem, sinto-me autorizado a voltar a falar sobre o instrumento da progressividade.

Sobre a propriedade.

É notório que ele (princípio da progressividade) não deve invadir a esfera do confisco, mas, também é evidente, que, em confisco, só se poderá falar quando cumprida a função social da propriedade.

De logo, é de se concluir que não estou atribuindo ao direito tributário, e nem tão pouco à progressividade, uma função isolada.

Ao seu lado, existe uma gama de dispositivos constitucionais preocupados com o produtivo exercício do direito de propriedade, atendendo a uma função social que dela se espera, tal como determina, entre os tantos artigos constitucionais, os seguintes:

- a) o art. 5º, incs. XXII; XXIII; XXIV; XXV; XXVI etc: “XXII- *é garantido o direito de propriedade*³³⁸; XXIII- *a propriedade atenderá a sua função social*”; XXIV- *a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição*; XXV- *no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano*; XXVI- *a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.*”;

³³⁸ Sobre o direito de propriedade, trata o Código Civil no art. 524 a 673. No Brasil, a legislação base para a desapropriação é: Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41 (utilidade pública); Lei nº 4.132, de 10.09.62 (interesse social); Decreto-lei nº 1.075, de 22.01.70 (imissão de posse, initio litis, em imóveis residenciais urbanos).



- b) o art. 182, § 2º e 4º: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (...) § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de : I- parcelamento ou edificação compulsórios; **II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo**; III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais;
- c) o art. 184, “caput” e §§ 4º e 5º: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. (...) § 4º. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”;³³⁹
- d) o art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”;

³³⁹ Sobre a política agrícola e fundiária e reforma agrária, cito, no Brasil, como legislação de relevo: o Estatuto da Terra – Lei nº 4.504, de 30.11.64; a Lei nº 8.174, de 30.01.91, que trata dos princípios da política agrícola; a Lei nº 8.629, de 25.02.93, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária; a Lei Complementar nº 93, de 04.02.98, que é relativa ao Fundo de terras e à reforma agrária.



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



- e) art. 243, “caput” e Parágrafo Único: *“As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”* (observação: judicialmente, discutia-se se a expropriação deveria incidir sobre toda a propriedade que mantivesse o cultivo de plantas psicotrópicas, ou se apenas na área onde efetivamente estivesse o cultivo. Aparentemente, a posição que saiu vitoriosa foi aquela que optou pela expropriação de toda a propriedade, a despeito de, por vezes, avocar-se a presunção de inocência, argumentando-se pela ignorância do proprietário).

Observe-se, assim, que não é de se falar em uma missão solitária de nenhum instrumento jurídico. É preciso que atue todo o sistema.

É, aqui, onde a porção majoritária dos *quase excluídos* deveria tentar estabelecer a sua *idéia de direito*; isto para adotar a expressão utilizada por MARCELLO CAETANO, que falou, em seu *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, algo que se de um lado preocupa; por outro, fortalece um desejo de sinceridade.

É que, em havendo um campo aberto de disputa entre várias idéias de direito em uma mesma sociedade, uma delas passará como dominante. Ocorre que, mesmo esta idéia dominante, de algum modo excludente das demais, também poderia, perigosamente, ziguezaguear ao sabor das circunstâncias do poder: *“Geralmente em cada sociedade política existem várias idéias de Direito em competição, em conflito latente ou mesmo em luta aberta. Há uma porém que consegue impor-se, tornar-se a idéia dominante, ser a inspiradora do Poder político. O Poder político será então o instrumento da realização dessa idéia de Direito dominante e os governantes serão legítimos enquanto a servirem, enquanto conformarem com ela os seus actos.”*



E, continua: “É graças à intervenção do Poder político que se passa da verificação da idéia de Direito dominante, isto é, dos princípios gerais dados pela sociedade como mais adequados ao ideal de realização do Bem Comum, à obrigação de acatamento desses princípios por toda a colectividade, pois o Poder político transforma a idéia do Direito que se verifica ser dominante em regras jurídicas obrigatórias.”³⁴⁰

4. Afastamento do critério da capacidade contributiva por outros critérios de comparação que componham um prévio planejamento de uma política de desenvolvimento (extrafiscalidade).

É sabido que o sistema tributário continua, basicamente, sendo uma fonte de ingresso de receitas públicas. A principal, diga-se de passagem.

Porém, ele pode ser utilizado com outras finalidades, fundamentando-se em novas prioridades constitucionais.³⁴¹

Assim, por exemplo, quando das imunidades tributárias³⁴², atende-se a critérios como o da harmonia entre os entes políticos da Federação (art. 150, inc. VI, “a”); à

³⁴⁰ CAETANO, MARCELLO. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Tomo I-reimpressão. 6ª ed., revista e ampliada por MIGUEL GALVÃO TELLES. Coimbra. Livraria Almedina. 1983, ps. 297-298.

³⁴¹ Sobre este assunto, é recomendável a leitura de FERREIRO LAPATZA, em seu Curso de Derecho Financiero Espanol. 7ª ed.. Madrid. 1971, p. 451. Faço esta afirmação em face do artigo *Intributabilidade das Correções Monetárias / Capacidade Contributiva* - Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado, p. 144. GIARDINO, CLEBER e ATALIBA, GERALDO.

³⁴² Até o ano de 2.001, o Supremo Tribunal Federal, além do rumoroso caso do julgamento do “impeachment” de um ex-Presidente da República, colocou-se em situação de empate, ou quase isto, ao apreciar a tributação dos fundos de pensão; o que foi decidido voto a voto. No momento (27.09.2.001), o escoré era de quatro a quatro, havendo Ministros que marcavam, ou não, a posição pela tributação dos mesmos Fundos, acreditando que só a existência bem marcada do caráter assistencial é que permitira a concessão da imunidade. O “leading case” dizia respeito a um Recurso do Governo do Distrito Federal contra Aresto do Tribunal de Justiça local, que reconheceu o direito da Fundação de Seguridade Social dos Sistemas Embrapa e Embrater (Ceres) de não pagar o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Se assim o fosse, isto seria estendido, por se tratar de uma tese, e não de um caso isolado, para todos os demais impostos federais, estaduais e



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



liberdade de crença (art. 5º, inc. VI); à organização político-partidária e sindical (art. 150, inc. VI, “c”) à manifestação de pensamento (art. 150, inc. VI, “d”); o interesse social pela transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária (art. 184, § 5º); o estímulo à exportação de manufaturados (art. 153, § 3º, inc. III; art. 155, § 2º, inc. X, “a” e inc. XII, “e”) etc.

O garimpo de exemplos poderia ir bem mais longe, mas estes bastam para concluir que outros critérios constitucionais existem, que não o da obediência ao anseio de arrecadação respeitando a capacidade contributiva.

Logo, a extrafiscalidade foi consagrada constitucionalmente.

Com ela, o objetivo imediato não é o da arrecadação. Ela estimula e desestimula comportamentos, mediante uma tributação progressiva ou regressiva, inclusive utilizando formas de completa desoneração.

Com a extrafiscalidade, justifica-se uma maior ou menor agressividade fiscal; mas sempre obedecendo aos critérios constitucionais, sob pena de restar violado o princípio da segurança. É bom lembrar de que, também aqui, pretende-se chegar mais perto do objetivo, que é a justiça. E a segurança, como defendo, é um instrumento a serviço da justiça.

Fundamental é discernir entre os desvios das finalidades fiscais dos fins extrafiscais. Por isto, sempre haverá a necessidade de se apontar, na Constituição, aquilo que se pretende.

Para que isto seja feito com mais segurança, é preciso planejar o que se quer fazer.

Ora, até o cidadão comum deve planejar a sua vida. Também assim deve ser com o Estado (*Lembre-se de todo o desenvolvimento anterior sobre o Orçamento*).

São os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento que fornecerão um norte para a verificabilidade dos padrões constitucionais.

municipais. Um dos Ministros, NELSON JOBIM, esteve impedido de votar, pois, quando era deputado federal e advogado, elaborou um parecer para uma entidade de previdência privada.



Foi neste sentido que comandou a Constituição do Brasil, de outubro de 1988, a saber:

1. art. 48, inc. IV: *“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52 (assuntos de competência exclusiva e privativa do Legislativo nacional), dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) IV- planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento”*;
2. art. 165, §§4º e 6º: *“Art. 165. (...) § 4º. Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional (...) § 6º. O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”*;
3. art. 174, § 1º: *“Art. 174. (...) § 1º. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.”*

Enfim, não cabe ao Estado agir por impulso. Ele precisa planejar as suas ações com uma visão do conjunto a realizar.

Se não for assim, está-se abrindo mão do equilíbrio, e dando espaço para o arbítrio, pela falta de acompanhamento dos efeitos das isenções, anistias, remissões, subsídios, e benefícios de toda natureza.

Infelizmente, contudo, parece que só com o desenvolvimento pela educação é que a comunidade, e não apenas os poucos beneficiados, terá algum interesse por questões desta ordem.

E, para isto, acredito que ainda seja preciso passar algum tempo.

Por enquanto, temas como este terminam parecendo chatos e enfadonhos para o cidadão comum. E, daí, os privilégios e as discriminações, muitas vezes até desconhecidas.



5.3.4.2. CRITÉRIOS RELEVANTES



Ainda hoje em dia, lastimavelmente, há um curto interesse até em relação a um plano diretor municipal (art. 182, § 1º, da Constituição, de outubro de 1988)³⁴³, que diz respeito ao dia-a-dia do cidadão (altura dos edifícios da sua rua, impossibilidade de instalação de indústrias em locais reservados, abertura de grandes avenidas etc), como pude perceber quando nomeado para participar da sua elaboração na Cidade de Recife, capital de Pernambuco.

Logo, se assim o é com relação ao planejamento municipal, onde são abordadas questões bem concretas, quanto mais em se tratando de questões mais gerais, como a do planejamento regional e nacional.

É por causa destas contingências que a igualdade provável fica mais distante de uma igualdade possível.

Educação é o que falta.

Enquanto isto: isenções, anistias, remissões, subsídios, benefícios de toda ordem.

De fato, se planejamento tributário eficaz existe, estou inclinado a concordar que é o das grandes empresas, quer diretamente (impedindo, retardando ou simplesmente reduzindo o ônus financeiro do tributo), quer indiretamente (aumentando a carga financeira de um tributo que seja dedutível, ou creditável contra outro tributo).

³⁴³ Constituição do Brasil. “Art. 182. (...) § 1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”



5.3.4.3. SEGURANÇA JURÍDICA. IGUALDADE E OS SEUS CONTRAPRINCÍPIOS

“O fim e o resultado. I- O fim. Para uma visão substancial, o direito é uma realidade finalista, racionalmente ordenada a fins. A ordem jurídica não é casual, não resulta de processos como que biológicos, é normativamente ordenada para finalidades. Dissemos já que o fim do direito é o bem comum. (...) Essa finalidade impõe-se ao Estado, que deve sancionar a ordem jurídica e aprimorá-la com vista a uma consecução cada vez mais perfeita dos seus objectivos. (...) III- Uma coisa é o fim, outra é o resultado. (...) Não basta pois a origem do poder, porventura obtido por eleições regulares. Nem que estejam a ser observadas rigorosamente as regras sociais. Se a ordem jurídica deixar de funcionar para benefício colectivo e for instrumentalizada para servir interesses privados, a sua legitimidade desaparece.” (ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA. *O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 10ª ed. revista. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, ps. 213-214).

Contraprinípio?

Pode-se estar perguntando: e o que é isto?

É o que vou tentar explicar mais adiante.

De início, pode parecer bastante estranho defender-se a legalidade isonômica, dizer-se que sem isonomia não há segurança; e passar, agora, a falar de *contraprinípios* à igualdade.

Praticabilidade e seletividade. Este é o assunto a seguir.

5.3.4.3.1. PRATICABILIDADE



5.3.4.3.1. PRATICABILIDADE



Primeiramente, falo que, ao menos no Brasil, a praticabilidade não consta em nenhuma norma constitucional expressa, à exceção dos dispositivos sobre substituição tributária e seletividade, que mais adiante serão comentados.

Ocorre que as leis precisam ser viáveis, exequíveis. É necessário³⁴⁴ que haja efetividade nas normas constitucionais. Assim, todas as técnicas usadas com o objetivo de aplicar as leis podem ser enquadradas neste nome.

De nada valeria falar em lei que não fosse feita para ser obedecida. A história de que uma lei “não pegou”, difundida em larga escala no Brasil, é um absurdo incompatível com a seriedade.

Por isto, com a pretensão de tornar a lei algo concreto, o direito chega a se utilizar de padronizações, presunções, e, às vezes, ficções.

³⁴⁴ O estado de necessidade é um assunto que, obviamente, não se resume ao campo do direito penal (**Código Penal brasileiro**, art. 23, inc. I; 24 e parágrafos; 128, inc. I e 146, § 3º: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade, (...) Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. 1. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º. Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (...) Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; (...). Constrangimento ilegal - Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. (...) § 3º. Não se compreendem na disposição deste artigo: I- a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II- a coação exercida para impedir suicídio.”).

O **Código Civil brasileiro**, também, sobre ele dispõe: art. 160, inc. II: “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: (...) II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo Único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”



Já falei um pouco disto ao tratar do princípio de que a ignorância da lei não escusa o seu cumprimento (art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.42: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”).

Na verdade, estas padronizações estão distribuídas por toda a legislação nacional.

É exemplo do que digo:

- a) no Código Civil brasileiro, irá se encontrar no art. 5º, inc. I e no art. 6º, inc. I (*vide afastamento destes critérios no Código Tributário Nacional, art. 126, inc. I*)³⁴⁵: “Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I- os menores de dezesseis anos” e “Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I- os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos.”;
- b) no Código Penal brasileiro, irá se encontrar no art. 27: “Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”;
- c) no Código de Processo Civil brasileiro, irá se encontrar no art. 401: “Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário-mínimo vigente no País, ao tempo em que forem celebrados.” etc.

Em matéria tributária, os exemplos não faltam, a saber: tabelas e pautas de valores para o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA³⁴⁶) e para o imposto

³⁴⁵ No Código Tributário Nacional, art. 126, inc. I, vem disposto: “Art. 126. A capacidade tributária passiva independe: I- da capacidade civil das pessoas naturais”.

³⁴⁶ Relativamente ao IPVA – imposto sobre a propriedade de veículos automotores – duas questões bem interessantes emergiram na jurisprudência brasileira recente. São elas: a) o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de uma norma tributária do Estado de São Paulo (Lei estadual nº 6.606/89, com a redação dada pela Lei estadual nº 7.002/90) que fixou em 6% (seis por cento) a alíquota para cálculo deste imposto para quaisquer veículos importados; b) o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 152, da Constituição Federal brasileira de outubro de 1988, impede o tratamento diferenciado dos contribuintes em razão da procedência ou destino dos bens e



sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU); deduções relativas a encargos familiares em se tratando do imposto de renda e proventos de qualquer natureza etc.

Noutras palavras, embora não haja um artigo constitucional específico grafando o princípio da tipicidade, ele se encontra difuso em toda a Constituição, por esta necessidade de tornar efetiva a lei em massa.

É isto. Cada vez mais vem sendo necessária a aplicação da lei em massa.

Realmente, isto pode ser um perigo. E será o caso concreto que dirá se a aplicação da praticabilidade é inconstitucional.

De fato, no princípio da praticabilidade, poderá haver algum desprezo quanto às circunstâncias da realidade apresentada no caso concreto.

Exemplo do que digo. Um automóvel de 1988, de uma determinada marca, poderá ter diferentes valores, a depender do seu estado de preservação. No entanto, o Estado esquece a realidade, e fixa um valor-padrão (média de quilometragem rodada, conservação da lataria etc.). Se o contribuinte não reclamar, fica tudo por isto mesmo, quer o valor seja próximo do exato, ou não. Se reclamar, porquanto se considere prejudicado, já de ante mão, deve saber que irá submeter-se a uma enorme burocracia, que lhe tirará o estímulo de continuar na luta, acaso ele não esteja, realmente, decidido.

E, assim, também em relação aos tributos incidentes sobre o seu imóvel(is) urbano(s) ou rural(is). As tabelas de valores do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) fixam estimativas por média de metro quadrado do terreno ou da edificação.

serviços, e, portanto, estaria vedada a fixação de alíquotas de IPVA diferenciadas para os veículos vindos de nacionalidades distintas. Contudo, ainda remasce a dúvida de se o art. 152 apenas se refere à procedência e ao destino no âmbito interno, ou se é possível estender estas expressões para o plano internacional. Note-se que são duas questões distintas. A primeira informa que é adequado distinguir entre os automóveis importados de modo a tributá-los diferentemente. A segunda é a de se é possível fazer diferença tributária em razão dos Estados estrangeiros de procedência. É o texto do art. 152, da Constituição brasileira de 1988. *“É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de quaisquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”*



Contra isto, há quem argumente que, quando o Executivo fixa presunções, está, realmente, legislando, não podendo a lei delegar a ele algo que é da sua própria incumbência.

A justificativa que se tem para ampliar as padronizações jurídicas é a da necessidade decorrente do crescimento populacional e a da complexidade das relações econômicas e sociais, ficando impossível esgotar-se as diferenças individuais caso a caso.

A praticabilidade, como é possível notar, é do interesse da Fazenda Pública, pois evita que examine as variantes individuais de aplicação do direito.

No Brasil, são inúmeras as questões judiciais sobre o princípio da praticabilidade, que, normalmente, aparece sob o nome de substituição tributária.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Antes de esclarecer sobre este assunto bastante polêmico no Brasil, entendo que caiba apresentar um breve enquadramento sobre como é tratada a responsabilidade tributária em meu País (arts. 121, inc. II e 128 a 131, do Código Tributário Nacional).

O objetivo principal do tratamento legal da responsabilidade tributária é o da satisfação das necessidades de caixa do Estado, diminuindo a sonegação, e simplificando a arrecadação.

Ela existe, ao menos, desde a vigência do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966)³⁴⁷.

³⁴⁷ Código Tributário Nacional. “ TÍTULO II. DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. (...) CAPÍTULO IV. SUJEITO PASSIVO – Disposições Gerais. Art. 121. *Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo Único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I- contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II- responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (...) CAPÍTULO V. Responsabilidade Tributária. Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato*



Dentro da responsabilidade tributária, poderá haver a exclusão do contribuinte (substituição propriamente dita); ou o contribuinte poderá permanecer na relação, ficando o terceiro com a responsabilidade subsidiária ou solidária.

O Código Tributário Nacional distingue três tipos de responsabilidades, a saber:

- a) dos sucessores, que se subdivide em imobiliária (art. 130), pessoal (art. 131) e empresarial (arts. 132 e 133);
- b) de terceiros (arts. 134-135), que pode ser solidária, inclusive para as consequências moratórias; não incluindo, contudo, as penalidades. É, também, possível a responsabilidade pessoal de terceiros, desde que tenham desobedecido a lei ou o contrato social;
- c) por infrações. Neste caso, quanto ao tributo, quem o paga é o próprio contribuinte; mas quanto às penalidades, quem as paga é o responsável pela infração, salvo se estiver cumprindo ordens explícitas, ou o descumprimento decorrer de imperícia, imprudência ou negligência, quando se deverá ponderar se houve culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do contribuinte.

É, ainda, de ser dito que se é possível falar em responsabilidade da parte do sujeito passivo da relação tributária, também o é em relação ao Estado, desde que se comprove o nexos causal. Assim ocorre dado que ao Estado cabe suportar a lei que fez. (vide art. 37, § 6º, da atual Constituição do Brasil³⁴⁸: responsabilidade objetiva).

Feitas estas noções introdutórias a respeito do direito brasileiro, cabe, agora, diretamente falar sobre o que se costuma chamar de *substituição tributária para frente*, que é muito utilizada em artigos como veículos, bebidas, cigarros etc.

Ela está prevista, no atual Texto Constitucional, no art. 150, § 7º e no art. 155, § 2º, inc. XII, “b”, que dizem: “Art. 150. (...) § 7º. (acrescentado pela Emenda Constitucional

gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-se a este em caráter supletivo do cumprimento total da referida obrigação.”

³⁴⁸ Constituição do Brasil. “Art. 37. (...) § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”



5.3.4.3.1. PRATICABILIDADE



nº 03, de 17.03.93) A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (...) Art. 155. (...) § 2º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior atenderá ao seguinte **(ICMS)**: (...) XII- cabe à lei complementar: (...) b) dispor sobre substituição tributária.”

Assim, com esta autorização constitucional, existe, no Código Tributário Nacional, em nome da praticabilidade, e para reduzir a sonegação e simplificar a arrecadação, a figura da substituição tributária.

A posição jurisprudencial, por tudo o que vem sendo exposto, caminha no sentido da legitimidade e da constitucionalidade deste instituto, não apenas pelas suas origens no Direito brasileiro, mas também porque entende que não há violação ao princípio da estrita legalidade.

Afinal, além do ICMS, a antecipação do pagamento do tributo à ocorrência do seu fato gerador, não surgiu com a Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993 (Poder Reformador), que alguns pretendiam, nesta parte, inconstitucional, por defenderem a existência de violação ao princípio da isonomia, dado que esta técnica já era empregada em relação a outros tributos, e de maneira pacífica.

Exemplificando o que digo:

- a) no imposto de transmissão *inter vivos*, o pagamento é anterior ao registro do imóvel³⁴⁹, sendo, com o registro, que se opera, no direito brasileiro, a transferência da propriedade imobiliária;

³⁴⁹ O escrivão ou o tabelião deve ter em conta o pagamento do tributo para operar o registro, sob pena de ser responsabilizado por sua omissão. Código Tributário Nacional. “Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: (...) VI- os tabeliões, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício.”



- b) no imposto de exportação³⁵⁰, o pagamento antecede a exportação;
- c) na taxa judiciária, o pagamento ocorre antes da efetiva prestação jurisdicional.

No entanto, defender que a substituição tributária é uma técnica constitucional, não a exime de, no caso concreto, deixar de sê-lo, tal como as outras expressões da praticabilidade.

Um dos problemas mais sutis nesta técnica, seguramente, é o da *não cumulatividade*³⁵¹, que pode ser resumido na afirmação de que se um imposto é multifásico, o que se deve impedir é a sua incidência em *cascata*. O que pode ser dito de uma maneira ainda mais simples. Quando se chegar na última fase da sua incidência, não se deve ter pago mais do que aquilo previsto acaso ele fosse monofásico.

Enfim, a substituição tributária é uma técnica que busca transformar um imposto multifásico em monofásico.

Darei um exemplo, de modo que não se permita restar dúvida considerável.

Imagine-se uma empresa de bebidas. Entre a produção e o consumo, existirão várias fases, por exemplo: após ser produzido o refrigerante, ele vai transportado até o atacadista; depois, ao varejista; depois, ao restaurante; para, só enfim, chegar ao consumidor.

³⁵⁰ A balança comercial brasileira registrou, em julho de 2.001, um superávit de US\$ 108 milhões, ante um superávit de US\$ 116 milhões, observado no mesmo mês do ano anterior. As exportações totalizaram US\$ 4,965 bilhões (S\$ 222,5 milhões na média diária); e as importações, US\$ 4,857 bilhões (US\$ 220,8 milhões na média diária).

³⁵¹ Além do ICMS, o mesmo problema, embora em menor escala, produz-se quanto ao imposto sobre produtos industrializados e no exercício da competência residual tributária da União. Constituição do Brasil. “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) § 3º. O imposto sobre produtos industrializados: (...) II- será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. (...) Art. 154. A União poderá instituir: I- mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior (competência tributária da União), desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.”



Ora, a despeito de toda esta circulação, não se pode ultrapassar o valor apontado como devido desde o início.

Repito. A substituição tributária é uma técnica que pretende transformar um imposto multifásico em monofásico.

Em meu entendimento, a justificativa que se tinha, e ainda se tem, para revitalizar as discussões judiciais sobre um instituto já antigo (*substituição tributária para frente*) era o fato da elevada inflação, e, agora, a alta taxa de juros. Com isto, é vantagem para o empresário demorar um pouco mais com o dinheiro em seus cofres, antes de ter de repassá-lo ao Fisco. É o que cheguei a dizer anteriormente: tempo é dinheiro.

Ainda sobre a praticabilidade, quero dizer que ela afeta tanto ao Executivo quanto ao Legislativo, a saber.

1. Poder Legislativo.

Para a elaboração de normas, ele costuma empregar abstrações generalizantes, conceitos e esquemas.

Assim procede por questões de segurança, e também para viabilizar a execução das leis.

Com isto evita a investigação do caso isolado, reduzindo os custos para a aplicação da lei. Dispensa, assim, colheita de provas difíceis ou impossíveis no caso concreto.

Presunções, ficções e quantificações legais, tributação na fonte, eleição de responsáveis e substitutos tributários são maneiras de demonstrar a existência da utilização do princípio da praticabilidade.

Uniformizando a aplicação do direito, precisa-se com eles tomar cuidado, de modo a evitar discriminações inconstitucionais.

Por isto, as padronizações, em regra, devem ser havidas como relativas, permitindo provas em contrário.



2. Poder Executivo.

Como ficou dito, possibilita a execução em massa das leis. Mais um exemplo seria o lançamento para a cobrança de tributos. Decretos regulamentares e outros atos administrativos servem ao princípio da praticabilidade quando intencionam soluções mais simples, cômodas e econômicas.

Além do mais, sendo administrar aplicar a lei de ofício, por vezes, é necessário que elas sejam aplicadas em massa.

Obviamente, que o padrão estabelecido tem valor relativo, em nome da segurança e do princípio da verdade material.

As chamadas *regras de experiência* não devem revestir-se de caráter absoluto.³⁵²

Se assim não o fosse, estaria-se diante de uma atenuação inconstitucional da igualdade.

³⁵² Tenho defendido o entendimento de que a *presunção legal* implica em conferir certeza jurídica a algo que é provável, e que a *ficção legal* implica em dá como certo algo que se sabe que não o é.



5.3.4.3.2. SELETIVIDADE

É um desdobramento do princípio da praticabilidade.

Aqui, abstrai-se a capacidade de contribuir de cada indivíduo, e parte-se para uma consideração de caráter estritamente objetivo, levando-se em conta o produto, a mercadoria ou o serviço (exemplo: a compra de um avião, ou de um iate. Não interessa quem compra, mas apenas o que está sendo comprado).

A Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que o introduziu enquanto norma constitucional, já fazia referência a este princípio, ao afirmar no seu art. 11: “Compete à União o imposto sobre produtos industrializados. Parágrafo Único. O imposto é seletivo em função da essencialidade dos produtos, e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nos anteriores”.

E, também, no art. 12. § 2º (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias – ICM à época). O imposto é não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado, e não incidirá sobre a venda a varejo, diretamente ao consumidor, de gêneros de primeira necessidade, definidos como tais por ato do Poder Executivo Estadual.”

A atual Constituição do Brasil, por duas vezes, a ela também se refere. Assim o faz no art. 153, § 3º, inc. I e no art. 155, § 2º, inc. III. Vamos a eles: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) § 3º. O imposto sobre produtos industrializados: I- será seletivo, em função da essencialidade do produto (...) Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) § 2º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior: (...) III- poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.”

Observe-se que, nestes dois casos, o que está a importar não é a pessoa do contribuinte, mas o produto, a mercadoria ou o serviço (caráter objetivo).

Assim, os gêneros de primeira necessidade (alimentação básica, vestuário, higiene, saúde etc.), acaso sejam isentos, serão adquiridos tanto por aqueles de maiores condições econômicas, quanto por aqueles mais pobres.



Entre nós, brasileiros, ficaram clássicas as palavras de ALFREDO AUGUSTO BECKER, que, em sua Teoria Geral do Direito Tributário, defendeu a inconstitucionalidade da tributação dos gêneros de primeira necessidade.³⁵³

De fato, o que, verdadeiramente, importa é a indispensabilidade do bem à vida de um número considerável de indivíduos. Se assim o for, menor deverá ser a alíquota.

Para o imposto sobre produtos industrializados, este é um comando assegurado constitucionalmente.

Para o ICMS (em várias oportunidades, já ficou esclarecido o significado desta sigla do tributo circulatório estadual), que teve a si estendido o princípio expresso da seletividade pela Constituição de outubro de 1988, não há a mesma imperatividade; pois preferiu o legislador constituinte apenas facultar às entidades tributantes a aplicação do princípio.

Assim, em função da natureza da mercadoria, poderá variar as alíquotas, tornando-se menos onerosa em face do caráter da necessidade de aquisição.

É bom que se diga, que o Texto Constitucional de janeiro de 1967, dispunha para o antigo ICM a aplicação de alíquotas uniformes para todas as mercadorias, afastando o princípio da seletividade.

Assim o que se divulga é que o caráter não imperativo deste princípio para o ICMS, derivou da necessidade de adaptação das administrações estaduais, e do Distrito Federal, a uma nova realidade.

Repito o que vem sendo dito.

³⁵³ BECKER, ALFREDO AUGUSTO. Teoria Geral do Direito Tributário. 2ª ed., São Paulo. Editora Saraiva. 1972, ps. 452-457. Ver, também: OLIVEIRA, JOSÉ MARCOS DOMINGUES. Capacidade Contributiva – Conteúdo e Eficácia do Princípio. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1988, ps. 49-70. BUJANDA, SAINZ DE. Hacienda y Derecho, vol. III. 1963, p. 197. GRIZIOTTI, BENVENUTO. Principios de Ciencia de las Finanzas. Tradução argentina. Editora Depalma. 1949, p. 167. BALEEIRO, ALIOMAR. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 1989, p. 259.



5.3.4.3.2. SELETIVIDADE



A seletividade decorre do pensamento de que alguns objetos incorporam uma certa capacidade objetiva, e que aqueles que a eles têm acesso demonstram fortes indícios de que, em uma atitude de solidariedade social (art. 3º, inc. I, da atual Constituição do Brasil), podem contribuir, com maior intensidade, em favor daqueles a quem o Estado deve conferir o mínimo indispensável a uma vida com dignidade.

No entanto, não se pode perder de vista que estes impostos (IPI e ICMS), onde se vê aplicado o princípio da seletividade, terminam suportados pelo consumidor final, porquanto sejam transferidos, por industriais e comerciantes, os respectivos encargos tributários.

Enfim, encerradas as minhas reflexões sobre este tema, já é hora de partir para um outro, o do devido processo legal.

É o que se fará em seguida.

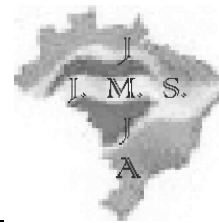
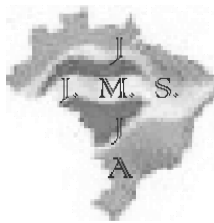


5.3.5. SEGURANÇA JURÍDICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

“Se um sistema de garantia deve ser escolhido, antes de mais, pela sua capacidade de maior eficácia possível, é para a concentração de competência que deve caminhar-se, sem prejuízo, embora, do desencadear da fiscalização concreta continuar a dar-se em qualquer tribunal. Se se quer operar uma concentração conforme às exigências do Estado de Direito democrático, esse órgão não pode deixar de ser um tribunal – um tribunal constitucional³⁵⁴, como existe já em vários Estados europeus.” (MIRANDA, JORGE. Sobre a previsível criação de um Tribunal Constitucional. Extraído do nº 15 (Junho 1980) da Revista *DEMOCRACIA E LIBERDADE*. Instituto Democracia e Liberdade. Lisboa, p. 18).

³⁵⁴ A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, mantém o Título VI, sob a rubrica *Tribunal Constitucional* (arts. 221º - 224º). Este Título foi aditado pela Revisão Constitucional/89, em substituição do antigo Capítulo II, da Parte IV (primitivos arts. 284º e 285º), que foi eliminado. Este Tribunal é composto por treze Juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes (art. 222º). Os Juízes do Tribunal Constitucional têm um mandato de nove anos, que não é renovável. Seis de entre os Juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre Juízes dos restantes tribunais e os demais de entre Juristas (art. 222º, 2).

Segundo a Lei do Tribunal Constitucional Português (Lei nº 28/82, de 15 de novembro – organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional), alterada pela Lei nº 143/85, de 26 de novembro, pela Lei nº 85/89, de 07 de setembro, pela Lei nº 88/95, de 01 de setembro, e pela Lei nº 13-A/98, de 26 de fevereiro, no art. 21º, ficou disposto: “Os Juízes dos restantes tribunais designados para o Tribunal Constitucional que, durante o período de exercício, completam 70 anos mantêm-se em funções até ao termo do mandato.”



5.3.5.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Até aqui, vem sendo afirmado que o princípio da segurança jurídica precisa ser visto como um instrumento aliado à busca de se fazer justiça.

Neste diapasão, concluí pela necessidade de aplicação da lei.

Mais do que isto, pois é necessário aplicar a lei de maneira que ela não retroaja de modo a prejudicar o indivíduo.

Às vezes, além disto, deve ser dado um prazo de espera para que a norma venha ser aplicada.

Depois, também houve a conclusão de que não há segurança sem dignidade e busca de igualdade, e que a igualdade pode ser relativamente objetivada, seguindo alguns critérios, que não podem fugir à sindicabilidade administrativa e judicial.

Ocorre que o caminho a ser percorrido pela Administração, ou pelo Poder Judiciário, não pode ser ao acaso. É preciso o estabelecimento de normas processuais preexistentes, de maneira a não provocar surpresa ao indivíduo.

A atual Constituição do Brasil, entre outros dispositivos, diz isto, afirmando no seu art. 5º, incs. XXXVII; LIII; LIV; LV; LVI e LX; LXI etc.: “Art. 5º. (...) XXXVII- não haverá juízo ou tribunal de exceção(...); LIII- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI- são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (...); LX- a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXI- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”.

Ora, a vedação aos tribunais de exceção é uma necessidade imperiosa de segurança, e que, naturalmente, está em proveito da justiça.



5.3.5.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



É evidente que não se confundem o juízo ou tribunal de exceção com aquele especial, que é criado, de maneira permanente, para julgar uma determinada matéria, como é o caso, no Brasil, da Justiça do Trabalho, da Militar e da Eleitoral.

O que se proíbe é a criação de um juízo *ad hoc*, aquele instituído para apreciar um determinado caso. Proibição, portanto, perfeitamente compatível com o princípio da segurança.

É preciso que se informe, com ordinária antecedência, não só ao indivíduo, mas também à sociedade, qual a autoridade competente para o processamento e a decisão. Isto é um imperativo de segurança jurídica.

Em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da atual Constituição do Brasil) é inconcebível que não seja assim. Decisão de autoridade incompetente é eivada de vício, é nula.

É isto o que determina o Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 113, § 2º.: “Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. (...) § 2º. Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.”.

Evidentemente que o aproveitamento dos demais atos praticados assim se fará, desde que não resulte em prejuízo para a defesa (Código de Processo Civil brasileiro, art. 250, Parágrafo Único).

Mas a Constituição de outubro de 1988 foi além, optando por tornar expresso o princípio processual constitucional do devido processo legal.

Segundo a minha pesquisa a respeito dos trabalhos constituintes, a fonte mais próxima do inc. LIV, do art. 5º, foi a Constituição norte-americana, mais particularmente, a Quinta Emenda, que dispõe: “(...) ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade ou bens, sem **processo legal**. (...)” (grifei)



Esta Emenda mereceu a ratificação de uma outra, a Décima Quarta, que, além de reafirmar o princípio, obrigou a todos os Estados norte-americanos a aplicá-lo. É o seu teor: *“Seção. 1. Todo indivíduo, nascido nos Estados Unidos ou naturalizado neste país, e sujeito à sua jurisdição, é cidadão dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá passar ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou haveres sem **processo legal**, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção uniforme das leis. (...)”* (grifei)

Observe-se. No inc. LIV, do art. 5º, da atual Constituição do Brasil, a referência expressa que se faz ao devido processo legal é apenas à privação da liberdade e dos bens.

Quero, no entanto, ressaltar que, de acordo com o princípio da segurança, tantas vezes destacado na Constituição, tal como vem sendo demonstrado quase à exaustão, o devido processo legal estende-se a todas as relações que envolvam o poder jurisdicional do Estado.

E, aqui, entenda-se a esfera judicial, propriamente dita, e também a administrativa.

Tanto nos litígios judiciais, quanto nos administrativos está assegurado o contraditório e a ampla defesa. O objetivo não é outro senão o de evitar decisões arbitrárias, carregadas de parcialidade.

O que se pretende é a necessária homenagem aos princípios da segurança e da justiça, impedindo favorecimentos e perseguições.

Sem isto (contraditório e ampla defesa), haverá nulidade decorrente do prejuízo provocado.

É importante notar, no entanto, que este meu entendimento não se vem demonstrando completamente pacificado no Brasil.

Na prática judiciária, nota-se, ainda, um ranço deixado pela Constituição de janeiro de 1967, que, no art. 153, § 16, dispunha: *“Art. 153. (...) § 16. **A instrução criminal será contraditória**, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”* (grifei)



Repita-se o que vinha disposto: *a instrução criminal será contraditória.*

Logo, a Constituição de janeiro de 1967 garantia, de forma expressa, apenas o contraditório para a instrução criminal, diferentemente do que ocorre hoje, quando ficou assegurado o devido processo legal na área judicial, e também na administrativa.

No entanto, pelo que pesquisei, sou levado a concluir que a posição majoritária da Jurisprudência nacional vai no sentido de que, em inquérito policial, que vem sendo considerado como simples peça informativa, não há espaço para o contraditório e para a ampla defesa. Desta postura, podem ser acarretados todos os constrangimentos possíveis ao acusado, que, além de responder ao inquérito, poderá, mais adiante, ter de responder a um processo criminal, o que, por si só, já é uma punição, mesmo que, no interregno, dê-se procedência a algum *habeas-corpus* para trancamento da ação, ou até do inquérito.

Então, ficaria a pergunta de como o Judiciário vem dando sentido à prescrição constitucional da possibilidade da ampla defesa e do contraditório para o processo administrativo. A resposta parece não ser outra senão aquela que aponta que estes princípios apenas não têm espaço na órbita do inquérito policial.

Com o máximo respeito, tenho de discordar, pois estou perfilhado entre aqueles que entendem que a regra é a de que não cabe ao aplicador silenciar³⁵⁵ aquilo que não está restringido; e atribuo a referida distinção a fundamentos políticos, econômicos e históricos, mas sem amparo no Texto Constitucional em vigor.

Mais adiante, apresento dois entre os muitos Acórdãos que exemplificam o que digo:

a) nega-se ao inquérito o princípio constitucional do contraditório: “*Penal. Processual. Crime falimentar. Inquérito. Denúncia. Recebimento. Trancamento. ‘Habeas-corpus’. Recurso. O inquérito policial é mera peça de informação, portanto sem caráter contraditório, em que alegações e provas são produzidas num exercício abrangente do direito à ampla defesa. Eventual vício ou defeito do*

³⁵⁵ “**lege silente**, a Administração carece de poderes, pois não tem outros que os que a lei lhe atribui.” (ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA e FERNANDEZ, TOMÁS-RAMON. Curso de Direito Administrativo. Tradução de ARNALDO SETTI. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991, ps. 384).



inquérito policial não contamina a ação penal, que só é trancável por ‘habeas-corpus’ nas hipóteses configuradoras de evidente constrangimento ilegal, consoante a jurisprudência de incontáveis precedentes. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em ‘habeas-corpus’ nº 1492. São Paulo. 5ª Turma. DJ 18.05.92, p. 6985. Relator Ministro EDSON VIDIGAL. Unânime.” (grifei)

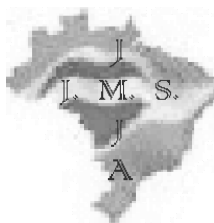
b) sobre o inquérito e a ausência de vício por deficiência manifesta na defesa (desvalorização da defesa): *“Mandado de Segurança. Inquérito administrativo. Devido processo legal – art. 5º, LIV e LV, Constituição Federal. Comunicada a instauração do processo administrativo e formalizada a defesa, se a parte acusada não quis ou não soube exercitar o direito de ampla defesa, não se consubstancia ofensa ao devido processo legal. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em mandado de segurança nº 3063. 1993. 1ª Turma. DJ 20.06.94, p. 16053. Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA. Unânime.”*

Ratificando o devido processo legal, a atual Constituição do Brasil, no inc. LVI, do mesmo art. 5º., vaticinou: *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*.

Nisto, não deveria haver nenhuma novidade. Bem antes, o Código de Processo Civil, no art. 332, já determinava: *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.”*

Assim, o dispositivo constitucional da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos tão somente confirma a tradição legislativa brasileira, que é compatível com o sentimento de segurança que se precisa ter no Estado; pois seria um absurdo imaginar a ausência de repulsa à ilicitude dos atos.

A despeito disto, sobre o assunto houve uma enorme polêmica, particularmente no campo das escutas telefônicas, porquanto a parte final do inc. XII, do art. 5º., da Constituição, embora predicasse a inviolabilidade do sigilo das comunicações



telefônicas³⁵⁶, a ressalvava nos casos de ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; mas nas hipóteses e na forma que a lei estabelecesse.

A lei sobre a interceptação das comunicações telefônicas só veio em julho de 1996, mais precisamente em 24 de julho de 1996. Foi a Lei nº 9.296/96.

Logo, no intervalo entre a promulgação da Constituição, 05.10.88, e a edição desta Lei, 24.07.96, ficou um espaço para muitas pendências.

Alguns advogados criminais chegaram mesmo a defender a inconstitucionalidade da apuração de certos ilícitos graves, pois estariam sendo resolvidos com um estratagema peculiar (como a captura de assaltantes de banco, traficantes de entorpecentes etc.); pois, embora não estivesse autorizada a interceptação telefônica como um meio direto de prova (*esta foi a posição jurisprudencial com algumas nuances*), a mesma terminava sendo usada de modo a trilhar o caminho dos delinquentes. Assim, ouvindo-se o que ajustavam, permitia-se à polícia capturá-los.

De fato, antes da lei de julho de 1996, várias questões de realce ocorreram, como por exemplo:

- a) quando se passou a defender que se a escuta telefônica estivesse acompanhada de outros elementos probatórios, não haveria razão para o trancamento da ação penal;

³⁵⁶ Aos 19.11.2001, sob a epígrafe “*STF consolida entendimento sobre competência do juiz para quebra de sigilo*”, anunciou o Supremo Tribunal Federal a sua interpretação consolidada do art. 1º, da lei de interceptações telefônicas (Lei nº 9.296, de 24.07.1996), que determina que a interceptação apenas poderá ser autorizada pelo juiz competente para a ação principal. Ocorre que, no curso do processo, o juiz que determinou a quebra do sigilo poderia vir a declinar da sua competência. O “*leading case*” (Habeas Corpus 81260 e Habeas Corpus 81261) permitiu aos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, por maioria, em uma causa onde se discutiu a quebra do sigilo de um grupo de suspeitos de crimes de natureza tributária contra a União (Justiça Federal), concluir que a expressão “*juiz competente*” deve ser aplicada ao da data da quebra do sigilo, não importando se, posteriormente, forem descobertos crimes que não sejam da sua competência. Foi este o caso. Pelas conversas telefônicas, revelou-se que os crimes eram locais (formação de quadrilha, roubo e receptação). Uma espécie de incompetência superveniente. Os Habeas Corpus foram concedidos, liberando os acusados dos crimes de roubo e de receptação, por ausência de evidências quanto aos delitos, ficando configurado apenas o crime de formação de quadrilha.



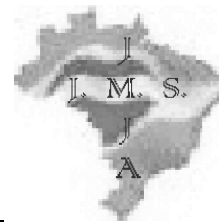
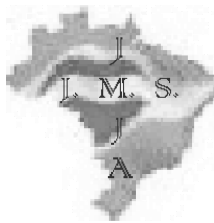
b) se a interceptação telefônica fosse feita por um dos participantes da conversa, a mesma poderia ser utilizada, desde que não provocasse prejuízos para terceiros.

Como documentação daquilo que digo, transcrevo três Arestos:

1. a dúvida sobre a prova obtida mediante meio contaminado deve ser resolvida em favor da sociedade: *“Penal. Processual Penal. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Moeda Falsa. Inépcia da denúncia. Procedimento cabível. Prova. Ilicitude da escuta telefônica como meio de prova. Utilização das demais provas lícitas produzidas no inquérito policial e na ação penal. (...) 9. A interceptação telefônica só poderá ser utilizada como meio de prova após a aprovação – e nos termos que forem então estabelecidos – da lei a que se refere o art. 5º, inc. XII, da Constituição. Entretanto, tendo havido autorização judicial para utilização de escuta telefônica na fase investigatória, nem por isso se há de considerar ilegítima a utilização das demais provas, por natureza lícitas, coligidas no inquérito policial e na ação penal, e que não é possível, no caso, objetivamente, estabelecer vinculação necessária e determinante entre a interceptação telefônica e cada um dos demais elementos probatórios.*

(...)

A dúvida, quanto à prova ‘contaminada’ há de ser resolvida em favor da sociedade, cujos valores mais importantes superlativamente resguardados pela Constituição (art. 5º, XLIII (o tráfico de entorpecentes e drogas afins é considerado crime hediondo) e LI (o brasileiro naturalizado não deve ser extraditado, com duas exceções, uma delas é a do comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, mesmo que cometido após a naturalização); art. 227, § 3º, VII (prevê como um direito da criança e do adolescente a participação em programas de prevenção e atendimento especializado para os dependentes de entorpecentes e drogas afins) e art. 243(a cultura ilegal de planta psicotrópica autoriza a imediata expropriação de glebas de qualquer região do País) foram também atingidos pela ação criminosa. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 405616. 1994. Rio Grande do Sul. 2ª Turma. DJ 07.12.94, p. 71870. Relator Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI. Um voto vencido mantendo a absolvição dos réus, em face de considerar insuficientes as provas carreadas nos Autos)” (grifei);



2. sobre a conjugação de outros meios de prova, além da interceptação telefônica irregular: *“Não pode ser trancada a ação penal, cuja denúncia não está embasada, exclusivamente, em interceptação telefônica (prova ilícita), mas também em outros elementos probatórios, dos quais não destoa.* Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Habeas-corpus nº 3098738. 1996. São Paulo. 5ª Turma. DJ 01.07.97, p. 50451. Relatora Juíza RAMZA TARTUCE. Unanimidade”;

3. o participante da conversa telefônica, sem causar danos a terceiros, pode gravar o que se passou: *“A lei proíbe e pune a interceptação telefônica, ou seja, quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiros, ou conversação telefônica entre outras pessoas. Já o participante de uma conversa telefônica pode usar aquilo que ouviu do outro, salvo se a revelação causar dano a terceiros. Deste modo, o conteúdo da conversa telefônica, quando gravado, merece o mesmo tratamento dispensado aos outros meios probatórios. Crime de exploração de prestígio configurado.* Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal nº 120124. 1992. Distrito Federal. 3ª Turma. DJ 28.03.94, p. 12610. Relator Juiz FERNANDO GONÇALVES. Revisor Juiz TOURINHO NETO. Por maioria.”

Quanto à exigência de publicidade dos atos processuais, prevista no inc. LX, do art. 5º, da atual Constituição do Brasil, é de todo evidente que se pretende dar transparência e segurança ao processo. Ocorre que, e a própria Constituição adverte-se destas situações, é possível que o sigilo processual também possa ser recomendável. São duas as hipóteses: defesa da intimidade e interesse social.

Nestes âmbitos, afiguram-se questões como: casamento, separação de cônjuges, guarda de menores etc., conforme o art. 155, do Código de Processo Civil brasileiro (L. nº 5.689, de 11.01.73), que registra: *“Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I- em que exigir o interesse público; II- que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. Parágrafo Único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.”*

O mesmo sigilo também é devido em certos processos criminais, tal como previsto no § 1º, do art. 792, do Código de Processo Criminal brasileiro (Decreto-Lei nº 3689, de



03.10.41): “Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1º. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. § 2º. As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.”

Enfim, o princípio do devido processo legal é uma extensão do princípio da legalidade, extraindo-lhe as consequências possíveis de efetivação da segurança.

Nesta trilha, não pode qualquer autoridade (judicial ou administrativa), senão a competente, arvorar-se a aplicar o direito. E, mesmo sendo a competente, segundo a lei, precisa observar as garantias e as formas previamente asseguradas ao indivíduo e à comunidade.

Isto também constitui uma expressão de isonomia. É a isonomia entre as partes que compõem o processo judicial ou o administrativo, utilizando-se a terminologia constitucional (art. 5º, inc. LV).

A amplitude da defesa e a plenitude da prova constituem o mínimo exigido quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário. Isto é ínsito ao Estado Democrático de Direito constante no art. 1º, da atual Constituição do Brasil.

Feitas estas observações, passarei, agora, a dois dos temas mais discutidos, no Brasil, do final dos anos noventa.

Trata-se da Súmula com efeito vinculante e de uma nova forma de controle da magistratura.



5.3.5.2. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS. PROPOSTAS

*“Uma discussão sobre assentos, mesmo iluminada, não pode dispensar o estudo concreto dos assentos. Um juízo de inconstitucionalidade – a ter relevância dogmática – é, ainda, um juízo constituinte ‘in concreto’. As **generalizações fáceis são tanto ou mais conceitualistas do que o construtivismo que pretendem combater**. Caso a caso deveria ter sido debatido o tema da (in)constitucionalidade dos assentos; caso a caso haverá de indagar a (in)constitucionalidade da sua revogação.”* (CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. *Da Inconstitucionalidade da Revogação dos Assentos*. Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I, ps. 799-811. Organização JORGE MIRANDA. Coimbra Editora) – grifei.

No Brasil, há, atualmente, um número incomensurável de causas a abarrotar os juízos e os tribunais. Para isto, tem contribuído os vários *pacotes* de política econômica, a permanente alteração legislativa e o número exíguo de magistrados e de serventuários para enfrentar a avalanche processual.

Neste clima de crise, é que está havendo o debate sobre a reforma do Poder Judiciário³⁵⁷.

³⁵⁷ A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, atualizada pela Revisão Constitucional de setembro de 1997, disciplina, no art. 278º, o que chama de **Fiscalização preventiva da constitucionalidade**. O Presidente da República pode requerer, ao Tribunal Constitucional, a apreciação preventiva da constitucionalidade de *qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura*. Os Ministros da República também podem ter a iniciativa de requerer ao mesmo Tribunal a apreciação preventiva da constitucionalidade de *qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República* que lhes tenham sido enviados para assinatura. Vem fixado um prazo de oito dias, contados da data da



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Não são poucos os cargos existentes de juízes que estão vagos, sobretudo em face da remuneração. Além do que, o magistrado, no máximo, além da sua judicatura, pode lecionar em uma única faculdade, tal como exige o inc. I, do Parágrafo Único, do art. 95, da atual Constituição da República.

É o seu teor: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: (...) Parágrafo Único. Aos juízes é vedado: I- exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério,”. Isto não é assim, ao menos constitucionalmente, nem mesmo com o Ministério Público, que tem um outro tratamento constitucional, a saber: “Art. 128. (...) § 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...) II- as seguintes vedações: (...) d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”.

Diante deste quadro, o próprio Ministro CELSO DE MELLO, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal, defendeu a transformação desta Corte em uma instituição estritamente constitucional, nos moldes da Suprema Corte norte-americana e de similares em alguns países da Europa – Portugal, Itália, Alemanha e Espanha.³⁵⁸

O objetivo é o de diminuir o elevado fluxo de processos que sobrecarregam, diariamente, a pauta dos Ministros.

Para se ter uma idéia do que se está falando, a Suprema Corte norte-americana julga entre 160 e 180 processos por ano, com uma média de 17 a 20 processos para cada um de seus nove Ministros.

recepção do diploma, para que se solicite a apreciação preventiva de constitucionalidade. A legitimidade ativa para dar início a este procedimento também é estendida ao Primeiro-Ministro e a um quinto dos Deputados à Assembléia da República em efectividade de funções quanto às *normas constantes em decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica*.

Quanto aos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, é o art. 279º que os disciplina, inclusive fixando as hipóteses de superação do Acórdão, mediante quóruns qualificados da Assembléia da República.

³⁵⁸ Ver Gazeta Mercantil. 02.09.98. Título: Presidente do STF propõe mudança no Tribunal.



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



No Brasil, é tudo bem diferente. Em 1997, foram julgados mais de 40 mil processos, o que representou cerca de quatro mil processos para cada um dos Ministros. Em 1998, foram julgados mais de 50 mil processos e em 1999 foram julgados mais de 55 mil processos.³⁵⁹

Assim, surgem várias propostas de desafogo. O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) chegou a apoiar a tese de ampliação da competência do Superior Tribunal de Justiça, a quem caberia a uniformização da jurisprudência em torno da legislação federal e da defesa das liberdades fundamentais. Ocorre que, também, o Superior Tribunal de Justiça, conforme o Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), diante da demanda que vem recebendo, não suporta uma ampliação de competência. Afora o fato de que, logo após a Constituição de 1988, conforme já demonstrei, foram criados cinco Tribunais Regionais Federais, e o próprio Superior Tribunal de Justiça, sem que o problema tenha diminuído, pois, antes pelo contrário, aumentou.

Os tempos modernos, com a automatização dos procedimentos, terminam por compelir os Ministros a remeterem os casos-padrão aos seus assessores, criando uma situação de quase impotência. Para confirmar o que digo, lanço mão de uma informação atribuída ao Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que informa que, em 1989, para desafogar o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça recebeu, no seu primeiro ano de vida, um pouco mais de seis mil processos. Em 1997, chegou a mais de 103 mil decisões proferidas.³⁶⁰

Ocorre que, em relação aos casos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça, 80% (oitenta por cento) deles referem-se a questões que envolvem os governos federal e estaduais, e, deste universo, grande parte dizem respeito aos *pacotes econômicos*.

³⁵⁹ Extraído da Gazeta Mercantil de 02.09.98, artigo citado, e, ainda, do Noticiário oficial do Supremo Tribunal Federal - www.stf.gov.br, em 17.12.1999, às 15:00 hs. Manchetes: CARLOS VELLOSO afirma que Supremo fez o que devia em 1999.

³⁶⁰ Gazeta Mercantil. 02.09.98.



5.3.5.2. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Quanto ao Supremo Tribunal Federal, aproximadamente 60% (sessenta por cento) dos casos, de acordo com o seu próprio Presidente, atribui-se ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), ao Governo federal e ao Governo do Estado de São Paulo.³⁶¹

E se acrescente que, parece um consenso, nenhuma Corte Constitucional costuma ser um Tribunal com muitos Ministros³⁶².

No caso específico do Brasil, ainda há de se salientar o que fez a Constituição de outubro de 1988, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, que é misto (incidental – no caso concreto³⁶³ e abstrato – da lei ou ato normativo³⁶⁴).

Primeiramente, ampliou o elenco de legitimados ativos, especialmente quanto à ação direta de inconstitucionalidade (art. 103).³⁶⁵ Assim, diante do crescente aumento deste

³⁶¹ Declarações do Ministro CELSO DE MELLO à Gazeta Mercantil, de 31.08.98. (*) É preciso observar que estes números são entregues aos Juízes através de Sinopses informativas dos Tribunais a que estão vinculados. No meu caso, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

³⁶² “Relembremos dados de todos conhecidos: 1º. O número relativamente exíguo de juízes constitucionais, muito inferior ao de instâncias judiciais supremas comuns (entre 9 e 16. 9 na França, para 12 na Bélgica e na Espanha, 13 em Portugal, 14 na Áustria, 15 na Itália e 16 na Alemanha)” (SOUSA, MARCELO REBELO. Legitimidade e Legitimação da justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Legitimação da Justiça Constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais. Coimbra Editora. 1995, p. 218).

³⁶³ Constituição do Brasil. “Art. 102. (...) III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”

³⁶⁴ Constituição do Brasil. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: a) (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 17.03.93) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, (...) Art.125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 2º. Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

³⁶⁵ Constituição do Brasil. Ver Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I- o Presidente da República; II- a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa da



53-52. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



tipo de ação, o Supremo Tribunal Federal não encontrou outra alternativa senão a de, quando fosse o caso, utilizar-se de medidas cautelares, que duram anos sem que venham as decisões finais; o que, naturalmente, provoca a incerteza nas relações.

Quanto ao controle de constitucionalidade incidente³⁶⁶ - no Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário -, não havendo um sistema de conversão das suas Decisões para o caráter abstrato; e diante da inércia do Senado Federal,³⁶⁷ isto, também, terminou por estimular o interesse pelas súmulas vinculantes.

A tudo, ainda se alie as pretensões do Governo de evitar a pulverização do controle difuso de constitucionalidade, que pode lhe provocar perda de receitas, dado que predomina o entendimento de só ser possível ação contra o procedimento legislativo irregular ou inconstitucional.

Assembléia Legislativa; V- o Governador de Estado; VI- o Procurador-Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- o partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

Ver ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal: “Art. 103. § 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.”

³⁶⁶ Este controle é o mais tradicional no Brasil, e, sem o efeito vinculante, vem padecendo de críticas por poder vir a ser desviado da sua finalidade, manifestando-se como um instrumento procrastinatório.

Foi a Constituição de julho de 1934 que introduziu, para os Tribunais, a exigência de quórum qualificado para o reconhecimento da inconstitucionalidade no caso concreto. Era o que dizia o art. 179: “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do poder público.”

Também foi a Constituição de julho de 1934 que firmou a necessidade de participação do Senado Federal para, nestas situações, “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, inc. IV).

A Constituição de fevereiro de 1891, previa, no seu art. 90 e §§, as exigências para a reforma constitucional, não fazendo referência a quórum de tribunais. Quanto ao Senado, ele estava previsto entre os arts. 30 e 33, nada constando sobre a sua participação no afastamento do mundo jurídico da norma inconstitucional.

³⁶⁷ Constituição do Brasil. “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Aqui, é interessante recolher as lições de GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, que, em seu *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*, concluiu pela não previsão, na ordem constitucional brasileira, do controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade das leis; embora, sob o aspecto formal (processo legislativo), visualize este controle como meio de defesa – forma difusa; ou de forma direta – ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade.

Eis GERMANA DE OLIVEIRA MORAES: “*Conclusões. (...) 14. A ordem constitucional brasileira não prevê o controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade das leis. (...) 20. O controle jurisdicional, sob aspecto formal, da constitucionalidade do processo legislativo no Brasil, pode ser exercido como meio de defesa, através da modalidade difusa de fiscalização de constitucionalidade perante qualquer juiz ou Tribunal, através dos meios processuais disponíveis na ordem jurídica, ou ainda, de forma direta, através da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade. A ação de inconstitucionalidade por omissão*³⁶⁸ *não se adequa a esta*

³⁶⁸ A **inconstitucionalidade por omissão**, no direito brasileiro, vem demonstrando um pequeno valor prático; pois o Supremo Tribunal Federal apenas concebe funcionar como legislador negativo. Por isto, a Decisão do STF não repercute além do efeito moral. Mais: segundo o STF, perde o objeto este tipo de ação pelo só encaminhamento à Casa Legislativa do Projeto de Lei. Pior: se a norma constitucional não regulamentada é substituída por outra cujo objeto é diverso (foi o caso do art. 241), também aqui resta incontornada a anterior omissão (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1836/São Paulo. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Tribunal Pleno: “*Ação direta de inconstitucionalidade por omissão do Governador do Estado de São Paulo que encaminha à Assembléia Legislativa projeto de lei para dar efetividade à norma contida no art. 241, da Constituição Federal. Questão de ordem. Esta Corte já firmou o entendimento, em face da atual Constituição, de que, quando há a revogação do ato normativo atacado como inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, esta fica prejudicada por perda de objeto. (...)*”).

Quanto ao **mandado de injunção**, que chegou a ser equiparado, pela jurisprudência, à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), começa a demonstrar a sua utilidade, porquanto o Pleno do Supremo Tribunal Federal já vem fixando prazo para o exercício da função normativa. Acaso o prazo fixado não venha a ser cumprido, realça-se a pertinência da propositura de ação de reparação econômica, tal como se observa, entre outros, neste Acórdão do STF: “(...) Premissas de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para : a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo; c) se



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



finalidade. O mandado de segurança vem sendo utilizado para impugnar a validade dos atos de procedimento legislativo, como meio de defesa do direito de iniciativa legislativa.”

369

Ainda para situar historicamente o problema do volume de demandas no Brasil, creio que seja conveniente recordar de alguns dados históricos que fornecem uma melhor compreensão prática do que ocorreu neste último século, ou, para ser mais exato, desde a proclamação da República brasileira (1889).

O Estado monárquico brasileiro era unitário, embora tenha experimentado a autonomia das Províncias, sobretudo no período da regência, enquanto o Imperador Pedro II era menor de idade. Este Estado também era parlamentarista, tendo havido uma sucessão de Gabinetes.

Com o aprofundamento das crises entre os militares e os Gabinetes, pretendeu DEODORO DA FONSECA derrubar um determinado Gabinete que se lhe demonstrava hostil, particularmente em razão de obstáculos orçamentários.

Ocorre que, em face do clima predominante na época, tal como foi relatado no Capítulo onde tratei do Brasil em seu perfil histórico, delineou-se um novo Estado, com a queda não apenas do Primeiro Ministro, mas do próprio Imperador.

Assim, o Estado que surgia queria se manifestar diferente daquele que pretendia substituir. Se o anterior era unitário, ele deveria ser federativo. Se o anterior era parlamentarista, ele deveria ser presidencialista.

ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitre; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos que lhe forem mais favorável. Mandado de Injunção nº 283/ Distrito Federal. DJ 14.11.91, p. 16355. Ementário vol. 1642, p. 1. Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 135-03, p. 882. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento em 20.03.91. Tribunal Pleno. Unânime.”

Também considerando pertinente a ação de reparação econômica, o Mandado de Injunção nº 355/94. Relator CELSO DE MELLO. Julgamento pelo Tribunal Pleno do STF, em 07.10.94.

³⁶⁹ MORAES, GERMANA DE OLIVEIRA. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo. São Paulo. Editora Dialética. 1998.



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Em torno de toda esta busca de auto-afirmação, havia a preocupação de manter o Brasil em sua unidade, não o esfacelando tal como estava ocorrendo com a América espanhola³⁷⁰. Houve um desejo majoritário, mas não unânime, de manter a integridade nacional.

Por outro lado, para evitar a manutenção do poder no Rio de Janeiro, a Capital, pretendeu-se descentralizá-lo, conferindo maiores faculdades às elites regionais, fortalecendo-as.

Nesta linha, foram criados os Judiciários estaduais, que funcionavam como instâncias terminativas das lides, dos conflitos nos casos concretos.

O Supremo Tribunal, que passava a ser chamado de federal, deteria a função de conferir unidade ao Brasil, através de uma leitura uníssona do Texto Constitucional de 1891. Com o tempo, esta necessidade de sintonia estendeu-se à legislação que tivesse repercussão nacional.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores eram expressões do desejo de segurança, de integridade, de unidade.

³⁷⁰ Os ideais da Revolução francesa contribuíram para a eclosão de movimentos de autodeterminação dos povos (independência nacional), tal como ocorreu na Bélgica, na Polônia, na Hungria, na Itália e na Grécia. Na América espanhola, a revolução teve o seu início quando NAPOLEÃO BONAPARTE invadiu a Espanha, e depôs o legítimo herdeiro FERNANDO VII, pondo o seu irmão no trono, JOSÉ BONAPARTE. Ocorre que as autoridades coloniais colocaram-se contrárias a este procedimento, organizando governos próprios – juntas governamentais locais. Em 1811, o patriarca FRANCISCO MIRANDA proclamou a independência da Venezuela; mas foi vencido por tropas realistas. SIMÓN BOLÍVAR sucedeu MIRANDA no comando do Exército venezuelano. Após longa campanha, conseguiu a independência da Venezuela e da Colômbia (1819). No Chile, somente após a vitória de BERNARDO O'HIGGINS e SAN MARTÍN, em Maipu, veio a independência (1818). Ambos, apoiados por uma esquadra inglesa, comandada por LORD COCHRANE, libertaram o Peru (1821). As Províncias do Vice-Reino do Prata declararam-se independentes no Congresso de Tucumán (1816), constituindo as Províncias Unidas do Rio da Prata. O Paraguai tornou-se independente em 1813, liderado por JOSÉ DE FRANCIA. O Uruguai obteve a autonomia do Império brasileiro em 1828.



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Partindo deste ideário, os casos concretos, que muito interessavam aos cidadãos, mas em suas vidas privadas, terminavam por ser decididos no próprio Judiciário estadual; o que conferia prestígio ao Juiz da primeira instância.

Talvez este fosse o motivo sociológico em função do qual ele residisse na comarca onde funcionava no exercício da magistratura. Era visto com prestígio e respeito, pois o cidadão sabia da eficácia que poderia conter as suas decisões. Isto não significa dizer que se estava no melhor dos mundos, ou que não houvesse nenhuma interferência ou pressão de grupos políticos.

Por isto, e por se verificar que os recursos multiplicavam-se, e o caráter terminativo não era mais uma realidade, começaram os Juízes a não mais residirem nas comarcas, terminando por viajarem até elas nas manhãs da segunda-feira, retornando até a capital na quinta-feira, pois, via de regra, os aprovados nos concursos públicos da magistratura eram dela provenientes.

Este movimento de separação do Juiz em relação à sua comarca provavelmente começou a partir da Justiça do Trabalho, uma Justiça especializada federal.

Conscientemente, ou não, a Constituição de outubro de 1988 esboçou uma reação contra isto, fixando, no art. 93, inc. VII, que *o juiz titular residirá na respectiva comarca*, uma ordem com a qual o costume nem sempre se compadece.

Diante deste estágio concreto de organização do Poder Judiciário brasileiro, os advogados perceberam que a sentença do juiz de primeira instância ia perdendo o seu prestígio, e passaram, desde a interposição da inicial, a plantar os requisitos de admissibilidade de um futuro recurso para as instâncias superiores, prequestionando motivações constitucionais ou de lei federal.

Assim, a sentença perdeu o caráter de instrumento de resolução de demandas, e passou a funcionar como uma maneira de acelerar a carreira do magistrado.

Explico melhor o que digo. A sentença passou a ser um instituto requisitado para a promoção, quer em função do número que fosse emitido por cada Juiz, quer em função do seu caráter erudito.

Provavelmente, todo este processo haja procedido de maneira inconsciente.



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Modificar tal estado de coisas, como uma maneira de retomar um pretenso passado, prestigiando as instâncias inferiores, parece ser uma tarefa difícil.

A dificuldade não está apenas no fato de que, talvez, estes tempos idos jamais tenham de fato ocorrido, mas também por uma outra questão bem concreta. É que importa em alteração na estrutura de um mercado de trabalho firmado e estabelecido, que conta com representantes importantes nos escritórios de advocacia de todo o Brasil, e, mais particularmente, nos Estados e cidades com economias maiores, tais como Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre.

Outro aspecto com interferência significativa na multiplicação de demandas é o de que, aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) da população brasileira é composta de eleitores; ou seja, votam. Nem sempre foi assim, aliás a realidade de há quarenta anos era bastante diversa.

Portanto, aumentando a participação popular, reduz-se a hegemonia de qualquer corrente política no Parlamento, recorrendo-se, também por isto, a meios que terminam por tornar menos claras as leis, pois é mais difícil para um Parlamento com esta singularidade aprovar senão normas mais ambíguas.

Esta maior ambigüidade denota-se através de expressões adverbiais ou adjetivas, e também pelo recurso, no caso da Constituição, a normas que não são auto-aplicáveis, exigindo-se a posterior votação de novas leis ordinárias e complementares.

É o que, no Brasil, chama-se de acordos dilatórios.

A súmula³⁷¹ viria, portanto, dentro desta perspectiva, para recuperar um *suposto passado ideal*, e para dar uniformidade às normas com esta retrospectiva dilatória ou de exigência de uniformidade em favor da integridade da Federação brasileira.

³⁷¹ Além das Súmulas judiciais, devem ser consideradas as administrativas. Sobre elas, a Lei Complementar nº 73, de 10.02.1993 (Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências), dispõe: “Art. 4º. São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) XII- editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais; (...) Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar. § 1º. O enunciado da



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Portanto, não existiria súmula para delimitar os princípios gerais, permanecendo com os juízes das instâncias inferiores a faculdade de verificar se o caso concreto que se lhe apresenta está, ou não, na disciplina da interpretação mais geral realizada na uniformização da jurisprudência.

Note-se, a bem da verdade, que, por trás de toda esta discussão, há uma disputa por poder.

O problema não somente é o da estaticidade do direito, pois isto poderia vir a ser solucionado senão pela mudança da própria súmula, interpretando de outro modo a lei que a fundamenta; mas também em face da mudança da lei que a haja justificado.

O fato é que atribuir o caso concreto à alçada terminativa dos Juízes de instâncias inferiores seria uma das maneiras de alçar os Tribunais Superiores à categoria de Tribunais da Federação, desafogando-os.

Questões como a da chamada “*guerra fiscal*”, que implica em discutir a relação federativa, estaria enquadrada nesta perspectiva de procurar encontrar no passado a resposta para os problemas que se apresentam no presente.

Partindo destas considerações, entendo que haja espaço e necessidade para sublinhar recentes Decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que disseram respeito a um tema que assumiu um alto teor de polêmica jurídica nacional.

Refiro-me, no mérito, às chamadas contribuições previdenciárias dos servidores públicos inativos.

Quanto à forma, discutia-se a sustação de Proposta de Emenda Constitucional sobre o assunto, onde o Governo procurava instituir esta contribuição, a ser cobrada dos aposentados e pensionistas originários do serviço público, argumentando com as deficiências do Tesouro.

Súmula editado pelo Advogado-Geral da União há de ser publicado no Diário Oficial da União, por três dias consecutivos. § 2º. No início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União.”



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Pois bem. Indico as duas principais perspectivas processuais que se apresentaram (*legitimidade ativa*).

A primeira, quando o Ministro Relator, o reconhecido constitucionalista brasileiro CELSO DE MELLO, registra que o mandado de segurança impetrado por um servidor público federal aposentado (*Mandado de Segurança nº 23.565*) contra a contribuição previdenciária de inativos e pensionistas, pretendendo sustar a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional neste sentido, deveria ser arquivado, esclarecendo os seus motivos dizendo que, embora reconheça a “*possibilidade de controle incidental de constitucionalidade das propostas legislativas*”, apenas assim o faz acaso o procedimento haja sido instaurado **por iniciativa de um parlamentar**, não cabendo a um particular a legitimidade para o prévio questionamento judicial de uma Proposta de Emenda Constitucional em tramitação no Congresso Nacional.³⁷²

A segunda, quando, diante do entendimento declarado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, veio o Deputado JOSÉ ANTÔNIO (PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB) a impetrar um novo mandado de segurança (*Mandado de Segurança nº 23.568*), com pedido de liminar, para sustar a tramitação, na Câmara dos Deputados, da Proposta de Emenda Constitucional (136/99), que estabelece a cobrança previdenciária de aposentados e pensionistas do serviço público.

Neste mandado de segurança, o Deputado defende que a Emenda, ao prever a aplicação da progressividade das contribuições, produz um verdadeiro confisco, “*afrontando direitos e garantias individuais resguardados pela Constituição Federal.*”³⁷³

Também é válido destacar que o Procurador-Geral da República, GERALDO BRINDEIRO, vem afirmando sobre a necessária lembrança de que o Brasil já possui os seus quarenta anos de prática sumular inspirada no direito anglo-americano, havendo, agora, da parte do Supremo Tribunal Federal, o desejo de alguns Ministros de conferir

³⁷² Extraído do site do Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br. Data: 09.11.99. Hora: 17 hs. Manchete: *Supremo Tribunal Federal recebe mandado de segurança contra a cobrança de inativos*. Data: 10.11.99. Hora: 16 hs. Manchete: *Arquivado mandado de segurança impetrado por servidor público aposentado*.

³⁷³ Extraído do site do Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br. Data: 16.11.99. Hora: 18 hs. Manchete: *Deputado pede ao Supremo Tribunal Federal que suste a tramitação da Emenda sobre a cobrança de aposentados*.



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



efeito vinculante a esta rotina: “O saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL, autor de ‘Problemas de Direito Público’, obra clássica na literatura jurídica pela relevância dos temas (constitucionais e de direito público) e pela densidade doutrinária e jurisprudencial, introduziu no Brasil há cerca de 40 anos, como membro da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a experiência bem sucedida das súmulas inspiradas na doutrina do ‘stare decisis’ e nos ‘restatements of laws’ do direito anglo-americano. O eminente Ministro CARLOS VELLOSO, novo presidente do Supremo, defende a modernização do Judiciário, com a adoção, dentre outras medidas, do efeito vinculante das súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores.”

E continua o Procurador-Geral, ao se referir que também defende o Ministro CARLOS VELLOSO a reimplantação da arguição de relevância: “*Propugna também pela instituição da arguição de relevância da questão federal (na verdade, introduzida pela primeira vez no Brasil por emenda ao regimento interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1965, contando ainda com o talento de VICTOR NUNES LEAL). Penso que o presidente do Supremo tem inteira razão em ambas as hipóteses.*”³⁷⁴

É por todas estas circunstâncias que têm espaço os debates sobre a possibilidade das Súmulas com efeito vinculante.

Por um lado, afirma-se que é preciso preservar a capacidade criativa das instâncias inferiores, sendo salutar a divergência de interpretações, pois, só assim, é que se permitirá uma jurisprudência construtiva ou evolutiva. A idéia da Súmula vinculante seria autoritária, e beneficiaria apenas os Tribunais Superiores, dado que, nas instâncias mais baixas, os temas seriam novamente arguidos, com alterações que, para uns, pareceriam ancilares, embora, para outros, não.

Como sugestão intermediária, há quem pondere sobre a necessidade de, antes de o Presidente da República vir sancionar uma lei, consultar o Supremo Tribunal Federal³⁷⁵ sobre a existência de alguma inconstitucionalidade, mais ou menos nos moldes de Portugal e da França. Esta idéia, entretanto, não vem sendo bem aceita, sob a justificativa de que iria sobrecarregar ainda mais o referido Tribunal, dado que, no Brasil, o número de leis é de tal ordem que inviabilizaria a adoção da experiência estrangeira.

³⁷⁴ Extraído do Jornal “Folha de São Paulo”. 20.06.1999. Caderno Tendências, p. 02.

³⁷⁵ Vide, por exemplo, os artigos 278º e 279º, da Constituição da República Portuguesa, que trata da fiscalização preventiva da constitucionalidade e dos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional.



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Em favor das Súmulas vinculantes, além do elevado número de processos, e da carga de trabalho, aponta-se o fato de que a mesma matéria termina sendo decidida milhares de vezes pelos Tribunais Superiores.

Para descontraír um pouco esta questão, extremamente séria, recorro das palavras que foram atribuídas, por um jornal de grande circulação no Brasil (Gazeta Mercantil, 31.08.98), ao ex-Presidente e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, SEPÚLVEDA PERTENCE.

Dizia ele que, em uma Conferência de Cortes Constitucionais na Itália, em 1995, falou que tinha julgado dezoito mil (18.000) processos em apenas um semestre.

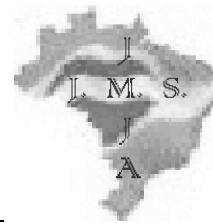
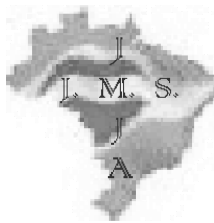
No intervalo, um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos dele aproximou-se, e comentou sobre a precariedade da tradutora, que, certamente, não conhecia bem o idioma português, ou então não sabia inglês. Motivo: ela falou dezoito mil processos em um semestre, quando, certamente, deveria haver registrado cento e oitenta, o que já seria um escândalo. E o Ministro PERTENCE respondeu-lhe: “Não, a tradutora é boa; o que não presta é o sistema.”³⁷⁶

Pois bem, se assim o é, parta-se, agora, para as propostas de reformulação do sistema.

Primeiramente, contudo, é preciso que se saiba que, na Constituição, tal como se encontra hoje, não é uma novidade o efeito vinculante expresso; pois, além da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual (art. 102, inc. I, “a”) e da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), tem-se consagrada a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal no art. 102, § 2º.³⁷⁷, que

³⁷⁶ Ver Gazeta Mercantil. 31.08.98, Título: Efeito Vinculante provoca polêmica. Mecanismo é proposto para diminuir o número de processos nos tribunais superiores. Aquilo que citei encontra-se logo no primeiro parágrafo do artigo (R.F. e J.B.).

³⁷⁷ Mais uma Ação Declaratória de Constitucionalidade foi interposta pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, e que recebeu uma grande divulgação na comunicação social no Brasil. Refiro-me àquela onde foram ratificadas as Decisões que impediam os donos de cartórios de cobrar pela emissão da primeira via de Certidões de nascimento e de óbito.



diz: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe. (...) § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos **e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.” (grifei)

AS PROPOSTAS:

1. Comissão Especial destinada a oferecer parecer à proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992³⁷⁸. Substitutivo à proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992. Introduce modificações na estrutura do Poder Judiciário.

“Art. 96. Compete privativamente:

(...)

III- ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores processar e julgar as reclamações para a preservação de suas competências e a garantia da autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes, podendo a decisão reformar ou cassar o ato judicial e anular o ato administrativo reclamado.

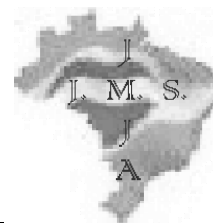
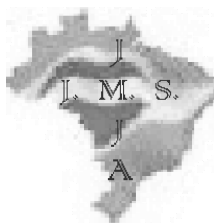
(...)

Art. 98. O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no art. 107, § 2º³⁷⁹ (**inconstitucionalidade por omissão**), e os Tribunais

Trata-se da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 05. A Decisão liminar pela gratuidade foi tomada pela maioria dos 11 (onze) Ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Nesta mesma Decisão do mais Alto Tribunal brasileiro, ficou reconhecido, pelo Plenário, que era cabível o pedido de medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. (Extraído do site do Supremo Tribunal Federal na INTERNET. www.stf.gov.br. Data: 17.11.99. Hora: 16 hs. Manchete: Supremo Tribunal Federal ratifica decisão que impede cartórios de cobrar por certidões de nascimento e óbito).

³⁷⁸ A proposta de Emenda Constitucional nº 96, de 1992, é também chamada de Emenda JAIRO CARNEIRO.

³⁷⁹ Seria o correspondente ao atual art. 103, § 2º, que diz: “Declarada a **inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder



Superiores, após decisões reiteradas da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento.

§ 1º. A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que **acarrete grave insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º. A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

§ 4º. **O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções.**” (grifei)

É o § 2º., do art. 106 (atual art. 102): “As decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal nos casos previstos nas alíneas “a” e “l” do inciso I, a partir de sua publicação oficial, serão oponíveis a todos e terão **efeito vinculante** relativamente

competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (grifei)



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios” (grifei)

São as alíneas “a” e “l”, do art. 106 (atual art. 102):

“Art. 106. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I- processar e julgar, originariamente:

*a) a ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e de **súmula vinculante**;*

(...)

l) a questão constitucional incidente nos termos do § 5º. do artigo 107”. (grifei)

É o que diria o art. 107, § 5º: “*Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo a fim de proferir decisão com **efeito vinculante** exclusivamente sobre a matéria constitucional.*” (grifei)

2. Anteprojeto de Reforma do Poder Judiciário. Proposta da Comissão instituída pela atual Diretoria da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE/1998)³⁸⁰.

As diferenças substantivas básicas entre o que aqui se propõe, e a proposta anterior são quatro, a saber:

- a) pretende-se que apenas o Supremo Tribunal Federal edite súmulas com efeito vinculante, rejeitando-se esta atribuição aos demais Tribunais Superiores (militar, eleitoral, trabalhista e Superior Tribunal de Justiça);

³⁸⁰ Participaram dos trabalhos da Comissão, que foi instalada por ato do Juiz-Presidente da AJUFE, TOURINHO NETO, em maio de 1998, os Juizes CASTRO MEIRA, SIMONE SCHREIBER, DJALMA GOMES e FLÁVIO DINO (Coordenador da Comissão).



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



- b) pretende-se que a aprovação, alteração ou o cancelamento da súmula vinculante possa ocorrer, além de pelos demais legitimados da proposta original, pelas entidades representativas da magistratura de caráter nacional, rejeitando-se a expressão *entidade máxima*. Assim se fez porque a magistratura, no Brasil, tanto pode ser estadual, quanto também federal; possuindo as magistraturas federais as suas próprias entidades;
- c) retira-se as sanções para o *reiterado* descumprimento de súmula vinculante: crime de responsabilidade para o agente político e perda do cargo para o agente da Administração;
- d) elimina-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal suspender processo em curso, de modo a decidir sobre algum incidente de índole constitucional.

Adiante, vai o Texto desta nova proposta.

“Art. 96. Compete privativamente:

(...)

III- ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores processar e julgar as reclamações para a preservação de suas competências e a garantia da autoridade de suas decisões, podendo a decisão reformar ou cassar o ato judicial e anular o ato administrativo reclamado;

(...)

Art. 98. O Supremo Tribunal Federal após decisões reiteradas da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderá editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...)

§ 2º. A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria, pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelas entidades representativas da magistratura de caráter nacional.



53-52. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



§ 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Supremo Tribunal Federal, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

(...)

Art. 106. (...)

§ 1º. A decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso previsto na alínea “a”, do inciso I, a partir de sua publicação oficial, será oponível a todos e terá efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”

Evidentemente que outras Propostas existem³⁸¹, mas destaco, apenas, estas duas, por considerar que os principais pontos de discussão foram salientados pelas suas quatro diferenças.

A minha posição sobre os quatro pontos que destaquei, praticamente, coincide com a Proposta da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE).

A única ressalva que faço é a de que não cabe mandamento constitucional sem sanção para a hipótese do seu descumprimento³⁸².

³⁸¹ Há, também, uma interessante Proposta do Senador EDUARDO SUPPLY, do Partido dos Trabalhadores – São Paulo, pela qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal seriam indicados alternadamente por um dos três Poderes. No XVII Congresso Brasileiro dos Magistrados, o então Presidente do Supremo Tribunal brasileiro, Ministro MARCO AURÉLIO, afirmou que, caso fosse aprovada a sugestão do Senador paulista, ampliaria-se a representatividade das diversas correntes da sociedade dentro deste Tribunal. (Site oficial do STF, 24.10.01. Manchete: MARCO AURÉLIO elogia proposta que altera forma de escolha dos Ministros do STF)

³⁸² “A grande relevância de entrever essa mesma distinção aparece, novamente, quando pretendemos responder à pergunta: existe norma sem sanção? E a resposta é esta: absolutamente, não. Aquilo que há são enunciados prescritivos sem normas sancionatórias que lhe correspondam, porque estas somente se associam a outras normas jurídicas prescritoras de deveres. Caso imaginássemos uma prestação estabelecida em regra sem a respectiva sanção jurídica e teríamos



53-52. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



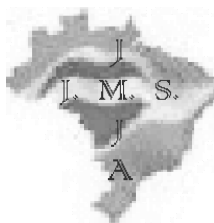
Logo, é preciso determinar o que significa a expressão “*reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante*”, bem como traçar os exatos espaços da chamada “*questão relevante*”, constante no § 4º, do art. 98 e no § 5º, do art. 107, do Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992.

Isto porque as sanções previstas são bastante graves (*crime de responsabilidade para o agente político e perda do cargo para o agente da Administração; sem prejuízo de outras sanções*). Além do mais, por experiência de judicatura, tenho a convicção de que, se aprovadas a *súmula vinculante* e a *questão relevante*, certamente, os casos concretos apresentarão sutilezas que só a prática diária é capaz de demonstrar.

Contudo, a despeito de todas estas importantes discussões, não será possível esquecer do atual equacionamento infraconstitucional:

- a) a Medida Provisória nº 1.984, substituída repentinamente pela Medida Provisória nº 2.102/2.001 (atual Medida Provisória nº 2.180), traz uma espécie de arremedo de súmula vinculante, pois subordinada à deliberação administrativa sobre matéria ainda submetida a exame judicial. Poderia ser algo efetivo se o Poder Executivo não fosse tão econômico no exercício desta sua atribuição. Os seus termos: “Art. 12. *Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição do recurso voluntário*”;
- b) a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, já alterada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que modificou o Código de Processo Civil brasileiro, trazendo, ao seu art. 557, uma espécie ainda mais abrangente de Súmula judicial vinculante. Primeiro, porque qualquer Tribunal do País pode assim proceder. Depois, porque a própria Súmula, ou simples jurisprudência de um Tribunal intermediário, poderá permitir ao Relator atribuir-lhe um relativo efeito vinculante, fortalecendo os juízos

resvalado para o campo de outros sistemas de normas, como o dos preceitos morais, religiosos etc. Nesta visão, o direito vai aparecer como grande fato comunicacional, sendo a criação normativa confiada aos múltiplos órgãos credenciados pelo sistema.” (CARVALHO, PAULO DE BARROS. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo. Editora Saraiva. 1998, p. 21)



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



singulares nos órgãos colegiados. O objetivo é o de acelerar o rito processual, o que poderia não se verificar acaso houvesse um aumento volumoso de agravos internos; mas isto não vem ocorrendo.

É o teor do art. 557, do Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 557. *O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.*”

Dispositivos processuais como estes, adquirem especial importância nas chamadas “questões de safra”, entre elas, com marcado destaque, as questões tributárias, a saber: finsocial de empresas comerciais e de prestadoras de serviços, contribuição para o financiamento da seguridade social (COFIS), contribuição do salário educação, imposto de renda sobre lucro líquido, adicional de tarifa portuária, contribuição provisória sobre movimentações financeiras, contribuição para a seguridade social dos servidores públicos, etc.

Creio, então, que, feitas estas referências ao efeito vinculante e às Súmulas, e havendo disposto, em linhas gerais, sobre o controle de constitucionalidade, quer na sua forma concentrada, quer na difusa (vide índice onomástico)³⁸³, sobressai um certo espírito de busca por estabilidade.

³⁸³ Consulte-se as expressões ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), ação declaratória de constitucionalidade (ADCon), inconstitucionalidade por omissão, descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção, representação de inconstitucionalidade e incidente de constitucionalidade.



53-5.2. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



E será com esteio nesta expectativa que analisarei o controle de constitucionalidade em relação às medidas provisórias.

Primeiramente, sublinho afirmativamente sobre a sua admissibilidade não apenas no caso concreto, mas também no âmbito abstrato. Já são inúmeras as liminares, concedidas pelo Supremo Tribunal Federal, que confirmam isto.

Mas, se houver rejeição expressa da medida provisória, ou se o prazo constitucional de vigência transcorrer sem deliberação do Congresso Nacional, também me parece assente o entendimento de que restará prejudicada a ação veiculadora do controle abstrato.

Uma questão mais sutil é a de saber se estará prejudicado o controle concentrado se, durante o transcurso processual, houver a conversão em lei.

Aqui, vislumbro três hipóteses:

- a) não havendo alteração de conteúdo, mantendo-se a identidade originária. Nesta situação, não haverá o prejuízo da continuidade do controle jurisdicional;
- b) havendo alteração de conteúdo, mas de caráter não substancial. O problema será o de saber o que, na realidade, significa *alteração substancial*. Chegando-se a um consenso, e tendo em conta a natural pretensão de definitividade das medidas provisórias, que não são meras *leis temporárias*, creio que a restrita alteração formal do texto originário não deveria provocar o prejuízo do controle abstrato, bastando que o órgão jurisdicional requisite novas informações junto aos Poderes Executivo e ao Legislativo. Quanto às manifestações da Advocacia-Geral da União e do Procurador Geral da República, também poderiam ser aditadas, se isto fosse, realmente, necessário;
- c) havendo alteração de conteúdo, e de caráter substancial. Se o texto de lei em que se converteu a medida provisória guardar ainda uma identidade com a disposição originalmente impugnada, entendo que se possa estender a declaração de inconstitucionalidade, mantendo-se o controle abstrato, desde que haja o aditamento da inicial. Para isto, seria necessário estatuir um prazo³⁸⁴.

³⁸⁴ Vide a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (Dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Outra questão de inegável relevo é o da compatibilização temporal entre a expedição de uma medida liminar pelo Poder Judiciário e o caráter precário (60 ou 120 dias) de uma medida provisória.

De fato, será extremamente improvável a emissão de uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade de uma dada medida provisória.

Além do mais, gera um relativo constrangimento verificar que uma medida provisória, que está sendo analisada pelo Congresso Nacional, tanto em relação aos seus pressupostos de admissibilidade (relevância e urgência), quanto em relação ao mérito, esteja sob a censura do Supremo Tribunal Federal, já pesando contra si uma decisão liminar.

Um redutor de tal estado de coisas seria permitir que, na prorrogação da medida, haja a alteração do ponto sob censura.

Por enquanto, o que há é o art. 12, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

É o seu teor: “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”

Em outras palavras, procura-se agilizar o processamento, construindo uma espécie de *procedimento sumário de constitucionalidade*. Uma maneira de aprofundar rapidamente a cognição de mérito, para não frustrar a jurisdição constitucional.

Supremo Tribunal Federal). Como exemplo: o § 78, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* autoriza ao Tribunal estender a declaração de inconstitucionalidade a *outras disposições da mesma lei*, alcançando, inclusive, dispositivos semelhantes que alterem a norma impugnada.



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



Ora, se há uma pretensão de agilidade, deve-se reconhecer a possibilidade de aditamentos ou emendas à petição inicial, de modo a não permitir o problema da solução de continuidade.

Afinal, em certas matérias, com mérito bem mais duvidoso, isto já ocorre, tal como no cômputo dos prazos de medidas provisórias para a contagem da anterioridade nonagesimal das contribuições em favor da seguridade social (art. 195, § 6º, da Constituição de outubro de 1988).

Contudo, seria preciso regulamentar estes aditamentos, tornando-os, por exemplo, desnecessários quando não houvesse *alteração substancial efetiva*³⁸⁵ entre a medida provisória originária, a sua prorrogação e o texto de lei na qual foi convertida.

Agindo assim, seriam eliminados os repetidos aditamentos.

Outra questão que merece a análise de “*lege ferenda*” é aquela que utiliza o “*não aditamento*” como uma forma astuta de desistência.

Explico melhor o que digo.

Interposta a ação, e não se obtendo a liminar pretendida, ou colhendo sinais evidentes neste sentido, advém a prorrogação da medida provisória, e a parte autora evita aditar a inicial, procurando com isto tornar prejudicada a Ação veiculadora do controle abstrato.

Deste modo, poderia escolher melhor o Juiz Relator, fraudando a distribuição processual.

Afora a discussão sobre a má fé deste procedimento, e a multa indenizatória daí conseqüente, tem-se mais um motivo para demarcar com mais objetividade a hipótese de aditamento, pois se, de um lado, ele serve para a agilização; por outro, ele poderá funcionar como um instrumento de abuso.

Apenas em relação às *alterações substanciais efetivas* é que deveria caber o aditamento da inicial. Logo, como, na minha perspectiva, a prorrogação de uma medida

³⁸⁵ Vide, adiante, o Capítulo sobre a *questão de repercussão geral*.



5352. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE NO BRASIL E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS. PROPOSTAS



provisória não deveria conter senão a reprodução do que foi originariamente posto, restritíssimas seriam as hipóteses de aditamento, entre elas aquela em que, emitida a liminar pelo órgão judiciário, venha o Poder Executivo a prorrogá-la sem o dispositivo atingido, o substituindo por outro. Outra hipótese seria a conversão em lei com alterações evidentes de conteúdo.

Nestes casos, caberia a emenda da exordial.

Pois bem, o nosso próximo assunto diz respeito ao propagado controle externo da magistratura brasileira.



5.3.5.3. CONTROLE EXTERNO DA MAGISTRATURA BRASILEIRA. PROPOSTAS³⁸⁶

Tenho comigo que esta questão deriva do fato de que a população brasileira, de um modo geral, encontra-se insatisfeita com o atendimento que recebe da Justiça.

Iniciativas como a da implantação dos juizados especiais (art. 98, inc. I³⁸⁷, da atual Constituição do Brasil), ou a solução de litígios através da atuação de órgãos estranhos ao Judiciário (arbitragem e mediação, por exemplo), em que pese devam ser desenvolvidas, não estão sendo suficientes para atender à demanda que advém após cada plano econômico.

É uma enxurrada de causas.

³⁸⁶ A atual Constituição da República Portuguesa dispõe, no art. 218º, sobre o *Conselho Superior da Magistratura*, de onde destaco: “1. O Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, e composto pelos seguintes vogais: a) dois designados pelo Presidente da República; b) sete eleitos pela Assembleia da República; c) sete juizes eleitos pelos seus pares, de harmonia com o princípio da representação proporcional. 2. As regras sobre garantias dos juizes são aplicáveis a todos os vogais do Conselho Superior da Magistratura. 3. A lei poderá prever que do Conselho Superior da Magistratura façam parte funcionários de justiça, eleitos pelos seus pares, com intervenção restrita à discussão e votação das matérias relativas à apreciação do mérito profissional e ao exercício da função disciplinar sobre os funcionários de justiça.”

Acrescente-se, ainda, o art. 217º: “1. A nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juizes dos tribunais judiciais e o exercício da acção disciplinar competem ao Conselho Superior da Magistratura, nos termos da lei. 2. A nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juizes dos tribunais administrativos e fiscais, bem como o exercício da acção disciplinar, competem ao respectivo Conselho Superior, nos termos da lei. 3. A lei define regras e determina a competência para a colocação, transferência e promoção, bem como para o exercício da acção disciplinar em relação aos juizes dos restantes tribunais, com salvaguarda das garantias previstas na Constituição.”

³⁸⁷ Constituição do Brasil. “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I- juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau”.



Daí, pelo descontentamento, procura-se uma saída.

Creio que seja este o sentimento que autoriza falar em controle externo da magistratura.

No entanto, é de fundamental importância que se saiba que o Poder Judiciário, no Brasil, não se encontra tão desacreditado como pode transparecer pelos debates em torno deste assunto.

Prova do que digo é exatamente o crescente congestionamento do aparelho Judiciário brasileiro.³⁸⁸

Segundo o pronunciamento do Ministro CARLOS VELLOSO³⁸⁹, os números exatos, relativos ao ano de 1998, correspondem, só no Supremo Tribunal Federal, a cinquenta mil, duzentos e trinta e dois (50.232) processos distribuídos; e cinquenta e dois mil e seiscentos e doze (52.612) processos julgados. E no ano de 1999 correspondem a cinquenta e quatro mil e duzentos e setenta e nove (54.279) processos distribuídos; e cinquenta e cinco mil e seiscentos e sessenta e dois (55.662) processos julgados.

Ora, isto significa, em certa medida, a restauração da ordem democrática, sendo um sinal positivo de militância da cidadania.

A estabilização monetária é que vem sendo um problema difícil de ser superado.

³⁸⁸ Embora possa-se dizer que há um grande volume de demandas com partes repetidas, tal é o caso do INSS- Instituto Nacional do Seguro Social, da CEF – Caixa Econômica Federal e dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, etc, e da própria União Federal. Por outro lado, está em fase final o estudo para a criação da *TV Justiça*. A geração do sinal ficará sob a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, mas a produção será descentralizada. A *TV Justiça* transmitirá para todo o País julgamentos, mesmo em Tribunais mais distantes. Uma outra função a ser por ela exercida é a de treinar, por exemplo, mesários para as eleições. (Extraído do Noticiário do Supremo Tribunal Federal, de 15.10.2001, sob a Manchete: MARCO AURÉLIO defende eleição direta para presidência de tribunais e anuncia criação de *TV da Justiça*)

³⁸⁹ O pronunciamento do Ministro CARLOS VELLOSO, ao final da última sessão da Corte Suprema, encontrava-se, na INTERNET, no Noticiário do Supremo Tribunal Federal, em 17.12.99 às 15:00 hs. Manchete: CARLOS VELLOSO afirma que Supremo fez o que devia em 1999.



5.3.5.3. CONTROLE EXTERNO DA MAGISTRATURA BRASILEIRA. PROPOSTAS



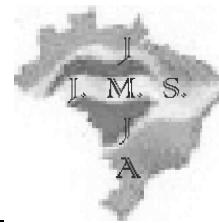
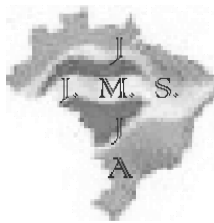
Por isto, não basta apenas pensar em novos modos de controle dos Juízes, pois já existem as Corregedorias a julgar representações de toda ordem, afora o controle externo exercido pelo Legislativo, auxiliado pelos Tribunais de Contas (art. 70 e ss., da atual Constituição do Brasil).

É necessário que, neste novo contexto da sociedade civil, o Poder Judiciário seja provido dos meios necessários a fazer frente a esta sua condição de relevância no processo institucional que está em curso.

E o Judiciário não está fechado para discutir os seus próprios problemas com a população, sendo estas as palavras do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando do discurso de encerramento do ano judiciário de 1998, conclamando a participação dos cidadãos no debate já instalado (“Últimas Notícias” do STF, 18.12.98): “(...) A questão do Poder Judiciário, que se revela impregnada de forte componente político-institucional, é demasiadamente importante para ser apenas discutida pelos operadores do Direito. É por tal razão que se impõe a ativa participação de todos os cidadãos nesse debate, pois a possibilidade de ampla reflexão social em torno da questão judiciária – que hoje constitui dado revelador da própria crise do Estado –, além de dar significado real à fórmula democrática, terá a virtude de atribuir plena e essencial legitimação ao processo decisório instaurado perante o Congresso Nacional.”

Assim, feita esta ressalva de manutenção de algum otimismo em relação ao Poder Judiciário brasileiro, mesmo após a chamada “CPI do Judiciário”, onde fatos ilícitos apontaram, não é possível deixar de refletir sobre as duras afirmativas de ROBERTO MANGABEIRA UNGER, quando diz que o critério de escolha dos Juízes dos Tribunais Superiores não é outro senão o da amizade com o Presidente da República ou com Governadores de Estado. Eis, aí, portanto, um *controle externo de fato*.³⁹⁰

³⁹⁰ “Há uma situação intolerável, agora, no Brasil: os juízes dos tribunais superiores são escolhidos porque são amigos do Presidente ou do Governador, são cupinchas políticos deles; por isso, são escolhidos e estão propondo um controle externo do Judiciário – esse é o controle externo que existe, que destrói e desmoraliza o Judiciário brasileiro. Assim, as propostas de nomeação desses juízes são apresentadas ao Parlamento, que carimba, e a sociedade não sabe de nada, portanto, cala-se. Isso é que destrói toda essa possibilidade que eu estava descrevendo e permite uma lengalenga mistificadora em que todas as propostas de crítica e mudança são acoimadas como um voluntarismo jacobino, para despir esse sistema de serviços de um ornamento de respeitabilidade. Só vamos mudar isso no Brasil quando o Judiciário, nas instâncias inferiores, começar a assumir a tarefa que descrevi, e com isso fazer com que os olhos da sociedade brasileira se voltem para eles.



Pois bem, sobre o assunto do *controle externo*³⁹¹, cito, inicialmente, a Proposta de Emenda à Constituição nº 112/95, da autoria do Deputado JOSÉ GENUÍNO, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo.

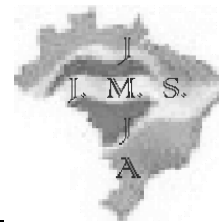
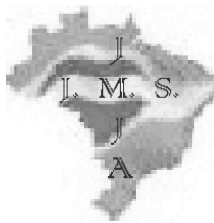
Na sua Justificativa, realça-se a alta relevância do Poder Judiciário, mas se requer a instrumentalização de um mais aproximado controle social da estrutura judicante. Por vezes, o Deputado chega a ser duro em seus argumentos, com os quais é possível discordar; mas não desconhecer.

De modo a ser fiel ao que expôs como fundamento do que propunha, um sistema de controle do Poder Judiciário constituído por duas esferas de Conselhos, a saber: Conselho Federal de Justiça; Conselhos Estaduais de Justiça / Conselho Distrital de Justiça, trato de reproduzir trechos da sua Justificativa.

É o que vai em seguida, demonstrando-se uma evidente insatisfação com o que se chamou de “Estados dentro do Estado”, pondo em dúvida ações como de mero benefício particular: “A concepção clássica da independência dos poderes do Estado tem sido utilizada frequentemente como um subterfúgio para neutralizar qualquer possibilidade de

Então, as propostas de nomeação dos juízes nos tribunais superiores começarão a ser debatidas no País, e substituiremos o sistema de cupinchas pela vigilância dos cidadãos.” (Desafios Contemporâneos ao Estado Democrático – Anais do 17º Encontro Nacional dos Juízes Federais. Estação Produções Ltda, 2.001, ps. 76-77)

³⁹¹ Sobre o que chamei de “*controle externo de fato*”, faço constar que, segundo uma emenda do Senador JOSÉ EDUARDO DUTRA, à Proposta de Reforma Constitucional do Poder Judiciário, só poderia ser indicado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, e que hajam ultrapassado o prazo de três (03) anos distante de cargos nos Poderes Executivo e Legislativo. Seria uma espécie de quarentena. Logo, o presidente ou vice-presidente da República, senador, deputado federal, governador ou vice-governador dos Estados ou do Distrito Federal, ministros de Estado, procurador-geral da República, advogado-geral da União, presidente de Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil, etc estariam incluídos na proibição. Contra esta vedação, o líder do Governo na Comissão, Senador ROMERO JUCÁ, ponderou afirmando que o fato de alguém haver sido indicado para um cargo desta ordem deveria contar a favor da indicação, e não contra ela. O problema, contudo, está na suspeita quanto ao comportamento dos futuros Ministros do Supremo Tribunal Federal, que até podem ser injustas, mas permite pensá-los como líderes de um Governo que lhes conferiu o legado do ministério.



controle social sobre os poderes do Estado, notadamente sobre o Poder Judiciário. Em realidade, a relação entre os poderes constituídos não tem se caracterizado por uma interdependência pela qual se busque a implementação de políticas públicas comuns. Em decorrência, os poderes Legislativo e Judiciário têm atuado como se fossem ‘estado dentro do estado’, com a adoção de regramentos internos e benefícios de toda a ordem que, muitas vezes, desconsideram a própria Constituição. No caso específico do Poder Judiciário, o último reajuste de vencimentos que os ministros do Supremo Tribunal Federal se auto-concederam, utilizando-se, para tanto, de um expediente meramente administrativo, constitui-se um exemplo ilustrativo.”

Continua, dizendo que, excluída a atividade tipicamente jurisdicional, o Poder Judiciário não poderia ficar em uma esfera que considera de insindicabilidade: *“A proposta que estamos apresentando para discussão objetiva criar um sistema de controle do Poder Judiciário com a finalidade de exercer a fiscalização externa de suas atividades. Entretanto, tal fiscalização, para garantir a sua própria eficácia e, notadamente, para preservar a autonomia e a independência do Poder, não poderá se imiscuir nas atividades jurisdicionais.”*

E arremata, negando às instituições da Justiça estatal uma perspectiva exclusiva na esfera técnico-formal, revisitando o tema da separação clássica dos Poderes em face da fisionomia que acredita ter a sociedade civil brasileira: *“Estamos convencidos que em sociedades fragmentadas em conflitos de classe como a nossa, as instituições estatais não esgotam a realidade do direito. Nesse contexto, a justiça não pode ser entendida dentro de uma perspectiva exclusivamente técnico-formal. O princípio da separação dos Poderes não pode ser utilizado para consolidar a fragmentação do próprio Estado e justificar a impossibilidade de controle social sobre uma atividade que é pública e de mais alta relevância social. Não há Estado Democrático de Direito sem uma atividade jurisdicional autônoma e independente, assim como não há Estado Democrático de Direito sem que a sociedade civil não possa controlar as suas instituições políticas, legislativas e judiciais. Sala das Sessões, 31 de maio de 1995.”*

Pelo que pude perceber desta Proposta, além de propugnar pela mais ampla publicidade (art. (...) *Os Tribunais não poderão realizar sessões secretas para tratar de assunto administrativo*), preocupa-se por criar um canal para denúncias e reclamações contra os membros da magistratura e os funcionários dos serviços auxiliares. Neste canal - os Conselhos, optou-se por uma composição onde sempre deveria aparecer a participação



de cidadãos brasileiros com mais de trinta e cinco anos de idade, eleitos pelo Congresso Nacional, pelas Assembléias Legislativas estaduais ou pela Câmara do Distrito Federal, ficando vedada a indicação de parlamentar.

Além desta iniciativa, apresentarei as que se seguem, que se referem ao denominado *Conselho Nacional de Justiça*.

De fato, a instituição do Conselho (controle externo) veio a ser estimulada com a chamada CPI sobre o Poder Judiciário, estando, à época, como Presidente do Senado e do Congresso Nacional, ANTONIO CARLOS MAGALHÃES.³⁹²

Na Síntese do Relatório Final desta CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito)³⁹³, foram apresentados, ao menos, fortes indícios de irregularidades:

- a) no TRT (Tribunal Regional do Trabalho) de São Paulo;
- b) arbitrariedades nas adoções internacionais em Jundiaí – São Paulo;
- c) emprego irregular de recursos públicos, nepotismo, superfaturamento no TRT (Tribunal Regional do Trabalho) da Paraíba;
- d) concessão indevida de mandados de soltura e progressão de regime de execução penal no Amazonas³⁹⁴ a narcotraficantes;

³⁹² Foi o Presidente do Senado Federal, ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES, que deu início a esta CPI. A mesma recebeu da mídia brasileira um grande destaque.

³⁹³ Vide Síntese do Relatório Final da CPI sobre o Poder Judiciário. Senado Federal. Brasília 2000. Gráfica do Senado Federal. Presidente Senador RAMEZ TEBET. Vice-Presidente Senador CARLOS WILSON. Relator Senador PAULO SOUTO. 619 ps.

³⁹⁴ Esta é uma região extremamente importante do Brasil, merecendo ser incentivado o seu desenvolvimento. Em 2.001, o Senado Federal aprovou o Fundo para a Amazônia Ocidental, buscando recolher recursos para beneficiar programas e obras em Municípios dos Estados do Acre, Amazonas, Rondônia e Roraima. Mas, para entrar em vigor, a Proposta precisa ser ainda aprovada pela Câmara dos Deputados. O Fundo iria vigorar de 2.001 a 2.003. Para a constituição do Fundo, a União deveria destinar parte da receita líquida de impostos arrecadados no Amazonas, em um percentual correspondente ao dobro do percentual de área protegida nesses quatro Estados. O conceito de área protegida é o de todo o território da Amazônia Ocidental para o qual sejam impostas restrições à



- e) na Justiça de Mato Grosso;
- f) na Vara de Falências e Concordatas de Goiânia;
- g) no TRT (Tribunal Regional do Trabalho) do Rio de Janeiro;
- h) condenação bilionária sofrida em 1ª instância pelo BASA – Banco da Amazônia S/A;
- i) dilapidação do patrimônio de um menor na Vara de Órfãos e sucessões de Brasília.

Sob este quadro, e nas chamadas “Recomendações Gerais” do Relatório Final, veio a sugestão de que o controle externo do Poder Judiciário brasileiro, aproveitando o exemplo das experiências francesa e italiana, deveria ser integrado por um Órgão com os seguintes membros: Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Procurador-Geral da República, do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e de três juristas indicados respectivamente pelo Presidente da República, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados.

É, neste contexto social, que costumam ser observadas as Propostas sobre controle externo no Brasil.

1.Comissão Especial destinada a oferecer parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992. Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992. “Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário”.

Aqui, nesta extensa propositura, constituem objeto de preocupações e de definições os seguintes aspectos principais:

- a) fixação das hipóteses onde o juiz deveria perder o seu cargo;
- b) estabelecimento da composição e das competências do Conselho Nacional de Justiça;

exploração econômica de recursos naturais. Assim, o novo Fundo não provocaria a perda do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), nem do Fundo de Participação dos Estados (FPE).



- c) legitimação ativa para provocar a atuação do Conselho Nacional de Justiça;
- d) indicação do juízo natural para o julgamento dos Membros do Conselho Nacional de Justiça.

“Art. 95. (...)

§ 2º. O juiz perderá o cargo por sentença condenatória transitada em julgado, nas hipóteses previstas no Estatuto da Magistratura, ou por deliberação do tribunal competente ou decisão do Conselho Nacional de Justiça, por interesse público ou motivo disciplinar, nos casos de:

I- infrações ao disposto no parágrafo anterior (exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; exercer qualquer atividade consultiva ou de assessoramento; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processos e ainda, em razão do cargo, doações, contribuições ou auxílios de qualquer natureza de pessoas físicas ou de entidades públicas ou privadas; exercer atividade político-partidária ou sindical; emitir declarações ou manifestar-se sobre o mérito de causas submetidas a seu julgamento ou ao tribunal a que estiver vinculado; revelar fatos ou informações cobertos pelo sigilo legal; firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes);

II- infração ao disposto no inciso VII, do art. 93 (o magistrado residirá na sede do tribunal ou do juízo a que servir ou em localidade contígua, salvo expressa autorização do tribunal a que estiver vinculado);

III- negligência contumaz no cumprimento dos deveres do cargo;

IV- procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções, definido em lei.

§ 3º. É incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções de juiz, além dos casos definidos em lei, o abuso das prerrogativas asseguradas a membros do Poder Judiciário.

(...)

DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA



Art. 108. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça, dois Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, um Ministro do Tribunal Superior Militar, um juiz representante dos Tribunais Regionais Federais, um juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho, três Desembargadores representantes dos Tribunais de Justiça, um advogado representante da Ordem dos Advogados do Brasil, um membro representante do Ministério Público, e dois magistrados representantes da entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 1º. O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que o integra como membro nato, sendo os demais membros escolhidos, mediante eleição, por voto secreto (os incisos posteriores os colégios eleitorais e o quórum necessário para eleger cada um dos representantes deste Conselho)

§ 6º. Compete ao Conselho, além de outras atribuições que lhe forem conferidas no Estatuto da Magistratura:

I- zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentadores no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II- elaborar o seu regimento interno, organizar seus serviços auxiliares, podendo servir-se de infra-estrutura de apoio, de instalações e de serviços, e requisitar pessoal, a este fim, dos demais órgãos do Poder Judiciário;

III- zelar pela observância do art. 37 (princípios informadores da Administração Pública) e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou assinar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

IV- processar e julgar as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais, podendo avocar processos disciplinares e determinar, pelo voto da maioria absoluta, a perda do cargo, a disponibilidade ou a aposentadoria com proventos proporcionais, a suspensão e a remoção e aplicar outras sanções



administrativas previstas no Estatuto da Magistratura, assegurada sempre a ampla defesa do acusado;

V- representar ao Ministério Público, quando verificar a existência de crime de ação pública, nos autos ou papéis de que conhecer;

VI- rever, de ofício, ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VII- fiscalizar a observância das normas constitucionais sobre os limites de remuneração;

VIII- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, devendo integrar mensagem ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa;

*IX- definir e fixar, com a participação dos órgãos do Poder Judiciário e das associações representativas das carreiras jurídicas, planos de metas e o planejamento estratégico, e planos e programas de avaliação institucional e do funcionamento do Poder Judiciário, tendo em vista o aumento da eficiência, racionalização, incremento da produtividade e maior eficácia do sistema, garantindo mais **segurança**, celeridade e maior acessibilidade na realização dos serviços da Justiça;*

X- manter o Banco de Dados do Poder Judiciário, contendo a integralidade das informações concernentes a número de magistrados, qualificação, unidades judiciais e sobre os serviços e o pessoal dos órgãos do poder, como instrumento essencial ao planejamento;

XI- manter centro nacional destinado à formação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, e ao desenvolvimento da administração e da pesquisa judiciária, com função inclusive de reconhecimento, coordenação e supervisão das escolas e de cursos da magistratura do país;

XII- elaborar com a participação dos demais órgãos do Poder Judiciário, o Código de Ética do Juiz Brasileiro;

XIII- exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentários e manifestar-se de ofício ou mediante consulta sobre os planos e programas de investimentos dos órgãos do Poder Judiciário;

XIV- facultativamente, a iniciativa de leis que disponham sobre a carreira de magistrado, organização e funcionamento do Poder Judiciário, e a prevista no art. 96, § 1º (é facultado ao Supremo Tribunal



Federal a iniciativa de leis sobre matéria processual, podendo dispor inclusive sobre requisitos de admissibilidade dos recursos, bem como sobre o processo e julgamento dos feitos de competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, e sobre direito civil, comercial, penal, eleitoral e do trabalho, devendo as proposições contar com a maioria absoluta de votos dos membros do Tribunal).

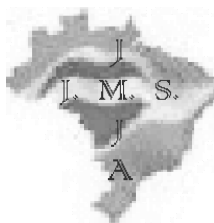
(... §§ sobre atribuições do Ministro-Corregedor – escolhido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e sobre a natureza das Decisões do Conselho)

§ 10. Poderão dirigir-se ao Conselho, sobre qualquer matéria de sua competência:

- I- a Mesa do Senado Federal;*
- II- a Mesa da Câmara dos Deputados;*
- III- a Mesa da Assembléia Legislativa;*
- IV- os Tribunais;*
- V- o Procurador-Geral da República;*
- VI- o Advogado-Geral da União;*
- VII- o Defensor Público-Geral da União;*
- VIII- o Procurador-Geral de Justiça de Estado ou do Distrito Federal;*
- IX- o Procurador-Geral ou o Advogado-Geral de Estado e do Distrito Federal;*
- X- o Defensor Público-Geral de Estado e do Distrito Federal;*
- XI- o Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;*
- XII- a entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.*

§ 11. As reclamações ou representações temerárias serão punidas na forma da lei.

*§ 12. É competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Conselho, nos crimes de responsabilidade, à exceção do Presidente. **(Observação: é da competência privativa do Senado Federal processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (art. 52, inc. II, da atual Constituição) e é da competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar,***



originariamente, os seus próprios Ministros nas infrações penais comuns (art. 102, inc. I, “b”).

(...)

Art. 2º, do Projeto. O Conselho Nacional de Justiça será instalado no prazo de cento e vinte dias, a contar da promulgação desta Emenda Constitucional, devendo as indicações e escolhas de seus membros ocorrerem até trinta dias antes do referido prazo.

Parágrafo Único. Enquanto não entrar em vigor a lei, o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça será disciplinado mediante resolução.”
(grifei)

2. Anteprojeto de Reforma do Poder Judiciário. Proposta da Comissão instituída pela atual Diretoria da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE/1998).

Em meu entendimento, os principais pontos de divergência são:

- a) a composição do Conselho Nacional de Justiça;
- b) o quórum de maioria absoluta passaria para dois terços, dado a gravidade da sanção de perda do cargo, disponibilidade e aposentadoria compulsória com proventos proporcionais, a ser imposta pelo Conselho Nacional de Justiça;
- c) acrescenta-se, entre os legitimados para denunciar irregularidades ao Conselho, a figura de qualquer cidadão, e outros atores políticos e públicos;
- d) diz que só o Supremo Tribunal Federal é competente não apenas para julgar as ações do Conselho Nacional de Justiça, mas também do seu Presidente e do Corregedor Nacional do Poder Judiciário.

Conforme o Projeto:

“Art. 108. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de dois Ministros do Superior Tribunal de justiça, dois Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, um Ministro do Superior Tribunal Militar, três



juízes representantes dos Tribunais Regionais Federais, um juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho, três Desembargadores representantes dos Tribunais de Justiça, um advogado representante da Ordem dos Advogados do Brasil, um membro representante do Ministério Público Federal, um membro representante do Ministério Público dos Estados e três integrantes das entidades representativas da magistratura.

(...)

§ 6º. Compete ao Conselho, além de outras atribuições que lhe forem conferidas no Estatuto da Magistratura: (observação. destaco a que mais polêmica vem causando)

(...)

IV- processar e julgar as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais, podendo avocar processos disciplinares e determinar, pelo voto de 2/3, a perda do cargo, a disponibilidade ou a aposentadoria com proventos proporcionais, a suspensão e a remoção e aplicar outras sanções administrativas previstas no Estatuto da Magistratura, assegurada sempre a ampla defesa do acusado;

(...)

§ 9º. Competirá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações que impugnem decisões do Conselho Nacional de Justiça, do seu Presidente ou do Corregedor Nacional do Poder Judiciário.

§ 10. Qualquer cidadão, órgão público, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades perante o Conselho Nacional de Justiça.”

3. Modificações sugeridas, pelo Conselho da Justiça Federal, ao Substitutivo de Emenda à Constituição Federal nº 96, de 1992 (Anexo ao Ofício nº 081/96 – Conselho da Justiça Federal, de 08.06.96).

Primeiramente, é preciso esclarecer o que seja o Conselho da Justiça Federal.



Para isto, socorro-me da própria Constituição do Brasil, de outubro de 1988.

Diz o art. 105, Parágrafo Único: “Art. 105. (...) *Parágrafo Único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.*”

Pois bem, esta é a Proposta (composição do Conselho Nacional de Justiça):

“Art. 107. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça, um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, um Ministro do Superior Tribunal Militar, dois juízes representantes dos Tribunais Regionais Federais, dois juízes representantes dos Tribunais Regionais do Trabalho, três Desembargadores representantes dos Tribunais de Justiça, um advogado representante da Ordem dos Advogados do Brasil, um membro representante do Ministério Público, e um magistrado indicado pela entidade máxima representativa de toda magistratura nacional.”

A Justificativa que dá para a sua proposta é a de que “a alteração visa tornar idêntica a representação de seguimentos do Poder Judiciário Federal, em seu âmbito regional, como é o caso dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho”.

Em meu entendimento, as discussões precisam continuar. Afinal, as discordâncias, que naturalmente não são incontornáveis, giram em torno de temas importantes, como os da composição e competência do Conselho Nacional de Justiça e do princípio constitucional da vitaliciedade.

Por enquanto, os debates apenas começaram.



Até porque, súmula com efeito vinculante e controle externo do Poder Judiciário, são apenas dois assuntos, embora de profundo relevo, de um motivo maior: a Reforma do Poder Judiciário brasileiro³⁹⁵.

Sobre isto, a Associação dos Juízes Federais do Brasil lançou um pequeno livro, exatamente sob o título “Reforma do Judiciário – Propostas para debate”, cujo conteúdo foi discutido no XV Encontro Nacional dos Juízes Federais (1998).

4.Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992 (apenas as PECs nº 112-A/95, nº 127-A/95, nº 215-A/95, nº 368-A/96 e nº 500-A/97). Comissão Especial destinada a proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992, que “Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário”, e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Autor: Deputado HÉLIO BICUDO. Relatora: Deputada ZULAIÊ COBRA.

Afora os aspectos que venho sublinhando, resalto, aqui, também:

a) a surpresa que me provoca encontrar uma representação do Ministério Público (dois membros indicados pelo Procurador-Geral da República – art. 103-A, inc. VII) na formação de um controle externo da Magistratura, enquanto, na mesma Proposta, ao se tratar do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A)³⁹⁶ não se consagra, em sua composição, a participação de membros do Poder Judiciário. Creio que a quebra da isonomia seja injustificável, inclusive dada a importância que o “Parquet” assumiu com a atual Constituição brasileira;

³⁹⁵ Quanto ao Conselho Nacional de Justiça, na hipótese de vir a ser instituído, creio que não deve ser um mero instrumento de controle disciplinar, trazendo a implicação de perda do cargo de juiz por decisão administrativa; o que seria inegavelmente autoritário.

³⁹⁶ Vide o teor deste artigo da Proposta: “Art. 130-A O Conselho Nacional do Ministério Público, presidido pelo Procurador-Geral da República, compõe-se de mais dois membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público dos Estados e três advogados, todos com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”



b) a requisição de servidores de Juízos e Tribunais, inclusive dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios para funcionar junto a este Conselho. Naturalmente, que este procedimento provocará custos; e, por isto, deve ser levado a efeito com moderação e cautela.

Conforme a Proposta encaminhada com o Relatório:

“Seção II-A

Do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 103-A O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de treze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I- dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, indicados pelo respectivo tribunal;

II- um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III- um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV- um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

V- um juiz estadual, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VI- um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII- dois membros do Ministério Público, indicados pelo Procurador-Geral da República;

VIII- dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

IX- dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados por comissão representativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, observado o art. 93, XVI.

§ 1º. O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate.

§ 2º. Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

§ 3º. Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.



§ 4º. Compete ao Conselho o controle de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I- zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II- zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou assinar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III- receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a perda do cargo, recomendar a remoção, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV- representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou abuso de autoridade;

V- rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§5º. O Ministro-Corregedor, escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, vedada a recondução, ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I- receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II- exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III- requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de Juízos ou Tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.



§6º. *Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.*

§7º. *A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, podendo representar diretamente ao Conselho Nacional da Justiça.”*

Enfim, para encerrar estes primeiros subtemas, que destino ao *devido processo legal*, não poderia deixar passar a oportunidade para dizer que legalidade, não retroatividade prejudicial ao cidadão, prazos de espera para a aplicação da lei, tentativas de concretização de critérios de igualdade são todos instrumentos assecuratórios a serviço da justiça.

Infelizmente, quase todas as vezes que se fala em segurança, os filósofos e os profissionais do direito começam a procurar hipóteses sacrificantes de um ou outro valor.

O que tento demonstrar é que o movimento do meu raciocínio é exatamente o contrário, buscando tornar a segurança um meio de fazer justiça.

É claro que esta é uma tarefa em permanente evolução.

Mas, como disse KARL POPPER, em seu *Conhecimento Objetivo* (obra citada, 1982, p. 176), *o ideal de evitar o erro é um ideal pobre; se não tivermos a ousadia de abordar problemas difíceis em que o erro seja quase inevitável, o conhecimento não aumentará. De fato, são as teorias mais audazes, inclusive as erradas, as que nos ensinam. Ninguém está livre de cometer erros; o importante é aprender com eles.*

Ou, como diz a sabedoria popular: *é errando que se aprende.*

- (1) A seguir, o resultado de uma pesquisa realizada, entre Magistrados federais brasileiros, quando da realização do 18º Encontro Nacional dos Juízes Federais do Brasil, ocorrido entre 29 de agosto e 01 de setembro de 2.001.
- (2) Neste Encontro, foi aferido que, para 61% (sessenta e um por cento) dos Juízes presentes, os cartórios são os principais responsáveis pela retenção de um processo



5.3.5.3. CONTROLE EXTERNO DA MAGISTRATURA
BRASILEIRA. PROPOSTAS



(lentidão do Poder Judiciário), ratificando o levantamento feito pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, ELLEN GRACIE, quando ainda Juíza do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sediado no Rio Grande do Sul, que apontou: 10% (dez por cento) do tempo é tomado pelo Juiz; 20% (vinte por cento) pelas partes (advogados) e 70% (setenta por cento) pelo cartório.

(3) AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil.



INSATISFAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COM O PODER EXECUTIVO

QUEM QUER ENFRAQUECER O PODER JUDICIÁRIO?			
	1º lugar	2º lugar	3º lugar
Poder Executivo	16	10	7
Poder Legislativo	-	8	7
Poder Econômico	9	9	4
Organizações Internacionais	9	7	7
Imprensa	-	-	2

A QUE SE DEVEM AS NOTÍCIAS CONTRA O JUDICIÁRIO?	
À incompreensão do funcionamento do Poder Judiciário	37%
À articulação do Poder Executivo	34%
À democratização da informação *	15%
Às acusações da CPI do Judiciário	11%
Falta assunto	1%
À perseguição da imprensa	1%
*anormal era a ausência de notícias sobre os problemas do Judiciário.	Fonte: Ajupe

Nota: Pesquisa realizada durante o 18º Encontro Nacional dos Juízes Federais do Brasil (29 de agosto a 01 de setembro de 2.001).



5.3.5.4. QUESTÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. PROPOSTAS

Este é um dos temas mais repetidos no âmbito da Reforma do Poder Judiciário brasileiro, que já está completando 10 (dez) anos de tramitação no Poder Legislativo nacional.

No estágio atual, já remanescem dúvidas a respeito do desfecho satisfatório sobre esta Reforma Constitucional, inclusive porque existem indícios de que muitos beneficiam-se da morosidade judiciária que impera no País. É o chamado “*desvio ético*”, conforme a definição do Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, MARCO AURÉLIO DE MELLO.

Sem a agilidade necessária, e com um crescimento notável de novas demandas, estão os Tribunais sendo abarrotados de processos.

Provavelmente, isto ocorra menos por força do Texto Constitucional, e muito mais em razão do regime jurídico infra-constitucional mutante e pela manutenção de dispositivos processuais antiquados e desadequados para a realidade em que se vive.

Refiro-me à legislação processual com o excesso na combinação de recursos em uma mesma causa, e com um processo de execução arrastado.

Logo, o debate em torno dos Códigos processuais (civil, penal, etc.) é algo central a qualquer discussão séria e ponderada sobre o crescimento da contenciosidade brasileira.

Por outro lado, quando se fala em Reforma Judiciária é preciso imaginar que são várias as óticas em que ela poderá ser visualizada. Há um ponto de vista dos advogados, outro dos magistrados de 1ª instância, outro dos Juízes dos Tribunais intermediários, e mais um outro dos Ministros dos Tribunais Superiores. Sem falar no Ministério Público, órgão que conquistou prerrogativas bem amplas no Texto Constitucional de outubro de 1988.

Isto, no mínimo.



O risco é o de que a Reforma venha a ser feita sem considerar a multilateralidade de interesses, pois contemplar a todos é muito difícil.

Dentro deste ambiente, independentemente desta Reforma geral, mini Reformas vêm sendo feitas. Às vezes, por intermédio de Emendas Constitucionais; em outras, através do *filtro jurisprudencial*.

Quanto à última maneira, cito, por exemplo, a Súmula nº 256, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que firma a impossibilidade da utilização de “*protocolo integrado*” - que permite à parte a interposição do recurso no órgão inferior, que o remete para a instância superior -, em relação aos recursos destinados a este Tribunal Superior.

Em suma, em agosto de 2.001, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o sistema de “*protocolo integrado*” não se aplica aos recursos a ele dirigidos.

Assim, obstáculos processuais vão sendo criados de modo a promover a contenção da remessa dos recursos.

Dentro da mesma linha, vem-se, no Brasil, ampliando os poderes dos órgãos singulares componentes dos órgãos colegiados. Refiro-me à ampliação dos poderes do juiz relator, diante do chamado agravo interno, um tipo de recurso apresentado contra decisões tomadas no próprio Tribunal.

É sob este espírito que merece ser feita a análise da denominada “*questão de repercussão geral*”.

Trata-se de mais um instituto proveniente da inflação normativa e do excesso de contenciosidade de uma sociedade que procura descortinar os seus direitos perante um Poder Judiciário que sente dificuldades de responder a esta vazão.

Para este instituto, pode-se buscar justificativas teóricas e práticas.

Devo começar pelas práticas, que são mais diretas e fáceis de ser entendidas.

Há um aumento descomunal de jurisdicionados, inclusive a considerar pessoas que buscam sair do pejo da exclusão social. Isto provoca um tipo diferente de inflação: a de



5.3.5.4. QUESTÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. PROPOSTAS



processos. Em uma sociedade de consumo, com o aumento populacional, com a mobilização das pessoas para as grandes cidades, tudo isto termina constituindo uma variável que surpreende o Poder Judiciário dotado de uma antiga estrutura.

Assim, pretendendo evitar uma análise quase impossível, tal a quantidade de processos, começa-se a filtrá-los.

Nesta atitude defensiva, procura-se incentivar argumentos simpáticos a favor das iniciativas para que se pretende conduzir. Afirmar-se que o juízo sobre o pressuposto de admissibilidade recursal da *repercussão*, não apenas não traria prejuízos para os jurisdicionados, como, bem ao contrário, traria evidentes benefícios.

Estaria-se valorizando as decisões das instâncias inferiores e permitindo um maior e melhor desempenho por parte das instâncias superiores.

O problema, então, concentraria-se na flexibilidade sobre o que venha a ser “*repercussão geral*”, sobre como identificar as causas marcadas pelo maior relevo social, econômico, institucional ou jurídico.

Sendo, aparentemente, um conceito vago, indeterminado, haveria um âmbito de discricionariedade. Para alguns, indesejável.

Neste momento, costuma-se buscar o auxílio do direito comparado para verificar como vem sendo equacionado o problema.

É o que faço a seguir.

No direito alemão, encontram-se as *causas de significação fundamental*, que comportam o recurso de revisão, o equivalente aos recursos especial e extraordinário brasileiros.

Na literatura germânica³⁹⁷, parece que os indicativos da relevância mais apontados seriam:

³⁹⁷ WEYREUTHER, Feliz. Revisionzulassung und ichtzulassunbeschwerde in der Rechtssprechung der obersten Bundesgerichte (Admissão e inadmissão do recurso de revisão na jurisprudência dos Tribunais Superiores), 1971, Munique, ed. Beck'sche, ns. 52 e seguintes, ps. 24 e ss.



1. quando houvesse uma “*construção encoberta do direito*”, ou seja, quando o Tribunal Superior discordasse da decisão recorrida;
2. quando se tratasse de uma “*interpretação difícil do direito e muito debatida*”;
3. quando houvesse um “*largo espectro subjetivo de abrangência*”;
4. quando a decisão recorrida fosse “*tão injusta*” ao ponto de exigir uma construção *praeter ou contra legem*;
5. quando houvesse a necessidade de correção da lei, pelo legislador;
6. quando a questão fosse muito discutida na jurisprudência e na literatura;
7. quando o Estado fosse parte;
8. quando tivesse uma “*significação geral*”;
9. quando a questão houvesse sido “*pobremente decidida*”, demandando ainda esclarecimentos;
10. quando em favor da unidade da interpretação do direito. Assim, seriam evitadas as questões isoladas e aquelas sobre as quais não mais comporta discussão.

Respeitosamente, creio que aquilo que foi chamado de indicativos positivos vão pouco além do sentimento de subjetividade que o senso comum vem apontando, ainda mais quando se toma em conta a situação brasileira, onde o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) é o principal ator no avassalador volume de processos.

Entendo, contudo, que um dos chamados indicativos merece uma mais intensa reflexão. Refiro-me ao que propugna evitar causas isoladas e sobre as quais a jurisprudência já foi pacificada.

Dito de outro modo, no estágio atual do direito brasileiro, ao menos no que se refere às causas de jurisprudência assente, o Poder Público, independentemente de mudanças legislativas, poderia tomar a iniciativa; e deixar de recorrer.

Não o faz.

Ainda socorrendo-me do direito comparado, sigo na análise do direito norte-americano.

Nos Estados Unidos da América do Norte, costuma-se apontar, como paradigma neste assunto, a *Rule 19 of the Supreme Court of the United States*.



Seriam estes os referenciais para que uma questão se demonstre *digna de ser submetida à Suprema Corte (writ of certiorari)*, reconhecendo-se que se trata de um *ato político*³⁹⁸:

1. quando a Corte estadual decidir sobre questão substancial antes da determinação da Suprema Corte (Regra 19);
2. quando a Corte estadual provavelmente houver decidido em desconformidade com as decisões da Suprema Corte (Regra 19);
3. quando uma Corte decidir em conflito com a decisão de uma outra Corte;
4. quando, pela importância da questão federal, deveria ser decidida pela Suprema Corte, mas não o foi;
5. quando for identificado erro procedimental cometido pela Corte inferior;
6. quando a causa disser respeito ao Poder Judiciário, à Federação, à Separação dos Poderes, à Segurança Nacional e assuntos do exterior, a liberdades civis e processo criminal, ao devido processo legal e à isonomia; enfim, às normas de direito federal relativas aos direitos fundamentais.

Na Argentina, foi a Lei nº 23.774, de 05 de abril de 1990, que tratou deste assunto, admitindo a repercussão social como pressuposto de admissibilidade objetivo do seu recurso extraordinário.

Neste País, a denominação aplicada é a da “*gravidade institucional*”.

Alterado pela Lei supra, o art. 280, do Código de Processo Civil e Comercial argentino, registra: “*A Corte, segundo sua discricionarietà sadia, e com base na invocação desta norma, poderá não admitir o recurso extraordinário, por falta de lesão suficiente ao direito federal ou quando as questões existentes forem sem substância ou careçam de transcendência.*”

Como é possível observar, noções como “*discricionarietà sadia*” e “*transcendência*” são abertas e vagas, permitindo, efetivamente, um juízo político.

Também o direito brasileiro precedente comportou um instituto que, se não for análogo à “*questão de repercussão geral*”, muito dele aproxima-se.

³⁹⁸ Vide www.ourem.cjb.net, nos sites selecionados sobre o direito norte-americano.



Refiro-me à antiga “*relevância da questão federal*”, que parece haver sido contaminada e antipatizada pela proximidade mantida com o regime ditatorial militar.

Na colheita da jurisprudência da época, formada junto ao Supremo Tribunal Federal, podem ser retiradas algumas conclusões, a saber:

Eram casos de “*relevância da questão federal*”:

1. quando se aplicava a lei revogada, ignorando o direito vigente, e gerando a incerteza jurídica;
2. quando se violava a coisa julgada;
3. quando se discutia princípios constitucionais, como a irretroatividade, tal como ocorreu com a Lei nº 6.899/81 (correção monetária);
4. quando se discutia finanças públicas, tal como o instituto do precatório, ou o termo inicial da prescrição em matéria tributária;
5. quando se discutia matéria de índole processual a ser reproduzida em outros casos, etc.

Veja-se, pela análise do direito comparado colhido apenas exemplificativamente, que as *relevâncias* podem ser de inúmeros tipos: social, econômico-social, jurídica, etc.

Logo, a adoção do instituto da “*questão de repercussão geral*” é mais uma matéria de conveniência e de oportunidade do que uma exigência técnica, não cabendo o argumento que escamoteia diferenciá-la da antiga “*questão relevante*”³⁹⁹, apontando esta última como subjetiva, e a primeira como algo objetivo e impassível de juízo discricionário.

De fato, afirmar-se que se tudo é importante nada verdadeiramente o será, é um ponto de vista respeitável. Mas não se trata disto.

³⁹⁹ A instituição da *arguição de relevância da questão federal* foi, na verdade, introduzida, pela primeira vez no Brasil, por Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1965, inspirada pelo então Ministro VICTOR NUNES LEAL. Provavelmente, a origem mais imediata da *questão relevante* foi o “*writ of certiorari*”, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, buscando limitar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal às questões importantes para a Federação. Também foi ele quem introduziu, no direito nacional, como membro da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a experiência das Súmulas, fundadas na doutrina do “*stare decisis*” e nos “*restatements of laws*”, do direito anglo-americano.



Realmente, todas as matérias que chegam até ao Poder Judiciário não apenas são importantes ou relevantes, como já o encontram com um certo ou razoável atraso. Afinal, o conflito não surge no momento em que se dá a distribuição do Feito no setor próprio. Ele vem de antes, às vezes de muito antes.

Por este prisma, o Poder Judiciário é fadado a estar sempre atrasado. A questão é que o atraso está ultrapassando a barreira do bom senso, existindo causas de 10, 20 ou mais anos.

Logo, o tema verdadeiro é o de se encontrar a solução possível, que pode não ser a “*solução ótima*”, diante da carga de trabalho, extraindo o melhor proveito para a sociedade.

Afinal, do modo como o Poder Judiciário brasileiro vem funcionando, caminha-se a passos largos para a inviabilidade.

Resolver este problema principal, possivelmente, mas não necessariamente, poderá trazer um acréscimo de qualidade, ao menos nos Tribunais que encimam a ordem jurídica brasileira.

É, inclusive, necessário estabelecer qual a exata finalidade destes Tribunais⁴⁰⁰. Se eles têm por finalidade última fazer justiça no caso concreto, ou se lhes basta uniformizar o direito (constitucional ou lei federal), de modo a fortalecer a unidade federativa.

Poderia-se dizer que a força de um Acórdão unânime de um Supremo Tribunal Federal ou de um Superior Tribunal de Justiça traria consigo uma qualidade imanente de justiça.

Pessoalmente, creio que não. Aliás, não me parece equivocado dizer que um Acórdão por maioria, provavelmente, possa conter este atributo com um maior índice de segurança.

⁴⁰⁰ Disse NELSON NERY JÚNIOR sobre o recurso especial: “*são meios excepcionais de impugnação das decisões judiciais*”, não se prestando “*à correção de injustiças e se destinam à uniformização do entendimento da lei federal*”. Extraído da “Teoria Geral dos Recursos”. Revista dos Tribunais. 3ª ed., 1996, p. 246.



Explico o porquê, e acredito que me farei entender sobretudo por aqueles que trabalham junto aos Tribunais.

Com a palavra o Relator, diz o Presidente. O Relator fornece o seu voto, e, em seguida, é passada a palavra para os demais Pares. Quando nenhum deles se pronuncia, é possível que sequer esteja-se prestando a atenção necessária para a causa.

Bem ao contrário, quando se instaura o debate.

Quanto mais intensa for a discussão, mais aquela causa será analisada, sopesada em seus vários ângulos.

Estendo isto ao campo tributário. Nada a dizer sobre a matéria, pode significar que por ela não se interesse, ou se não a conheça de maneira a participar da discussão. Em uma hipótese ou em outra, não foi cumprido o devido processo legal em sua integridade.

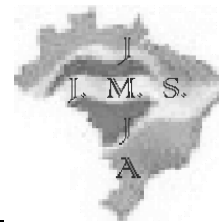
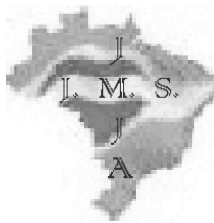
Mas não será possível penetrar no foro interno de cada Juiz.

Enfim, não se imagine que a multiplicação de instâncias signifique um veículo necessário de justiça.

De fato, a “*questão de repercussão geral*” termina funcionando como um instituto que, ao mesmo tempo em que procura viabilizar o desempenho do Tribunal, termina não lhe retirando qualquer parcela de poder, sequer exigindo a sua ampliação em número de membros.

Logo, não reduz poder, e talvez o confira ainda mais, pois, muitas vezes, participará da simples escolha dos seus integrantes a decisão de se pronunciar ou não sobre uma demanda.

Não se trata, portanto, de discutir apenas se esta técnica de administração da justiça implica em negativa de acesso ao Poder Judiciário, violando a ubiquidade ou a inafastabilidade da jurisdição; ou se há um dever social dos Tribunais Superiores de examinar toda e qualquer questão, nem mesmo se seria incompatível com um Tribunal de cúpula a análise de questões miúdas, e que só interessariam ao ambiente das partes.



Não é só isto. A questão é a de se, diante do volume avassalador de demandas, esta é uma das melhores alternativas a ser aplicada.

A resposta é política, mas precisa existir logo.

Alguma solução minimizadora do impacto provocado pelo número de processos precisa ser posta em prática, tal é a escala de conflitos caracterizadores das sociedades contemporâneas.

Diante do que foi exposto, vão, mais adiante, duas Propostas de Emendas Constitucionais sobre a “*questão de repercussão geral*”, acompanhadas das suas respectivas Justificativas.

Basicamente, pretendem:

- a) introduzir para o recurso especial (uniformização da interpretação da lei federal) aquilo que, em Proposta de Emenda Constitucional, já se afigura para o recurso extraordinário (uniformização da interpretação da Constituição Federal); ou seja, que a “questão de repercussão geral” atinja a ambos;
- b) alterar a exigência do quórum qualificado de dois terços, para o pronunciamento sobre este importante requisito de admissibilidade, em favor da maioria simples.

Emenda nº – Comissão de Constituição e Justiça.

Acrescente-se, onde couber, o seguinte § 2º ao atual art. 105, da Constituição Federal. Em consequência, o atual Parágrafo Único é transformado em § 1º:

“Art. 105. (...)

§ 1º. (...)

§ 2º. *No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões federais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.*”

Justificação



A presente Emenda tem o objetivo de estender a chamada argüição de relevância, que a Proposta de Emenda Constitucional em pauta pretende estabelecer como pré-requisito para o conhecimento do recurso extraordinário, também para o recurso especial.

Com efeito, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal está hoje congestionado pela enorme quantidade de recursos extraordinários que são protocolados, o Superior Tribunal de Justiça também se encontra assoberbado com uma infinidade de recursos especiais, impondo acúmulo de processos e morosidade na prestação jurisdicional.

Dessa forma, estamos propondo a extensão da chamada argüição de relevância, mediante a qual o recorrente deve demonstrar a repercussão geral da questão discutida no processo como requisito para que o Tribunal conheça e julgue o recurso apresentado.

Tal adoção é de fundamental importância para que os processos tramitem com rapidez e seja prestado aos jurisdicionados um melhor serviço pelo Poder Judiciário.

Ante o exposto, solicitamos o apoio dos nobres colegas para a aprovação da presente Emenda à PEC nº 29/2000.

Emenda nº - Comissão de Constituição e Justiça.

Dê-se a seguinte redação ao § 4º, do art. 102, que a Proposta de Emenda Constitucional nº 29, de 2000, acrescenta à Constituição Federal pelo seu art. 12:

“Art. 12. (...)

Art. 102. (...)

§ 4º. No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.”

Justificação



A nova redação que estamos propondo para o § 4º, do art. 102, que o art. 12, da PEC nº 29, de 2000, acrescenta à Constituição Federal, tem o objetivo de suprimir a expressão final somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros contida no referido dispositivo.

Ocorre que tal expressão trará o efeito prático de limitar, em muito, o instituto da arguição de relevância que se está pretendendo instituir, o que poderá comprometer a própria eficácia do preceptivo. Agindo assim, o legislador estará, nas palavras da sabedoria popular, “dando com uma mão e retirando com a outra.”

Ademais, o trecho que pretendemos suprimir traz, no seu bojo, uma contradição de ordem formal, porquanto para se recusar o recurso extraordinário são necessários os votos de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, enquanto que a decisão sobre o mérito do recurso, uma vez aceito, poderá ser tomada por maioria simples.

Ante o exposto, solicitamos o apoio dos nobres colegas para a aprovação da presente Emenda.

Em suma, até aqui, a “*questão de repercussão geral*”, dentro do espírito que se pretendeu demonstrar, deveria ser aplicada ao recurso especial (Superior Tribunal de Justiça) e ao recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal).

Acontece que o Tribunal Superior do Trabalho, buscando a mesma fundamentação, pretende vê-lo acolhido também na seara do Recurso de Revista.

Portanto, mais um Tribunal Superior pretendendo possuir o instituto. Seria a aplicação do “*critério da transcendência*” na área trabalhista.

Para isto, sublinha-se o fato de que, também ele, é um Tribunal Superior, podendo lhe ser estendida a idéia vetora da Suprema Corte norte-americana e do antigo sistema da arguição de relevância nacional.

Aqui, fala-se em *transcendência* jurídica, política, social, econômica, e em como funcionaria a seleção das causas, de modo a uniformizar a aplicação destes distintos critérios.



Sim, porque também na aplicação do novo incidente processual poderia haver disformidades violadoras do princípio constitucional da isonomia. Aqui, propõe-se que os embargos, um outro recurso, poderiam exercer esta tarefa, fixando-se as “*hipóteses concretas e os conceitos palpáveis*” do que sejam causas jurídica, política, social ou economicamente transcendentais.

Ocorre que chega a existir Proposta no sentido de investir a Justiça trabalhista deste estratagema, através da simples modificação da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Eis a Proposta de alteração do texto infra-constitucional:

“Art. 896-A (...)

(...) ”

§ 2º. O Tribunal, ao apreciar recurso oposto contra decisão que contrarie a sua jurisprudência relativa à questão transcendente, salvo o caso de intempestividade, dará prazo para que a parte recorrente supra o não-preenchimento de pressuposto extrínseco do recurso.

§ 3º. O Tribunal não conhecerá de recurso fundado em aspecto processual da causa, salvo com apoio em disposição constitucional direta e literalmente violada, quando o tema de fundo estiver pacificado em sua jurisprudência no sentido da decisão proferida pelo tribunal inferior.”

Ainda em socorro desta iniciativa, aponta-se o princípio da instrumentalidade das formas.

Contudo, parece que o caminho da Emenda Constitucional também é o mais cogitado para o Tribunal Superior especializado, ficando o recurso de revista ao lado dos recursos extraordinário e especial.

É esperar para ver.



5.3.6. SEGURANÇA JURÍDICA. LIBERDADE E ELISÃO⁴⁰¹

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’. (...) o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta.” (MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15^a ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1990, ps. 78-79).

Em sua *“A Cidade Antiga”*, FUSTEL DE COULANGES, recordando TUCIDIDES, admitia que se poderia ter evitado a democracia acaso se atendesse à recomendação de que a liberdade deveria ser para todos, mas o governo apenas para alguns (oligarkia isónomos)⁴⁰².

Portanto, mesmo não parecendo simpático ao regime democrático, acreditava ter sido o fato de a oligarquia ser um solo fértil para vexames contra o povo (condenações arbitrárias, execuções violentas, etc.) que fez com que, na Grécia antiga, a democracia haja tornado-se necessária. Para que os pobres tivessem algum amparo, e os ricos um freio.

Também o Cristianismo, onde se propõe a filosofia de substituir o temor pelo amor a Deus, deve ter influenciado, de algum modo, nesta busca pela liberdade, embora, a partir dele, a religião deixe de ser terrena, procurando não imiscuir-se nas coisas da terra. *“Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”*. Uma nítida separação entre Deus e o Estado. A religião não tomando para si a missão de regular o direito.

⁴⁰¹ Vide o Capítulo 16, onde trato da *“Globalização, Ética e Segurança Jurídica”*.

⁴⁰² COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradutores JONAS CAMARGO LEITE e EDUARDO FONSECA. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint, 1990, p. 223.



Os precursores do idealismo clássico alemão afirmavam acreditar na teoria de que *tudo é perfeito neste melhor dos mundos possíveis*. Não importariam as desgraças particulares, se proporcionarem o *bem geral*.

VOLTAIRE, no exercício da sua fina ironia, em “Cândido ou o Otimismo”, em plena voga das doutrinas do filósofo LEIBNITZ, discute a peleja entre as convulsões inquietantes de uma vida agitada e a letargia do aborrecimento de uma vida tranqüila e sem pretensões mais altas, passando, pelo mundo, o indivíduo, aceitando as coisas com paciência.⁴⁰³

Neste tema fascinante, *a liberdade*, em suas Lições de Introdução ao Estudo do Direito⁴⁰⁴, PAULO OTERO também fez algumas reflexões de realce.

Diz ele, ao abordar o tema *Direito e Liberdade*, socorrendo-se de HEGEL e de WEBER, que o Direito tem por destino a liberdade, lembrando, mais adiante, de que o escravo não tinha direitos.

Nas suas palavras, numa apologia ao que chama de destino do direito ou à liberdade: “*Numa primeira aproximação ao tema da liberdade como fim do Direito, pode afirmar-se que a liberdade constitui a própria razão de ser do direito: ‘a liberdade constitui a substância e o destino do Direito’, encontrando-se o seu ponto de partida na vontade livre (cfr. HEGEL, Princípios ..., § 4º). O Direito é, por isso mesmo, ainda segundo HEGEL, ‘a liberdade em geral como Ideia’ (ibidem, § 29º), representando a vontade livre o princípio a ser realizado pelo Direito (cfr. THADEU WEBER, Hegel..., p. 61)*”

Ora, se não houvesse nenhuma liberdade, não seria adequado procurar responsabilizar alguém perante o direito. De fato, a negação completa da liberdade implica na negação dos demais direitos.

É natural, no entanto, que os graus de liberdade variem a depender da fase histórica que se analise.

⁴⁰³ VOLTAIRE. *Cândido ou o Otimismo*. Tradutor MIÉCIO TÁTI. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint. 1991, ps. 134 e ss.

⁴⁰⁴ Ob. Cit., 1998, ps. 220 e ss.



Houve épocas em que se sentiu a necessidade de se restringir ao máximo a atuação do Estado, encontrando-se, na lei, apenas um instrumento limitativo da atividade da Administração Pública. É o momento do pensamento jurídico liberal. Vê-se a lei como um limite a salvaguardar a liberdade individual, perante a liberdade dos demais.

Assim, o Estado deveria ficar ausente, deveria cruzar os braços permitindo o máximo de liberdade.

Ocorreu que, neste regime, desenvolveu-se a exploração econômica e social, restando feridos os princípios mais mezinhos de dignidade humana. Ora, o pobre e o rico são ambos cidadãos, não devendo haver pessoas de primeira e de segunda classes.

O mito liberal caiu. Se havia liberdade na teoria, não havia na prática.

Não há liberdade, “*mesmo vivendo debaixo da ponte*” (ANATOLE FRANCE, *Le Lys Rouge*. Paris. 1894, p. 117).

É um engano imaginar-se que pregar a não-intervenção do Estado seja uma salvaguarda política para cidadãos doentes, subnutridos e que não têm o que vestir nem onde morar.

Visto de agora, parece um absurdo.

Assim, começou-se a pensar em um Estado que participasse da realização da justiça social. E se intensificou a intervenção pública extremadamente.

Esse movimento radical trouxe ao Estado, quando pouco, o papel de empresário. E o Estado, em muitas situações, não se comportou bem neste papel.

Veio, por isto mesmo, um movimento pendular de oposição, como demonstraram as experiências do Reino Unido e dos Estados Unidos da América do Norte nos anos oitenta.

Reduziu-se, novamente e significativamente, o papel do Estado. Era o neo-liberalismo.

Isso também não deu certo, haja vista os custos sociais e políticos.



Atualmente, continua-se buscando a posição ideal do Estado frente à liberdade e à dignidade do cidadão⁴⁰⁵.

Para alguns, a lei não é mais vista apenas como um limite, mas como um instrumento a fundamentar a necessária atuação administrativa⁴⁰⁶.

Não basta ao Estado não lesar os direitos dos particulares, é preciso continuar tentando o bem-estar social.

Neste espaço, no Brasil, estando menores os círculos de imunidade do poder estatal, é chamado o Judiciário a dar a sua parcela de contribuição à comunidade.

O Supremo Tribunal Federal não vem se furtando a esta tarefa. Afinal, sendo o guardião da Constituição brasileira (art. 102, “caput”), deve firmar os espaços exatos de liberdade dos cidadãos e do Estado (Executivo e Legislativo).

Os Acórdãos, a seguir, demonstram o que digo:

1. Aqui, o Supremo Tribunal Federal destaca que, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, “caput”, da atual Constituição do Brasil), é preciso limitar aqueles que exercem o poder, havendo uma progressiva diminuição dos espaços imunes à fiscalização judicial. Quanto aos instrumentos processuais a serem utilizados, deu especial destaque ao mandado de segurança. Mas o Tribunal também reconheceu os seus limites, ressaltando a impossibilidade de exame do mérito da decisão administrativa; o que não significa impossibilidade de verificar a existência de causa legítima a justificar a atuação da Administração Pública.

⁴⁰⁵ PAULO OTERO, em suas Lições de Introdução ao Estudo do Direito. Obra citada. 1998, p. 232, registra: “Adaptando uma sugestiva imagem apresentada pelo Professor ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, pode dizer-se que a autonomia pública representa o espaço que dispõe um cão amarrado, apenas lhe possibilitando ir até onde a corrente que o prende permite, daí não se possa dizer que goze de liberdade.”

⁴⁰⁶ AMARAL, DIOGO FREITAS DO. Direito Administrativo. Vol. II. Obra citada, 1988, ps. 45 e ss.



Eis o Acórdão: “A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A ‘rule of law’, mais do que simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder.

É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição do seu exercício abusivo.”

Continua, destacando a missão de uma ação com presencialidade constitucional, e marcadamente utilizada, que é o mandado de segurança, atingindo, inclusive, os chamados atos administrativos disciplinares: “O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse ‘writ’ constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar.”

E, reconhecendo a existência dos seus limites (a polêmica imunidade do denominado *mérito do ato administrativo*), os indica com alguns detalhes: “O que os Juízes e Tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo com natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Isso significa, porém a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública.

A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). O legislador constituinte consagrou, em norma



fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes políticos. Mandado de Segurança nº 20999. Distrito Federal. DJ 25.05.90, p. 4605. Ementário Vol. 1582, p. 286. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 131, p. 1101. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento do Tribunal Pleno em 21.03.90. Unânime.”

2. Aqui, discute-se até que ponto as formalidades devem ir na proteção da legalidade e da segurança, quando isto se apresenta como uma mera burocracia procrastinatória.

O caso concreto.

Se, na época do fato, a autoridade competente para o processo e o julgamento era uma; e, no curso do processo, passou a ser outra, não há a necessidade de serem repetidos todos os encaminhamentos se os anteriores não resultaram em prejuízo para a defesa.

É, em situações como tais, onde digo que a segurança não pode estar a serviço de atitudes ardilosas ou espertas, pois, como se sabe, a lei processual aplica-se desde logo aos processos pendentes, não havendo motivo para invalidar os atos que possam ser aproveitados. Esta sim, é uma norma de segurança jurídica.

Eis um Acórdão, onde me parece esteja formulada uma premissa de bom tom e equilíbrio.

Nele, embora se reconheça a importância das formas processuais, não se as elege como um fetiche: *“É inestimável a importância das formalidades processuais como garantias da liberdade pessoal e da segurança jurídica. Mas, homenagem a esse princípio não há de chegar ao feticismo, e não deve ser levada a exageros inúteis para se proclamar nulidade; pois, os atos praticados pelo Promotor de Justiça, quando praticados, foram rigorosamente legais, não havendo razão para que deixem de sê-los porque, por lei posterior, a competência passou a ser do Tribunal.* Habeas-Corpus nº 69.906. Minas Gerais. DJ 16.04.93, p. 6434. Ementário Vol. 1699-03, p. 587. Revista Trimestral de



Jurisprudência Vol. 146-01, p. 244. Relator Ministro PAULO BROSSARD. Julgamento da 2ª Turma em 15.12.92. Por maioria.”

Feitas estas considerações, trago a minha primeira convicção de que de pouco valem as doutrinas, as leis e os princípios, se não existirem homens que queiram aplicá-los. Que a Constituição seja *bem escrita*, mas isto não é o único fator fundamental; pois o de mais importante é a longa e sincera experiência de aplicá-la.

Mesmo em torno do valor da limitação do Poder pelas Constituições rígidas - o Brasil, como exemplo-, tenho que, *entre a teoria e a prática, a realidade é o homem*.

Na prática, os resultados comumente não são conformes com a teoria. Sem homens dignos, não haverá instituição ou sistema que produza efeitos positivos. É preciso autoridade moral, além de competência profissional e devoção aos encargos públicos recebidos e confiados. É preciso que a sociedade acredite nestes valores, e os considere úteis, respeitando-os.

Textos de doutrina, princípios constitucionais, tudo isto vale muito pouco, se não forem vividos. O homem é a primeira realidade política, havendo a necessidade de uma identidade emocional deste para com o Estado em que vive.

Não basta pensar uma instituição, e formulá-la em um esquema formalmente apto. Isto é muito pouco.

As melhores Constituições não são as mais bem escritas ou logicamente formuladas, mas aquelas que se permitem corresponder às feições do povo para a qual foi feita; o que só poderá ser demonstrado após uma longa e sincera experiência da comunidade.

Mas disto não se deve retirar uma atitude omissa daquele que trabalha com o direito, e que reconhece a necessidade de se criticar o que está sendo feito, mesmo quando isto possa ser incômodo para os interesses instalados pelo êxito eleitoral.

Isto também é liberdade. Não basta prognosticar o resultado de um certo processo. A ordem jurídica é uma ordem evolutiva.



JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, falando sobre a missão daquele que chamou de *jurista*, adverte que não se deve ceder às pressões, pois elas já vieram no passado; e não permaneceram (por exemplo, o nazismo).

São as suas palavras: “*Ao jurista incumbe necessariamente em toda a sociedade dar testemunho de uma ordem que a deve informar na sua estrutura e na sua evolução. Tem de afirmar pois o primado do direito contra todas as violações e contra todas as pressões.*” (O Direito- Introdução e Teoria Geral - Uma perspectiva luso-brasileira. Obra citada. 1997, p. 221)

Pois bem, a Constituição de janeiro de 1967/Emenda Constitucional nº 01, de outubro de 1969, até que poderia ser modificada, de maneira a se conformar com as novas aspirações que surgiam no Brasil; mas ela já estava identificada com o autoritarismo⁴⁰⁷.

Assim, optou-se por fazer uma nova Constituição. Foi feita, refeita (dado o grande número, importância e extensão das Emendas), e precisa continuar no seu processo evolutivo de aplicação.

Enfim, ninguém tem o direito de subordinar o Texto Constitucional à conveniência dos interesses de grupos e corporações; pois o desprezo à Constituição traz, invariavelmente, um perigoso estado de insegurança jurídica, que, certamente, não é o caminho da justiça.

É com base nestes paradigmas que me parece deva ser analisado o Parágrafo Único, do art. 116, do Código Tributário brasileiro, que diz: “*A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*” (cláusula geral anti-elisiva)

Diante deste dispositivo, a Confederação Nacional do Comércio (CNC), do Brasil, ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (2446), com

⁴⁰⁷ MIRANDA, JORGE. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. Artigo citado. Separata da Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, a 24 n. 94, abr./jun. 1987, p. 31.



pedido de liminar, contestando este Parágrafo, que foi inserido no Código Tributário Nacional pela Lei Complementar nº 104/2001.

Na ação, afirmava-se que esta previsão faria com que os contribuintes não tivessem garantias de estabilidade, já que *“a qualquer tempo o agente fiscal poderá desqualificar a operação e interpretar que o contribuinte pretendeu valer-se de uma brecha legal para pagar menos tributo.”*

Nesta perspectiva, admitindo esta norma, o direito tributário brasileiro não mais se regeria pelo princípio da legalidade, mas pelo princípio do *“achismo fiscal”*. Este foi o termo empregado na Ação.

Fortalecendo a posição contrária à previsão legislativa, diz-se que, registrado o fato ocorrido, é devido conferir ao contribuinte o direito de interpretar a lei tributária, não se podendo atribuir à Administração o monopólio da interpretação correta. Seria o direito de interpretação da norma uma consequência do direito à liberdade e à segurança de que a Administração não está imune à sindicabilidade judicial, não podendo presumir a culpa do contribuinte; pois o princípio da presunção do estado de inocência é um imperativo constitucional (art. 5º, inc. LVII).

Em contrapartida, entendeu o legislador que não se deveria permitir a quebra da isonomia, favorecendo aquele contribuinte que possui maior acesso à informação em detrimento daquele que não a tem.

De fato, em um Estado democrático, é preciso tomar muita cautela ao atribuir tantos poderes à fiscalização tributária, pois, além de dar maior azo à corrupção⁴⁰⁸, parece que, realmente, a presunção constitucional de inocência impossibilita que, mesmo não demonstrada a fraude ou a simulação, haja a imposição fiscal.

⁴⁰⁸ Quando falo que *cargo público não santifica ninguém*, refiro-me, por exemplo, à chamada *“Máfia dos Fiscais”*, nome pelo qual ficou conhecida, na mídia, a investigação para apurar crimes supostamente cometidos por fiscais da Administração Regional da Capital paulista no final dos anos 90.



É a delicada questão entre a evasão (ato ilícito) e a elisão (ato lícito)⁴⁰⁹, também chamada, esta última, de planejamento tributário⁴¹⁰.

Atitudes fraudulentas, de simulação ou abusivas não se devem confundir com atitudes lícitas⁴¹¹.

⁴⁰⁹ A Receita Federal brasileira abriu discussões em torno de um Projeto de lei sobre este assunto, antes de encaminhá-lo à apreciação do Congresso Nacional. Em realidade, na Escola de Administração Fazendária (ESAF), realizou-se um Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal (agosto de 2.001), promovido pela própria Receita. Ao que parece, a principal alteração que o Projeto pretende, no tema do planejamento tributário que permite às empresas reduzirem o recolhimento de tributos através de espaços encontrados na legislação, seria a modificação do art. 104, do Código Tributário brasileiro. Este artigo tem a seguinte redação: “Art. 104. *Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre patrimônio ou a renda: I- que instituem ou majoram tais impostos; II- que definem novas hipóteses de incidência; III- que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no art. 178.*” É o art. 178, do referido Código Tributário do Brasil: “A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III, do art. 104.”

⁴¹⁰ Entre os dias 04 e 05 de outubro de 2.001, em Curitiba/Paraná, realizou-se o III Congresso Brasileiro de Planejamento Tributário, em homenagem ao Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA. O tema principal do Congresso foi o planejamento tributário no Brasil. Eis, então, aquelas que se encontram como sendo algumas das principais preocupações objeto de discussão neste assunto: a visão da imprensa, a eficácia da norma geral antielisiva, a nova economia internacional, os riscos e as implicações por definir distâncias entre a sonegação fiscal e o planejamento tributário, a elisão nos impostos indiretos, no setor de energia e no de telecomunicações, as reorganizações societárias, etc.

⁴¹¹ Muitas vezes, não é fácil fixar os exatos limites entre o lícito e o ilícito, particularmente no âmbito tributário. Dois exemplos para esclarecer melhor o que digo. Irei refirir-me a duas questões tributárias discutidas acirradamente, no ano de 2.001, na esfera dos Tribunais Superiores brasileiros. 1) *importação por leasing e incidência de ICMS*. As empresas alegam que, com o *leasing*, não haveria transferência da propriedade do bem importado, não se constituindo a hipótese para a incidência do ICMS. A transferência do bem apenas se operaria no final do contrato, acaso fosse exercida a opção de compra. Assim, não sendo o *leasing* uma operação comercial, mas financeira, inclusive nos casos de *leasing* operacional, sem opção de compra, não haveria como fazer incidir o ICMS. Contudo, os Estados têm exigido sistematicamente o imposto no desembaraço aduaneiro. No Superior Tribunal de Justiça, há vários precedentes no sentido de que, por exemplo, no *leasing* de uma aeronave, o imposto só poderia ser cobrado se o bem fosse trazido para o consumo próprio ou incorporado ao ativo permanente da empresa. A palavra está com o Plenário do Supremo Tribunal



Uma breve análise de direito comparado permitirá a formação de um juízo crítico mais apurado.

Tome-se o sistema jurídico francês. Nele, até pelo fato da teoria do abuso do direito haver nascido neste País, o assunto merece uma atenção especial.

Tanto o Conselho de Estado, quanto a Cômte de Cassação costumam reconhecer duas categorias de abuso de direito: abuso pela simulação e abuso pela fraude à lei.

Haveria a necessidade do elemento intencional (elemento subjetivo) e do emprego anormal de um direito (elemento objetivo).

O ônus da prova⁴¹² da existência destes vícios ficaria com a Administração.

Federal, para por fim a uma disputa que se intensificou, ao menos, desde a edição da Lei Complementar nº 87/96, que trata do ICMS. 2) *ISS incidente na Bolsa de Mercadorias e Futuros*. Envolve a interpretação da Lei Complementar nº 56/87. As Corretoras de Valores e Câmbio pretendem beneficiar-se da não incidência do ISS sobre os serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. No entanto, para o Município de São Paulo, o maior do País, o item 50 da Lista enquadra-as entre as atividades de prestação de serviços tributáveis. Aqui, vêm decidindo de maneira conflitante o Tribunal de Justiça paulista (TJSP) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). O TJSP é favorável às Corretoras, pois conclui que as atividades de corretagem não configuram intermediação, sendo operações financeiras, já tributadas pela União Federal. O STJ, embora reconhecendo que as Corretoras estejam sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, alega que elas não necessitam de autorização do mesmo para funcionar. Para este Superior Tribunal, a incidência do ISS é legal.

⁴¹² No direito processual administrativo brasileiro (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), assim se dispõe sobre a instrução processual: “Da Instrução – (...) Art. 30. São inadmissíveis, no processo administrativo, as provas obtidas por meios ilícitos. (...) Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei. Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo, ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias. Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. (...) Art. 47. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram,



Assim, embora o negócio jurídico pudesse ser formalmente certo, havendo a redução da carga fiscal por sua iniciativa, seria de considerar se o ato artificioso ou fraudulento foi adotado com o fim exclusivo de pagar menos tributos.

Portanto, o ato fictício é a pedra de toque.

Não havendo a dissimulação, e se podendo invocar uma finalidade diferente da meramente fiscal, impediria-se que a Administração defendesse o cometimento de abuso por parte do contribuinte.

Contudo, verificado o abuso, é de se ponderar qual a consequência que daí adviria. Na França, além do pagamento do tributo, fixaria-se uma sanção pecuniária⁴¹³, que poderia ser até igual ao dobro do tributo exigível.

Havendo a artimanha destinada a fraudar os cofres públicos, seria necessário não apenas realizar a arrecadação natural, mas intimidar o contribuinte faltoso com uma forte sanção em dinheiro.

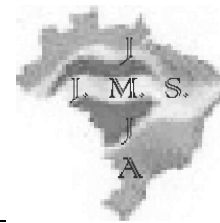
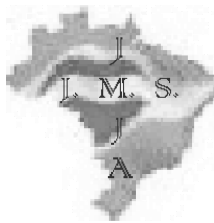
Mas é preciso considerar a dificuldade da Administração de comprovar a armação perpetrada, pois, geralmente, as partes podem invocar vários motivos para os negócios jurídicos realizados.

Um meio para evitar todos estes contratemplos, tanto por parte do contribuinte, quanto por parte da Administração, é o de permitir a consulta administrativa prévia⁴¹⁴.

ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.”

⁴¹³ No campo tributário, onde o cumprimento da prestação é entregue muitas vezes à iniciativa do próprio contribuinte (vide lançamentos por homologação e por declaração), a aplicação de sanções possui grande importância como um meio de estimular conduta.

⁴¹⁴ Diz a Lei nº 9.430, de 27.12.1996, que dispõe sobre a legislação tributária federal, o processo administrativo de consulta e dá outras providências: “Art. 48. No âmbito da Secretaria da Receita Federal, os processos administrativos de consulta serão solucionados em instância única. (...) § 2º. Os atos normativos expedidos pelas autoridades competentes serão observados quando da solução da consulta. § 3º. Não cabe recurso nem pedido de reconsideração da solução da consulta ou do despacho que declarar sua ineficácia. (...) § 5º. Havendo diferença de conclusões entre as soluções de consultas relativas a uma mesma matéria, fundada em idêntica norma jurídica, cabe recurso



Assim, antes de o contribuinte vir a praticar o ato, poderá consultar a Administração. Se ela não apresenta objeção, ou, simplesmente, fica calada após um período de seis meses, fica-lhe vedado argumentar com o abuso do direito, se o ato consultado vier a ser realizado.

As mais freqüentes dúvidas costumam girar em torno das fusões, transformações e cisões de sociedades. Também a constituição de empresas em paraísos fiscais ⁴¹⁵ consitui um meio comum de tentativa de abuso pela fraude à lei.

especial, sem efeito suspensivo, para o órgão de que trata o inciso I do § 1º. § 6º. O recurso de que trata o parágrafo anterior pode ser interposto pelo destinatário da solução divergente, no prazo de trinta dias, contados da ciência da solução. § 7º. Cabe a quem interpuser o recurso comprovar a existência das soluções divergentes sobre idênticas situações. (...) § 9º. Qualquer servidor da administração tributária deverá, a qualquer tempo, formular representação ao órgão que houver proferido a decisão, encaminhando as soluções divergentes sobre a mesma matéria, de que tenha conhecimento. § 10. O sujeito passivo que tiver conhecimento de solução divergente daquela que esteja observando em decorrência de resposta a consulta anteriormente formulada, sobre idêntica matéria, poderá adotar o procedimento previsto no § 5º, no prazo de trinta dias, contados da respectiva publicação. § 11. A solução da divergência acarretará, em qualquer hipótese, a edição de ato específico, uniformizando o entendimento, com imediata ciência ao destinatário da solução reformada, aplicando-se seus efeitos a partir da data da ciência. § 12. Se, após a resposta à consulta, a administração alterar o entendimento nela expresso, a nova orientação atingirá, apenas, os fatos geradores que ocorram após dada ciência ao consultante ou após a sua publicação pela imprensa oficial.”

⁴¹⁵ No Brasil, a *Lei de Preços de Transferência* (Lei nº 9430, 27.12.1996), em seu art. 24, procurou conceituar “Paraíso Fiscal” como sendo “um país com tributação favorecida”, e mais “aquele que não tributa a renda ou o que faz mediante aplicação de alíquota máxima inferior a 20%”. O preço de transferência consiste no preço de um produto ou serviço que pode eventualmente ser manipulado para mais ou para menos, nas operações de compra e venda internacionais, de acordo com a vontade do agente, que, por sua vez, é capaz de controlar ambas as extremidades das operações, uma vez tratar-se de empresas vinculadas, de forma a ferir as condições de livre concorrência. A Secretaria da Receita Federal brasileira, através do Ato Declaratório nº 53, de 17 de junho de 1999, veio a determinar que a Convenção para evitar a dupla tributação entre Brasil e Portugal, assinada em 22 de abril de 1971, e promulgada pelo Decreto nº 69.392, de 21 de agosto de 1971, e denunciada pelo Brasil em 14 de julho de 1999, art. XXIX, § 1º, teria sua vigência cessada a partir de 1º de janeiro de 2000. A principal razão para a denúncia foi a utilização do regime tributário favorecido pelas empresas instaladas na Zona Franca da Ilha da Madeira. Assim, foi assinada uma nova Convenção entre Brasil e Portugal (ainda não ratificada), em 16 de maio de 2.000, bem como um Protocolo Adicional, excluindo de seus benefícios as pessoas que gozem dos regimes favorecidos da Ilha da Madeira. Em relação ao Brasil, ao que parece, os principais paraísos



Enfim, parece que a Corte de Cassação e o Conselho de Estado franceses costumam ser prudentes em casos de abuso de direito no âmbito tributário, evitando os excessos de parte a parte, exigindo provas rigorosas de culpabilidade e excluindo a alegação do abuso quando se verifica a existência de motivos legítimos, não considerando como fraude senão os atos adotados com o propósito exclusivo de lesar o Fisco (Sentencia Lalande, 21/7/1989).

Quanto ao sistema jurídico alemão, toma-se em cotejo BECKER e HENSEL, quando defendiam a interpretação das normas tributárias segundo a finalidade econômica do ato (par. 9, da Ordenação Tributária alemã de 1931). Até hoje, pretende-se evitar a manipulação de formas jurídicas de modo a provocar a redução da carga tributária.

Mesmo não havendo nenhuma sanção particular, salvo o pagamento da diferença do imposto que ordinariamente deveria ser pago, dá-se a atenção que o tema está a merecer.

Havendo o exercício anormal de um direito, de modo contrário aos fins sociais e econômicos do mesmo, permite-se a aplicação do dever de reembolso da quantia que deveria ingressar nos cofres públicos; e não ingressou.

Quanto ao sistema jurídico italiano, são vários os Projetos que pretendem uma cláusula geral anti-elisiva (Enmienda al art. 1 del proyecto de ley de 1746, del Senado, de 5 de octubre de 1989 y de 7 de marzo de 1990).

Por outro lado, existem dúvidas quanto à compatibilidade de sua inserção, argumentando com o princípio da legalidade e com a oportunidade de adotá-la, tal a desorganização administrativa que parece existir.

A administração em geral, e a tributária em particular, não inspirariam a necessária confiança. Assim, talvez não fosse oportuno atribuir à Administração o poder de apurar a correspondência entre a forma utilizada e o fato econômico real.

fiscais utilizados seriam: Ilhas Cayman, Bahamas, Panamá, Uruguai, Ilhas Virgens Britânicas, Ilha da Madeira e Antilhas Holandesas. Vide outros paraísos fiscais conforme as Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal nº 164, de 23 de dezembro de 1999 e nº 68, de 27 de junho de 2000.



Portanto, poderia não ser conveniente a adoção de uma “*norma geral antifraude*”.

É evidente a divisão doutrinária. Admitindo que não existissem funcionários públicos de tal modo preparados de maneira a evitar arbitrariedades, seria melhor a interveniência casuística do legislador. Faltando confiança na administração tributária, seria preferível não arcar com o risco.

Quanto ao sistema jurídico holandês, todo ato, negócio ou procedimento que lhe falte finalidade econômica, senão a diminuição ou a supressão do tributo, pode ser apontado como ilícito, porquanto viole o espírito da lei.

Quanto ao belga, tenta-se conjugar a liberdade de pactuar com o princípio da legalidade tributária, permitindo ao contribuinte eleger a via menos gravosa fiscalmente para a execução das suas operações. Enfim, o contribuinte tem o direito de eleger a solução fiscal que lhe seja mais favorável, menos gravosa. Contudo, o fato de poder eleger o caminho menos gravoso não lhe autoriza registrar a prática de atos ou negócios que não sejam reais. De fato, deveria a Administração comprovar a simulação; o que, efetivamente, não é simples. A aplicação extensiva da teoria do abuso do direito vem sendo, quase unanimemente, rechaçada pela jurisprudência. (Sentencia 27/1/1987).⁴¹⁶

No sistema jurídico suíço, também todo cidadão pode organizar a sua atividade econômica da maneira que lhe seja menos onerosa do ponto de vista tributário. Evidentemente, contudo, não se deve socorrer de formas anormais e inadequadas, que não tenham outro fim senão provocar uma forte retenção do pagamento de tributos. Assim, a adoção de formas insólitas presumiria pretensões evasivas, permitindo-se ao contribuinte socorrer-se de provas em contrário, demonstrando que a forma eleita assim o foi por motivos legítimos e distintos dos meramente tributários.

Mais dois realces especiais. Agora, para a Gran Bretanha e para os Estados Unidos da América do Norte.

⁴¹⁶ MORSELI Y TANIAU, Frandes, Bruselas, 1990, p. 261; GHISLAIN, L’abus de droit en Belgique; VANDERCAPELLERN y otros, Optimisation fiscale et abus de droit, ob. cit., p. 137. Apud ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho Tributario.2ª. Madrid / Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 376.



Na Gran Bretanha, a elisão fiscal implicaria na organização de negócios de modo a gravá-lo por um tributo menor, mas de acordo com o princípio da legalidade. Afinal, todos têm direito a organizar os seus próprios negócios de modo a que os tributos aplicados sejam menores do que seriam se praticados de outro modo (Inlans Revenue Commissioners (IRC) vs. Duque de Westminster).

Se houvesse o ilícito, haveria a evasão.

Em síntese, se o contribuinte tem como único objetivo o de pagar menos impostos, e adota diversos passos articulados sob este objetivo exclusivo, seria lícito para os juízes valorar o conjunto dos atos praticados como uma única transação, considerando-a ineficaz acaso ela tivesse a só pretensão de reduzir ou eliminar tributos. É o chamado *princípio do resultado final*. Identificado o negócio real (resultado final), haveria a tributação em função disto.

Devendo-se desenvolver todo este raciocínio sem perder de vista as garantias dos contribuintes (princípios constitucionais), especialmente a de que só o Parlamento pode impor impostos, e não os juízes; e, muito menos, a Administração com as suas próprias interpretações das transações privadas.

Sobre o sistema jurídico norte-americano, fala-se na “valoração unitária dos procedimentos elisivos”. No caso *Griffth y Helvering*, disse-se que “*um resultado determinado não se converte em um resultado diferente se se alcança por um caminho indireto.*” Seria preciso perquirir sobre o real propósito negocial.

Assim, parece que o sistema americano prefere privilegiar a realidade econômica da operação do que a mera qualificação jurídica, sem que isto implique em abandono da reserva da legalidade.

Como até qui vem sendo visto, os países costumam adotar nomenclaturas distintas para defender a necessidade de o contribuinte agir com boa fé perante o Fisco.

Fala-se em “*caminhos indiretos*”, manipulações de formas, fraudes, simulações, “*negócio real*”, “*resultado final*”, etc. Em última análise, o que se pretende é a sinceridade fiscal.



Sem negar a liberdade de o contribuinte agir frente aos seus negócios, não pode ele tentar ser mais esperto do que o Fisco, armando um conjunto de operações que não têm outro objetivo senão lesar o patrimônio público. A dificuldade está em que as administrações tributárias dos países encontram-se em estágios de maior ou menor organização, e as culturas onde elas estão inseridas poderão permitir um comportamento mais ou menos gravoso da parte dos funcionários de fiscalização.

Se, por um lado, o Estado pretende não ser lesado; por outro, pode vir a ser legítimo, acaso configurado o caminho de manipulação, que ele deva exigir do contribuinte faltoso mais do que o tributo escondido, cabendo perquirir sobre a aplicação de multas, que intimidem o comportamento evasivo.

Evidentemente que tudo isto precisaria estar submetido ao devido processo legal, ou ao “*justo procedimento*”, sob pena de se atribuir à Administração tributária o monopólio da interpretação da norma, tornando o Fisco insindicável senão por ele mesmo.

Talvez, uma maneira de provocar a tranquilidade fiscal seja a de incentivar as consultas prévias⁴¹⁷, da parte dos contribuintes, às Administrações tributárias, fixando-se prazos não muito longos, mas preclusivos.

No Código Tributário brasileiro, o instituto da consulta está previsto no art. 161, § 2º, que diz: “*O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária. § 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. § 2º. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de **consulta** formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.*”

Como se observa, a consulta feita dentro do prazo para pagamento do tributo, desonera o contribuinte dos juros e da multa de mora, mesmo que respondida para além do prazo originário de adimplemento.

⁴¹⁷ Vide a Lei nº 9.430, de 27.12.1996, que dispõe sobre a legislação tributária federal, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.



Afinal, se o responsável pela demora é a própria Administração, não pode, ela própria, impor exações pela demora por ela provocada.

Claro está que, na proposta que há pouco fiz, se for comprovado conluio do funcionário da Administração e o contribuinte consulente, não caberia falar em preclusão contra o Estado, ou em institutos afins, pela passagem do tempo; pois não se computaria, para estes efeitos, esta passagem decorrente de dolo, fraude ou simulação, tal como já ocorre com a moratória, parcelamento, remissão, isenção e anistia.⁴¹⁸

É a aplicação do adágio de que ninguém deve se beneficiar com a sua própria fraude.

É a aplicação do sistema de freios e contrapesos, “*check and balances*”, do direito constitucional norte-americano, pretendendo evitar a supremacia de um Poder sobre o outro, e a conseqüente tirania de um deles.

Enfim, é preciso compatibilizar liberdade com responsabilidade. É preciso estar alerta para não se defender os princípios certos pelas causas erradas.

⁴¹⁸ Vide o art. 155, do Código Tributário brasileiro, que diz: “A concessão de moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogada de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumpria ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora: I- com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele; II- sem imposição de penalidade, nos demais casos. Parágrafo Único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.”



5.3.7. SEGURANÇA JURÍDICA. LEALDADE E TRANSPARÊNCIA DEMOCRÁTICA

Tenho como necessário tomar em mira de análise o dever de lealdade como uma justificativa ética da tributação.

Lealdade do contribuinte para com o Fisco e do próprio Fisco para com o cidadão-contribuinte. Trata-se de um tipo de cidadania que, ao menos no Brasil, precisa ser construído e reforçado. Não falo, aqui, apenas do grande contribuinte, pois este, provavelmente, esteja conseguindo, ou, ao menos, tentando construir o seu *status* de cidadania tributária. Refiro-me, sobretudo, àquele pequeno e médio contribuinte que, por vezes, colhido pela malha fiscal, pela longa mão do Estado, vê-se acuado diante da imposição ilegítima que se lhe quer impor.

Normalmente, ele reage pagando, com medo das conseqüências que uma lide administrativa ou judicial poderia lhe trazer. É exatamente isto que não se quer. O pagamento do tributo cobrado indevidamente com base no exclusivo sentimento do medo.

Em outras palavras, o dever de lealdade precisa ter mão dupla.

Eis um desafio: a transparência democrática na arrecadação e na aplicação da legislação tributária.

Mas, para que haja transparência, faz-se necessário uma verdadeira revolução educacional e cultural. Por exemplo, estimulando o cidadão a conhecer o seu Texto Constitucional, para compreender melhor que tem direitos e deveres.

É neste sentido que considero possível falar em construtivismo. Não se trata aqui de um construtivismo nos moldes norte-americanos, à procura de justificar uma Constituição que se acomoda à leitura que se queira fazer⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Esta foi a conclusão que retirei ao acompanhar vários *precedentes* (www.law.cornell.edu). Contudo, entendo que merecem reflexões aprofundadas idéias como as de BENJAMIN NATHAN CARDOZO que, em “*The Nature of the Judicial Process*”, vislumbra, na função jurisdicional, uma



Não se pretende dizer que a Constituição diz o que, na verdade, nunca quis dizer. A Constituição não é um ícone, mas precisa ser respeitada e portar alguma estabilidade.

No Brasil, é preciso construir a Constituição no mundo real, dentro do ponto de vista de uma cidadania ativa.

Para que isto ocorra, necessita-se restringir as já tão constantes divergências jurisprudenciais e embates doutrinários, permitindo uma democracia onde se consiga alguma previsibilidade.

Esclareço melhor o que digo com um exemplo de infeliz rotina na esfera jurídica nacional.

Imagine-se uma relação jurídico-tributária já consolidada, envolvida pela garantia da coisa julgada.

No caso hipotético, portanto, o contribuinte saiu vitorioso na demanda, e se imagina tranqüilo. Ocorre que, em um futuro qualquer, vem, novamente, o Poder Judiciário; e, agora, em uma ação direta de inconstitucionalidade, reposiciona a questão de direito, declarando inconstitucional a lei vigente ao tempo da consolidação da relação tributária.

De um lado, pode-se afirmar que, acaso ele permaneça com o privilégio de uma vitória isolada e decorrente da sorte, isto seria injusto com o seu ou os seus concorrentes, promovendo uma disputa desleal, violando as leis de mercado. De outro, ele contra-argumentará dizendo que a Constituição afirma, entre os direitos individuais, como cláusula irremovível, que nem mesmo a lei poderá prejudicar a coisa julgada, uma fisionomia do direito adquirido.

oportunidade para praticar a *criativa arte pela qual o direito é moldado para preencher as necessidades de uma ordem social em mudança*. Ou, como afirmava WILLIAM J. BRENNAN, ao adotar a filosofia jurídica de que *o progresso do Direito depende do diálogo entre coração e mente*. Extraído de “Os desafios do Judiciário”. Geraldo Brindeiro – Procurador Geral da República, Doutor em Direito pela Universidade de Yale (EUA) e Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília. www.solar.com.br



Situações como tais, demonstram os malefícios que a instabilidade e a imprevisibilidade do universo tributário é capaz de provocar.

Isto permite acusações, muitas vezes exageradas, contra o Poder Judiciário, dizendo-o maleável a juízos de oportunidade política e de conveniência. Seria o exercício inadequado da lógica das consequências em desfavor da lógica dos princípios.

Note-se que a nova Decisão foi prejudicial em relação à situação em que se encontrava o contribuinte beneficiado com a coisa julgada.

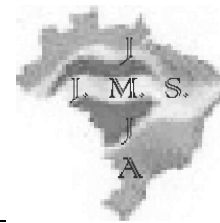
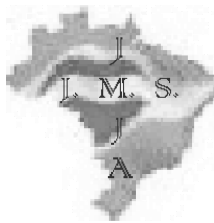
Enfim, a constante mudança das leis acarreta esta permanente instabilidade na relação instalada entre o contribuinte e o Estado.

Para resolver este tipo de problema, veio o Projeto de Lei Complementar, do Senado Federal nº 646, de 1999⁴²⁰, sugerindo a seguinte solução: “Art. 15. Os efeitos da decisão transitada em julgado, em controle difuso ou em ação direta, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, não implicarão exigência de complementação, no âmbito administrativo ou judicial, do valor do crédito tributário extinto anteriormente à vigência da decisão.”

É natural que qualquer tema polêmico não mereça a unanimidade como resposta, se é que é isto o que se pretende.

Portanto, deve-se trabalhar de modo a evitar que o problema ocorra. Uma espécie de atitude preventiva através da estabilidade das leis e das suas interpretações.

⁴²⁰ Este Projeto adota um conceito mais amplo para o que seja contribuinte. Diz ele: “Art. 1º. (...) § 1º. São contribuintes para os efeitos desta Lei Complementar, e para os das leis federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal que dela decorram, as pessoas físicas ou jurídicas em qualquer situação de sujeição passiva tributária, inclusive a responsabilidade, a substituição, a solidariedade e a sucessão tributárias, além do referido no art. 121, Parágrafo Único, inciso I, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966).” Diz o Código Tributário brasileiro: “Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo Único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I- contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II- responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”



Logo, a preocupação com a justiça fiscal⁴²¹, ou com a justa tributação não se restringe ao atendimento dos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da equitativa distribuição da carga tributária, da generalidade, da progressividade, do não-confisco, pois faz-se necessário aliar aos princípios expressões de uma objetividade ainda mais clara.

Refiro-me à interpretação uniforme, às revogações identificadas com clareza, à não utilização de meios coercitivos de cobrança do tipo das chamadas sanções políticas.⁴²²

Sobre a interpretação, defendo que a Administração tributária precisa agir com boa fé ou lealdade, dentro de uma perspectiva de um direito aplicável.

Pode parecer difícil, mas deve-se lidar com o caminho do possível. Assim, é dever da Administração não apenas conferir o pleno acesso às informações sobre as normas e os períodos em que estão ou estiveram em vigor, mas também indicar qual a interpretação que vem retirando destes diplomas, de modo a não surpreender o contribuinte.

Parece simples, mas com as constantes mudanças do ordenamento jurídico, é algo útil e uma consequência fundamental do princípio da legalidade. Não basta que exista a lei em abstrato, sendo um direito inalienável do cidadão conhecer como o Poder Público a vem interpretando. Neste espaço, a informática constitui um meio técnico de realização da efetiva legalidade.

⁴²¹ A certeza e a celeridade são vetores importantes na busca do ideal de justiça tributária. Em sua Exposição de Motivos, o Decreto-lei 433/99, de 26 de outubro – Aprova o Código de Procedimento e de Processo Tributário (vide, também, a Lei Geral Tributária portuguesa, aprovada pelo art. 1º, do Decreto-lei nº 398/98, de 17 de dezembro), assevera que pretende que a regulamentação do procedimento e do processo tributários assegure não só a certeza como também a celeridade na declaração e realização dos direitos tributários; o que constituiria condição essencial de uma melhor justiça fiscal. A Lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal brasileira (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) procura atingir a justiça administrativa seguindo princípios como (art. 2º): legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁴²² De fato, a Súmula nº 323, do Supremo Tribunal Federal predica que “*é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*” Ocorre que a jurisprudência vem abrandando este regime, permitindo distinguir entre a apreensão e a retenção. O que estaria vedado seria a retenção além do tempo necessário para compor a prova material do delito. RTJ, 585:69 e RT, 650:88.



Ainda na seara da interpretação da lei, é de receber destaque que não se deve interpretar uma lei inexistente, ou, melhor ainda, não publicada.

Trato, aqui, do lamentável problema das interpretações de leis editadas em tiragens especiais ou extraordinárias do Jornal Oficial.

Em uma democracia, estas tiragens não podem ter a força jurídica de afastar garantias constitucionais.

O Jornal Oficial, ou outra denominação que possua, na hipótese de instituição ou aumento de tributo, precisa, ele próprio, estar submetido ao princípio da anterioridade tributária. Não é algo menor esta exigência, precisando haver como comprovar que realmente circulou, e ficou acessível ao público no exercício financeiro antecedente àquele da cobrança.

O artifício das tiragens extraordinárias ou especiais parece uma artimanha de aberrante violação à anterioridade.

Em um sistema mutante como o brasileiro, outro assunto ligado diretamente à garantia da lealdade é o da revogação.

Por vezes, surge a dúvida sobre a validade de uma norma tributária; o que se presta para instalar um volume avassalador de novas demandas.

Um instrumento simples para procurar evitar este importante inconveniente está na exigência de que as leis, os regulamentos e outras normas jurídicas, quando modifiquem matéria tributária, indiquem o que está alterando ou revogando, e de uma maneira expressa e identificada. É dever fundamental da Administração democrática indicar o que revoga e porque assim procede.

Agir com clareza é pressuposto de um Estado democrático de direito. Agir com lealdade não é diferente.

Quanto aos meios coercitivos de cobrança, também chamados de sanções políticas, embora já existam Súmulas dos Tribunais brasileiros sobre o assunto, a matéria continua a chegar até à Justiça.



Assim, a proibição por lei parece recomendável, ao menos do ponto de vista pragmático.

Em outras palavras, é recomendável deixar expressa a proibição, para fins de cobrança extrajudicial de tributos, da adoção destes meios contra o contribuinte.

Interditar estabelecimentos e proibir transações com particulares não devem ser permitidas. Bem menos ainda a Administração fazer uso da força policial na cobrança, salvo se houver autorização judicial fundamentada na comprovação liminar de um justo receio de resistência à fiscalização que se vai proceder.

Em suma, é adequado buscar meios para satisfazer a dívida; mas de um modo menos gravoso para o devedor.

Contudo, em relação à proibição de transações com órgãos e entidades públicas, creio que a questão seja diversa. Afinal, aquele que não paga ao Estado não pode retirar uma vantagem disto para contratar com o próprio Estado. Se a hipótese for de licitação, a concorrência seria desleal, mediante o beneplácito do próprio Estado.

Além do mais, a própria Constituição brasileira de outubro de 1988 deixou expresso que “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”. (art. 195, § 3º)

Portanto, a pretensão não é a de impedir a subsistência da empresa, mas de demonstrar-lhe alguma desvantagem na inadimplência tributária.

Realmente, é um tema a exigir reflexões, e também ações de modo a esclarecer as consequências.

Afinal, a Administração tributária precisa manifestar-se enérgica, mas sem ser arbitrária.

É nesta linha que encontro espaços para a discussão sobre a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade, na hipótese de constituir ela um instrumento de fraude.



Evidentemente que a atitude do devedor, no sentido de provocar um prejuízo dissimulado ao credor, não merece guarida ética ou jurídica. O desvio na aplicação da lei não deve trazer o corolário da proteção do delinqüente.

A questão é de se a própria Administração pode superar a personalidade do contribuinte, independentemente do encaminhamento ao Poder Judiciário.

A resposta para este tipo de situação dependerá das circunstâncias do Estado. No caso do Brasil, creio que é de melhor estima exigir-se o recurso à via judicial. Uma espécie de reserva dos Juízes e Tribunais, enquanto personagens isentos.

A convivência com a máquina administrativa é que vai apontar qual a direção a seguir, imaginando, contudo, que o mau uso do instituto está mais aproximado da prática de ofício; o que traria o desprestígio de algo cujos resultados favoráveis podem ser extraídos.

Vulgarizar o instituto do “*disregard of legal entity doctrine*” é transformá-lo em um vilão, com desdobramentos, possivelmente, prejudiciais para o bom contribuinte e para a própria Administração.

Logo, a exclusividade do Poder Judiciário, antes de reduzir a Administração, apenas lhe acresce um meio mais efetivo e democrático, de sorte que o contraditório é mais viável ser desenvolvido na instância judicante. Insisto que afirmações como esta não devem ser feitas no vácuo, ou na fantasia de uma realidade inexistente.

Em outras palavras, o princípio do contraditório não se compadece apenas com artigos de lei que o prevejam, sendo a sua efetividade um desdobramento do meio em que pretende atuar.

É continuando com este raciocínio que considero o tema da exigência de um depósito prévio para a interposição de impugnações ou recursos na esfera administrativa.

À primeira vista, poderia caber uma vedação pura e simples.

Ocorre que, na prática do cotidiano, verifica-se este procedimento como consagrado pelos Tribunais. O motivo para isto, ou pelo menos o principal motivo, foi o exagero nos recursos. Uma espécie de sanção pelo abuso.



Assim, como uma forma de desestimular os recursos na esfera administrativa, uniformizou-se a conduta de sempre exigir cerca de 30% (trinta por cento) do valor discutido do cidadão ou da empresa recorrente.

Contra isto, levantam-se muitas vozes tanto na doutrina, quanto no Poder Legislativo. Afinal, sanciona-se antes de se verificar se há motivo para tanto.

Note-se que o que aqui se discute não são os embargos em uma execução fiscal, e a garantia dos mesmos como um pressuposto de admissibilidade objetivo.

Não é isto. Diz-se apenas que o recurso administrativo não deve ser condicionado a depósitos prévios⁴²³, ou outras formas limitativas do direito de interposição de impugnações (fiança, caução, aval, etc).

Verificando-se, posteriormente, que o recurso foi procrastinatório, aí sim, caberia a sanção.

Quanto aos embargos à execução fiscal, creio que seja necessário garanti-los pelo singelo motivo de que não vêm sendo incomuns as chamadas execuções infrutíferas, pois, ao seu final, ou não mais se encontra o executado, ou não mais existem bens suficientes para adimplir a dívida com o Poder Público.

Contudo, evidentemente, acaso o contribuinte-executado saia vitorioso na demanda, é direito dele o de ser reembolsado do custo que lhe valeu o processo.

⁴²³ A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe: “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. § 1º. O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior. § 2º. Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.” Portanto, aparentemente, a regra geral seria a da inexigibilidade da caução. Ocorre que foram reiteradas as medidas provisórias que fixaram a exigência do depósito recursal como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Exemplo disto foi a Medida Provisória nº 1973-62/00, que disciplinava uma nova redação para o art. 33, § 2º, da Lei supra: “Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente instruir com prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão.”



Por exemplo, se afiançou o débito que lhe foi imputado pela Administração, merece ser indenizado pelo prejuízo sofrido, tanto material, quanto moral. Este ressarcimento deve ser completo, e até mesmo compensável contra os futuros débitos que venha a contrair com a mesma Fazenda.

Assim, resguardado o direito de regresso do Poder Público contra o seu funcionário, por dolo ou culpa do mesmo, haveria um caminho de responsabilidade e lealdade das partes que compõem a relação tributária.

Mas, antes de estruturar a passagem para uma outra reflexão, devo dizer que, infelizmente, creio que um instituto substitutivo dos embargos vem crescendo demasiadamente no Brasil.

Note-se que o problema não é o da sua existência, mas o do modo como vem sendo aplicado.

Trata-se da chamada “*exceção de pre-executividade*”, que vem sendo empregada no lugar dos embargos à execução fiscal.

Em síntese, esta exceção serviria para evitar as despesas daquele executado cuja execução contra ele interposta é inviável por ausência de pressupostos processuais ou condições da ação; afora outros incidentes adjetivos que o Estado-Juiz deveria haver reconhecido de ofício, como a execução de dívida já paga.

Mas não é isto o que vem ocorrendo. Creio que por motivos práticos.

Explico. Acaso sejam interpostos os embargos, são devidas as custas processuais e é necessário garantir o juízo. Na hipótese da “*exceção de pre-executividade*”, não são devidas as custas, nem tampouco faz-se necessário garantir o juízo. E, para torná-la ainda mais atraente, havendo o êxito da exceção, serão devidos honorários advocatícios, tal como ocorreria se a execução fosse embargada.

Logo, estende-se a “*exceção de pre-executividade*”, embora não haja lei que a consagre expressamente, pois, repito, não são devidas as custas processuais, não é necessário garantir o juízo, e os honorários advocatícios constituem uma decorrência do sucesso da iniciativa.



Portanto, é preciso estabelecer, por lei, as fronteiras deste já corriqueiro instrumento processual.

Muitas destas questões vêm tratadas no Projeto de Lei Complementar que há pouco mencionei, o chamado Código de Defesa do Contribuinte.

Este Projeto vem recebendo muitas reações, particularmente da Secretaria da Receita Federal, embora trate-se de uma legislação com eficácia nacional. Entenda-se: aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O argumento é o de que ele poderá servir como mais um meio para estimular a sonegação fiscal no Brasil.

Procura-se responder a isto, recordando que, nos Estados Unidos da América do Norte, mais precisamente a Declaração de Direitos do Contribuinte, aprovada em 30 de julho de 1996, alterou o Código de Rendas Internas de 1986, fortalecendo a proteção às empresas e aos cidadãos, sem os resultados danosos que se aponta que possam existir no Brasil.

Sob o mesmo enfoque, cogita-se da *Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes – LDGC*, espanhola, (nº 1/1998, de 26 de fevereiro), que “*regula os direitos e garantias básicas dos contribuintes em suas relações com as Administrações tributárias*”, em cuja Exposição de Motivos está disposto que constitui “*um marco de inegável transcendência no processo de reforço do princípio da segurança jurídica, característico das sociedades democráticas mais avançadas, permitindo, ademais, aprofundar a idéia de equilíbrio das situações jurídicas da Administração tributária e dos contribuintes, com a finalidade de favorecer a estes o melhor cumprimento voluntário das obrigações.*”

De tal ordem que, ao menos formalmente, o Código de Defesa do Contribuinte brasileiro teria o “*objetivo de fortalecer a cidadania fiscal, complementando as normas constitucionais pertinentes e compatibilizando a legislação brasileira com a internacional num momento de globalização e expansão das economias nacionais.*” (Exposição de Motivos)



Provavelmente, o problema brasileiro não seja o da ausência de leis; aliás, elas existem bastante.

Talvez por isto que, na própria Exposição de Motivos, procure-se, de algum modo, justificar a quantidade de repetições legais que ele promove, por exemplo, dizendo:

- a) *“igualmente indispensável ter presente que o projeto não se limita a revisitar os direitos e garantais fundamentais plasmados na Constituição.”;*
- b) *“nesse espírito, não se ocupa o projeto, salvo o explicitado em suas disposições finais, em revogar ou reescrever disposições do Código Tributário Nacional. Não se pode perder de vista que, concebido embora sob o influxo democrático da Constituição de 1946, o direito tributário brasileiro codificado em 1966, particularmente nas relações do Fisco com o contribuinte, foi implementado sob as condições autocráticas das Cartas de 1967 e 1969. Daí o propósito do Código de Defesa do Contribuinte de interpretar o direito tributário nacional nos moldes libertários da Constituição de 1988 e da jurisprudência dela resultante (...);”*
- c) *“o projeto incorpora, ainda, alguns princípios centrais estampados na lei geral do processo administrativo federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999)⁴²⁴ para que se lhe confirmem caráter nacional vinculante.”;*
- d) *“as normas do Capítulo VI cuidam da defesa do contribuinte mediante adoção do modelo de defesa coletiva, consagrado no Código de Defesa do Consumidor. Definem-se, por conseguinte, sob os mesmos termos e condições, os interesses ou direitos difusos e os coletivos, assim como os individuais homogêneos, seguidos da legitimação do Ministério Público e das associações civis para a ação judicial”.*

Creio que seja sincero afirmar que o que se pretende é reformular a jurisprudência naquilo em que os Autores do ante-projeto a entendem equivocada, pois haveria retirado da legislação vigente uma interpretação que não se considera a melhor. Assim, uma nova lei permitiria uma nova interpretação da parte dos administradores e dos juízes.

⁴²⁴ Esta lei possui uma estrutura bastante semelhante àquela do Código de Processo Civil brasileiro.



Parece ser este o real espírito da Proposta: construir com a nova legislação algo que poderia ter sido construído com a antiga, mas não o foi.

Veja-se o caso da legitimidade processual do Ministério Público e das associações civis para as ações coletivas na defesa dos direitos e garantias explicitados no Projeto: “Art. 47. *A defesa dos direitos e garantias dos contribuintes poderá ser exercida administrativamente ou em juízo, individualmente ou a título coletivo. § 1º. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I- interesses ou direitos difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos desta lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. § 2º. Para os fins do § 1º deste artigo, são legitimados concorrentemente: I- o Ministério Público; II- as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses, direitos e garantias protegidos por esta lei, dispensada a autorização assemblear. (...)”*

Também é possível afirmar que, além deste fator, a Proposta teria o mérito de ser metódica, de maneira a funcionar como um catálogo de direitos para o contribuinte e para os servidores públicos que com ela vierem a trabalhar.

Sob este ponto de vista, tenho como chegado o momento de apresentar a estrutura da Proposta de Lei Complementar do Senado Federal nº 646, de 1999:

Capítulo I – Das Disposições Preliminares.

Capítulo II – Das Normas Fundamentais.

Capítulo III – Dos Direitos dos Contribuintes.

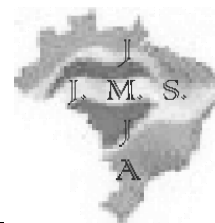
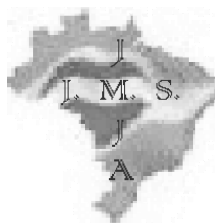
Capítulo IV – Das Consultas em matéria tributária.

Capítulo V – Dos Deveres da Administração Fazendária.

Capítulo VI- Da Defesa do Contribuinte.

Capítulo VII- Das Disposições Finais.

Sobre o Capítulo I- Das Disposições Preliminares, encontra-se registrado um novo conceito, e mais amplo, para o que seja contribuinte, estendendo-se a este novo universo as garantias e os direitos consignados na nova legislação. Tenta-se, também, conceituar o que



seja “*justa tributação*”, como sendo aquela que observa os princípios constitucionais tributários.

Sobre o Capítulo II- Das Normas Fundamentais, procura-se esclarecer melhor sobre o que se deva entender como *legalidade*, sublinhando que pressupõe a estipulação de todos os elementos indispensáveis à incidência (descrição objetiva da materialidade do fato gerador, a indicação dos sujeitos do vínculo obrigacional, da base de cálculo e da alíquota, bem como dos aspectos temporal e espacial da obrigação tributária). Procura enfatizar o princípio constitucional da anterioridade, dando destaque aos principais problemas concretos porque passou este princípio no Brasil da última década. Enfim, giza que o Texto Constitucional não pode ser esquecido em nome da burocracia administrativa.

Sobre o Capítulo III- Dos Direitos do Contribuinte, começa, exemplificativamente, com uma lista extensa, pretendendo facilitar a vida do contribuinte adimplente, demonstrando que se há um dever do contribuinte de pagar tributos, também há um dever da Administração de agir com respeito e urbanidade, fornecendo agilmente as informações e certidões que lhe forem requeridas.

Sobre o Capítulo IV- Das Consultas em matéria tributária, estas devem ser respondidas dentro de prazos pré-estabelecidos, não mantendo o contribuinte refém da lentidão administrativa. Além do mais, o princípio da isonomia não pode ser afastado, pois a diversidade de tratamento administrativo-normativo a hipóteses idênticas, segundo o Projeto, atribuiria ao contribuinte o direito ao entendimento que lhe seja mais favorável.

Sobre o Capítulo V- Dos Deveres da Administração Fazendária, tem-se que se é direito dela o de arrecadar conforme os princípios e as normas jurídicas, deve para isto impor o menor ônus possível para os contribuintes. Acrescente-se que se esclarece que o parcelamento do débito implica em novação, reconstituindo a situação de adimplência e as consequências que daí se retira. Também há a preocupação com a responsabilidade funcional dos agentes da Administração, que não apenas não podem se fazer acompanhar de força policial no seu ato fiscalizatório, salvo autorizado judicialmente para isto, como precisam demonstrar-se diligentes e leais, agindo dentro dos exatos limites das suas atribuições. A Administração Fazendária, não estando imune à sindicabilidade judicial, deve fundamentar os seus atos de maneira explícita, clara e congruente.

Quanto à ação penal a ser proposta contra o contribuinte, por uma suposta prática de crime contra a ordem tributária, exige-se o encerramento do processo administrativo que



comprove a irregularidade fiscal. Creio que esta medida, acompanhada da suspensão (ou interrupção) da fluência da prescrição penal, merece uma séria análise, pois pode implicar no não cometimento de graves injustiças que, na prática das rotinas judiciais, lamentavelmente se encontram.

Quanto ao mesmo procedimento para a quebra do sigilo, tal como foi propugnado, penso que, neste caso, apenas deveria bastar a existência de sérios indícios contra o contribuinte para que ele possa ser superado. A questão é a de se bastaria um ato da autoridade administrativa, ou se seria necessário despacho judicial. Creio que o melhor seria a exigência do ato judicial, pelo mais amplo contraditório e pela isenção dos magistrados, que são membros de um Poder independente.

Sobre o Capítulo VI- Da Defesa do Contribuinte, entendo que o ponto de maior importância seja o da atribuição ao Ministério Público da legitimidade para as ações coletivas. Esta medida poderá reduzir, em muito, a contenciosidade tributária, que costuma ser individual ou em litisconsórcios de poucos participantes. Evidentemente que, se a mudança vier, isto diminuirá o mercado de trabalho para os tantos advogados que estão especializando-se nesta área. Ocorre que o bem geral deve prevalecer.

Creio que uma importante barreira contra isto seja a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, no sentido de impedir tais iniciativas, afirmando que a utilização das ações coletivas, pelo Ministério Público em geral, e não apenas pelo Procurador Geral da República, implicaria em invasão inconstitucional do âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, cujos entes legitimados já se encontram no Texto Constitucional de outubro de 1988 (art. 103).

Mais: é preciso distinguir quando o objeto do processo é a própria validade da lei, e quando o mérito são casos concretos, e, apenas incidentalmente, a inconstitucionalidade é discutida. Portanto, a extensão da substituição processual, também chamada de legitimidade extraordinária, é algo possível juridicamente, e conveniente pragmaticamente.

Sobre o Capítulo VII- Das Disposições Finais, vêm algumas revogações, tanto em relação ao Código Tributário Nacional (prescrição e contratos com a Administração Pública), quanto à Lei de Execução Fiscal (produção de provas pela Fazenda Pública, remoção de bens do executado, intimações pessoais, cancelamento da execução fiscal, causas de alçada, suspensão da execução e arquivamento, etc).



É de se dizer que a tudo isto remanesce a dúvida sobre a propriedade do momento de se discutir e votar um Código de Defesa do Contribuinte, quando, paralelamente, também se discute uma Reforma Tributária.

Além do que alguns Deputados e Senadores levantam o tema do caráter ético de realizar alterações legislativas em período próximo às eleições presidenciais, de ordem que os efeitos da mudança seriam sofridos não pelos atuais titulares do poder, mas por outros, talvez os da oposição.

Se, em tese, o tema é daqueles que estimulam a polêmica, no caso do Brasil, ainda mais. Isto porque é inescandível a excessiva litigiosidade da Administração. Comprovando o que digo, em agosto de 2.001, no Superior Tribunal de Justiça, 85% (oitenta e cinco por cento) dos recursos que lá estão em andamento têm, em um dos polos da relação processual, uma das esferas da Administração Pública – União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Embora isto não signifique apenas tentativas de protelação, permitindo-se pensar que a Administração deverá sair vitoriosa em alguns destes processos, parece estar contaminada pelo chamado “*desvio ético*”.

A expressão “*desvio ético*” vai no sentido de que a Administração Pública aposta em um dos piores males do Poder Judiciário brasileiro: a morosidade. Assim, o Estado-Administração inviabiliza o Estado-Juiz.

Deixe-se claro que a morosidade não tem como fator decisivo a desídia da maioria dos juízes, mas realidades processuais como: toda decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento; a execução dos julgados, de acordo com o ordenamento em vigor, não parte do princípio de que a sentença é para ser executada. De que toda sentença condenatória deve ser cumprida. Porém do princípio de que o devedor não deve ser citado para cumprir a decisão, mas para impugná-la através de embargos ou de outra estratégia processual.

E, entre as *estratégias processuais*, termina passando diminuído o princípio da isonomia, pois aquele que dispuser de mais recursos certamente terá mais condições de contratar advogados que não apenas conhecem a legislação em vigor, mas também os meandros e as economias internas dos Tribunais. Especialistas em regimentos internos, etc. Por isto, quanto mais simples for o processo, mais moderno e democrático também o será.

Em resumo, é a democracia fazendo aflorar a transparência dos seus problemas.



5.3.8. SEGURANÇA JURÍDICA E O DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO. ASPECTOS ATUAIS.

“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.” (art. 83, da Lei nº 9.430, de 27.12.1996)

Dentro do tema dos princípios informadores da atividade tributária, ao lado da legalidade, da ampla defesa, da retroatividade benigna, tem-se a importante discussão sobre o papel do direito penal tributário no Brasil.

É buscando considerar as características da sociedade brasileira que pretendo formular o assunto.

Poderia começar a falar sobre o problema geral da especialização de novas disciplinas jurídicas e das suas autonomias no direito positivo, tal como a legislativa (direito do consumidor – Código de Defesa dos Direitos do Consumidor), a jurisdicional (Justiça do Trabalho) e a didática (direito administrativo) para justificar a existência de um direito penal tributário.

Mas não pretendo aprofundar-me nesta sutileza dogmática.

De fato, preliminarmente, pretendo fazer recordar sobre a existência, no direito tributário, de inúmeros conceitos normativos (tributo, contribuição social, taxa, imposto, empréstimo compulsório, contribuição de melhoria, responsável tributário, substituição tributária, etc.), o que pode trazer peculiaridades bem específicas neste campo, ainda mais diante da avalanche legislativa por que passa o Brasil, já se estando a chegar nas quase onze mil leis, e cerca de seis mil medidas provisórias. Isto para falar apenas da área federal, e não consignando as mudanças constitucionais, as resoluções e os decretos legislativos.

Sem contar, também, os discutíveis atos fiscais infra-legais.



5.3.8. SEGURANÇA JURÍDICA E O DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO. ASPECTOS ATUAIS



No campo do direito tributário, sendo o Brasil uma Federação, e a competência sendo concorrente (art. 24, inc. I c/c art. 30, inc. III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil), não é possível esquecer de que o nosso Estado Federal é composto pela União, 26 (vinte e seis) Estados, Distrito Federal, e cerca de seis mil Municípios; afora o fato de que alguns Estados e Municípios ainda querem editar as suas próprias medidas provisórias.

Enfim, embora a competência para legislar sobre o direito penal seja privativa da União (art. 22, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil), naturalmente, o campo penal tributário, sendo híbrido, irá se deparar com legislações tributárias estaduais e municipais de complemento, sendo, contudo, preciso evitar o “*inferno fiscal*”.

Dito isto, passo a cotejar ainda mais especificamente o objeto deste Capítulo: crimes contra a ordem tributária⁴²⁵ – aspectos atuais.

Quanto à legislação, é preciso ter em vista:

- a) Constituição da República Federativa do Brasil;
- b) Código Tributário Nacional e outras Leis Complementares;
- c) Código Penal brasileiro;
- d) Lei nº 8.137, de 27.12.1990 – define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências⁴²⁶;

⁴²⁵ A sociedade brasileira, entre as suas manifestações culturais, tem, no futebol, um papel de destaque. Refiro-me, então, à chamada “*CPI do Futebol*”, que foi presidida pelo Senador ÁLVARO DIAS. Eis o resumo das suas advertências: “1. revelou-se uma ‘seleção’ de crimes contábeis e fiscais de uma casta de dirigentes privilegiados que se consideravam desobrigados de obedecer à legislação vigente no País; 2. espera que o Ministério Público aprofunde as investigações e leve o Judiciário a punir exemplarmente os culpados pelos crimes de sonegação e evasão fiscal, e lavagem de dinheiro; 3. o mundo do futebol brasileiro movimenta R\$ 18 (dezoito) bilhões por ano; 4. a Comissão não apresentou resultados melhores pelas dificuldades de quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico de suspeitos, pois, no seu entendimento, o Supremo Tribunal Federal concedia liminares favoráveis aos investigados, mesmo com ilícitos visíveis; 5. não se conseguiu formar uma ‘força tarefa’ com o Ministério Público, Ministério da Justiça, Polícia Federal e Advocacia Geral da União para investigar a movimentação do dinheiro do futebol para contas numeradas em paraísos fiscais.” (Extraído do Jornal do Senado. Ano VII, nº 1.372, Brasília, 02.10.2001, ps. 1 e 7)



- e) Lei nº 9.983, de 14.07.00 – altera o Código Penal brasileiro, prevendo, entre outros, a apropriação indébita previdenciária.

Toda esta legislação vem suscitando muitas dúvidas e duras polêmicas.

Entre os temas polêmicos, começo falando quanto à reflexão sobre a existência, em um País como o Brasil, com uma intensa produção legislativa na área e com profundas discussões quanto à qualidade do produto legislado, de um direito desta ordem.

Indaga-se sobre o fundamento moral das penas criminais tributárias, argumentando que ou o sistema nacional tributário é bom, e não se admite descumpri-lo por uma questão ética; ou o sistema é ruim, e são necessárias as penas criminais corporais para intimidar o cidadão-contribuinte.

Diz-se que, pela segunda hipótese, de início é possível pensar em aumento da arrecadação, mas também poderia aumentar a corrupção entre os fiscais.

É bem verdade que acaso um fiscal, servidor público, dê início a um processo de investigação administrativa ou judicial, e se verifique o dolo da sua iniciativa, merecerá ser responsabilizado, pelo menos, nos termos do art. 339, do atual Código Penal brasileiro, que dispõe (Dos crimes contra a administração da justiça): *“Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa. § 1º. A pena é aumentada da sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. § 2º. A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.”*

Há quem contra-argamente que para saber se uma conduta é a melhor, bastaria imaginá-la sendo tomada por todos.

No caso, se fossem presos todos aqueles que cometem um delito fiscal, as cadeias estariam incrivelmente mais cheias (se é que isto é possível ...), os empregos estariam mais

⁴²⁶ Aqui, a posição majoritária conclui pela revogação da Lei nº 4.729/65, que dispunha sobre a sonegação fiscal, prevendo crimes de mera conduta. A Lei atual define os crimes tributários como de resultado, sendo indispensável o prejuízo ao Erário.



escassos pela prisão dos empregadores, e não haveria dinheiro sequer para manter os presídios existentes. Algo que, de fato, já ocorre.

Ao contrário, se as penas fossem pecuniárias⁴²⁷, restaria ampliada a receita do Estado.

Outra questão que, preliminarmente, também, impõe-se é a filosófica. Sobre qual seria a finalidade do direito.

Para alguns, o direito funcionaria como um limite de poder. O poder como um fato, e o direito servindo para contê-lo. Para outros, o direito mereceria ser visto como algo útil ao poder, um instrumento do poder. Ocorre que, por vezes, esmagaria o cidadão.

Note-se que, a depender da resposta que se tenha para estas formulações, as conclusões ao final serão bastante diversas.

Quanto à prisão, por exemplo. Entendo que a disputa entre a pena prisional e a patrimonial (pena prisional “*versus*” pena patrimonial) não é apenas um embate teórico, mas também prático. É preciso considerar as circunstâncias locais.

No Brasil, as cadeias estão cheias, e ficariam ainda mais, havendo a necessidade de dinheiro para mantê-las.

Se a sonegação, realmente, atinge os cinquenta por cento⁴²⁸, os empresários estariam quase todos presos, havendo efeitos danosos no emprego.

Além do mais, as penas patrimoniais produzem receitas públicas. É imperioso, portanto, que o Supremo Tribunal Federal revitalize o seu conceito de proibição de confisco em razão da aplicação das multas penais.

⁴²⁷ No Brasil, a prescrição das multas penais encontra-se assim prevista no Código Penal brasileiro: “Prescrição da multa. Art. 114. A prescrição opera-se em dois anos, quando a pena de multa é a única cominada, foi a única aplicada ou é a que ainda não foi cumprida.” Pelo prazo prescricional exíguo, inclusive, é fundamental que sejam consideradas as causas impeditivas e interruptivas da prescrição.

⁴²⁸ Dados da Secretaria da Receita Federal, apresentados em famosa sessão do Senado Federal.



Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1075-1, Origem: Distrito Federal, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC, Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional, o art. 3º, da Lei federal nº 8.846, de 21.01.1994, o Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, conheceu da Ação, e, por votação unânime, suspendeu, com eficácia *ex nunc*, até o julgamento final, o seguinte dispositivo (Plenário em 17.06.1998): “Ao contribuinte, pessoa física ou jurídica, que não houver emitido a nota fiscal, recibo ou documento equivalente, na situação de que trata o art. 2º, ou não houver comprovado a sua emissão, será aplicada a multa pecuniária de trezentos por cento (300%) sobre o valor do bem objeto da operação ou serviço prestado, não passível de redução, sem prejuízo da incidência do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza e das contribuições sociais.”

Porém, não basta discutir qual a pena cabível. É preciso também refletir sobre a natureza jurídica do crime cometido contra a ordem tributária, qual a relevância da teoria do erro no âmbito penal tributário, e os aspectos processuais propriamente ditos, tais como aqueles contidos nas teses da inexigibilidade de outra conduta, da impropriedade da denúncia genérica, dos efeitos da destituição judicial do empresário, da necessidade, ou não, do exaurimento das vias administrativas para a propositura da denúncia, da presunção em favor do Fisco, etc.

É o nosso empenho de agora.

Quanto à natureza jurídica dos crimes contra a ordem tributária. Aqui, a doutrina brasileira parece haver chegado a um quase consenso. São crimes de resultado aqueles previstos na Lei nº 8.137, de 27.12.1990. Mais: o art. 1º.⁴²⁹ constituiria um só tipo, havendo os incisos de serem entendidos como simples condutas-meio.

⁴²⁹ Lei nº 8.137, de 27.12.1990 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), art. 1º: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I- omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II- fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III- falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo a operação tributável; IV- elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V- negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo Único. A falta de atendimento da exigência da



Quanto à exclusividade das expressões legais “*suprimir*” e “*reduzir*” não impossibilitam que se entenda como crime o “*diferir*” (retardar), pois esta atitude estaria encampada na expressão “qualquer acessório”, entre eles os juros de mora, por exemplo, estando a multa excluída pela denúncia espontânea⁴³⁰.

Contudo, neste mesmo art. 1º, que faz referência a tributo e à contribuição social, dando a entender que contribuição social não seja tributo, esquece-se de citar expressamente o “*empréstimo compulsório*”. Não há dúvida. Também a supressão, a redução, ou o diferimento, que não deixa de ser uma forma das condutas anteriores, de empréstimo compulsório também é modalidade criminosa inserida no dispositivo. Afinal, entende o Supremo Tribunal Federal, atualmente, que empréstimo compulsório é tributo.

Quanto à teoria do erro no espaço penal tributário, detém uma especial importância.

autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas, em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza: I- fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II- deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação que deveria recolher aos cofres públicos; III- exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV- deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V- utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.”

⁴³⁰ Código Tributário Nacional, art. 138: “A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo Único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”



Desde 1984, no Brasil, a Parte Geral do Código Penal foi alterada (Lei nº 7.209, de 11.07.1984), deixando de se falar em erro de direito e em erro de fato. A partir desta época, cogita-se de erro sobre elemento do tipo e de erro sobre a ilicitude do fato.

Eis o Código Penal brasileiro:

“Erro sobre elemento do tipo. Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime, se previsto em lei. Discriminantes putativas § 1º. É isento de pena quem, por erro supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. Erro determinado por terceiro § 2º. Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. Erro sobre a pessoa. § 3º. O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime (...).

Erro sobre a ilicitude do fato. Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato se inevitável, isenta de pena; se evitável poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo Único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

Enfim, a importância do erro na aplicação da lei tributária no Brasil é bastante razoável, sendo difícil admitir que, tal a quantidade de leis, seja possível conscientemente aceitar que a ignorância da lei não deve escusar.

Entre os exemplos mais comuns quanto ao erro de tipo tem-se a confusão que se faz entre o que seja tarifa e o que seja taxa. Sobre a ilicitude do fato, tem-se a dificuldade de se fazer a exata configuração do que seja a microempresa e a variação deste conceito.

Como é possível observar, há quem entenda que o erro de tipo pode ser de fato e de direito.

As implicações, portanto, são graves. O erro na interpretação da lei tributária poderá ocorrer por vários motivos. Cito alguns deles: o contribuinte acredita-se imune, mas



extraí a nota fiscal; ou compensa um tributo que a Administração tributária entende que não devia, ou ainda não pagou ou pagou a menor um tributo quanto ao ponto de vista do Fisco.

Enfim, o erro de interpretação implicaria em exercício arbitrário das próprias razões? Ou algo ainda pior?

Para interpretar a lei, o contribuinte deveria socorrer-se sempre do Poder Judiciário?

Note-se que, não havendo escondido os fatos, é bastante perigosa a aplicação da lei penal partindo do pressuposto de que houve dolo. Se fosse assim, estaria instalada uma espécie de ditadura: a ditadura fiscal.

Note-se uma questão sutil, mas de larga discussão no universo pretoriano nacional.

Refiro-me aos tributos indiretos. De acordo com o art. 166, do Código Tributário Nacional está posto: “*A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.*” (Vide a Súmula nº 546, do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido).

Portanto, as duas situações de restituição são de aplicação prática quase inexecutável.

Daí virem os contra-argumentos:

- a) se toda empresa retirasse do público consumidor todos os seus custos, inclusive os tributários, ela jamais viria a falir. Ocorre que o consumidor não é um sujeito dotado de tal passividade. Pode haver concorrência. Reflita-se, contudo, sobre a substituição tributária, onde há o efetivo repasse;
- b) no Brasil, não se faz a distinção feita em alguns Estados dos Estados Unidos da América do Norte, onde preço e tributo vêm nitidamente separados. Aqui, acaso o empresário coloque um produto na prateleira simplesmente com o preço, e, no caixa, venha a afirmar para o comprador que ele deverá pagar separadamente o



tributo, será denunciado ao PROCON – Proteção ao Consumidor, como um violador dos direitos do Código de Defesa do Consumidor – CDC;

- c) a Receita Federal procuraria não restituir o indébito tributário, nos tributos indiretos, alegando, quanto ao consumidor, chamado de contribuinte de fato pela teoria econômica, que ele é parte ilegítima para buscar a restituição (ilegitimidade processual); e, quanto ao contribuinte de direito, que ele repassou o tributo ao contribuinte de fato;
- d) se houvesse efetivamente o repasse, nas hipóteses onde o comprador fosse isento ou imune, não deveria o vendedor pagar o tributo; mas se exige que pague. Por exemplo, se um Tribunal compra automóveis oficiais para os seus Juízes, Desembargadores e Ministros nem por isto haverá a redução tributária.

Mas não se pense que as polêmicas estejam apenas na seara do direito material, pois elas também se multiplicam na esfera processual, tal como se verá.

Começo com a figura da *inexigibilidade de outra conduta*. Aqui, será que haveria a necessidade de o contribuinte, para demonstrar o seu estado de dificuldade financeira, vir a vender as máquinas da empresa, sacrificando a viabilidade desta? Ou bastaria uma perícia contábil para verificar que não foram escondidos fatos, e todos eles foram escriturados?

De fato, a postura mais drástica poderia estar trazendo para o âmbito do direito penal o instituto da responsabilidade objetiva.

Nos Países civilizados modernos, costuma-se fundamentar a responsabilidade penal na culpabilidade, afastando do direito penal a responsabilidade objetiva.

De fato, no tempo em que se admitia a responsabilidade objetiva, tratava-se de uma questão filosófica. Acreditava-se que o homem era um instrumento do destino, abstraindo-se dele o livre arbítrio. Era o chamado pré-determinismo.

Hoje, costuma-se entender que as penas devam incidir na medida da culpabilidade do autor (art. 29, do Código Penal brasileiro – concurso de pessoas).⁴³¹

⁴³¹ Código Penal brasileiro, art. 29: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º. Se a participação for de menor



E será com base neste mesmo raciocínio da exigência de apuração da medida de culpabilidade que deve ser enfrentado o problema da *denúncia genérica*.

A denúncia deve apresentar a participação de cada um dos acusados, pois não há solidariedade penal pelo vínculo social. Afinal, esta solidariedade só há, no campo cível, no que respeita ao objeto social da empresa, que, certamente, não é o de praticar delitos.

A alegação de que caberia a denúncia genérica, pois, durante a instrução, é que passaria a ser possível individualizar as condutas, parece descumprir com o princípio do devido processo legal, pois a acusação específica viria depois da defesa prévia, invertendo a ordem natural. Na verdade, o inquerito é que deve ser bem feito.

O fato de o Supremo Tribunal Federal já haver admitido a denúncia genérica, considerando que bastaria a emissão de uma nota fiscal falsa e o prejuízo para o Erário para permitir a denúncia de todos os diretores da empresa, pode ser perigoso. Senão vejamos dois exemplos.

Imagine-se uma diretora presidente com mais de 80 (oitenta) anos, e já sob processo de esclerose, dizendo que sabia de tudo o que ocorria na administração empresarial, que, de fato, estava sob os cuidados dos seus filhos, porquanto fosse viúva do ex-dono. Neste caso, para evitar condenações injustas, deveria o Juiz, mesmo que a perícia não apontasse degeneração mental, fazer a ela perguntas bem específicas, como: o pagamento das contribuições era feito com cheque nominativo, visado, etc.

Afinal, mesmo a responsabilidade objetiva exigia um nexo de causalidade entre o ilícito e o comportamento do réu. Do contrário, estaria-se caminhando para o campo da responsabilidade objetiva por fato de outrem. Realmente, um absurdo.

Outro exemplo. O gerente de uma filial subfatura produtos, e deposita a diferença em uma conta corrente que o dono da empresa lhe autoriza administrar. O dono não sabia do subfaturamento, e, quando soube, mandou realizar uma perícia sob a aparência

importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”



preventiva. Particularmente, o gerente reconheceu que o estava furtando, mas lhe disse que, acaso tomasse alguma providência, iria denunciá-lo como sendo o verdadeiro autor.

Eis a importância de uma detida investigação, para apurar fatos como tais; pois, embora o dono da empresa pudesse ser sancionado por haver escolhido mal o gerente, *culpa in eligendo*, não deveria vir a ser responsabilizado criminalmente.

O inquérito policial não deve ser desprezado.

Ocorre que a pressa, um dos justificadores da denúncia genérica, tem um motivo prático: a prescrição⁴³².

⁴³² Código Penal brasileiro: “Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I- enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; (...) Parágrafo Único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo. Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: I- pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II- pela pronúncia; III- pela decisão confirmatória da pronúncia; IV- pela sentença condenatória recorrível; V- pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI- pela reincidência. § 1º. Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. § 2º. Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção. Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as mais graves. Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.” Vide, também, a Lei nº 9.983, de 14.07.2000 (Altera o Código Penal brasileiro – Decreto-lei nº 2.848, de 07.12.1940): “Apropriação indébita previdenciária. Art. 168-A Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (...) § 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da **ação fiscal**. § 3º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I- tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II- o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.” Ainda a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997 (dispõe sobre vários assuntos relativos à União). “Art. 1º. O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias e



E é o mesmo receio de prescrição que conduz à busca da não exigência de esgotamento das vias administrativas para que, só então, fosse formulada a denúncia.

Esclareço melhor o que digo.

É o texto da Súmula nº 609, do Supremo Tribunal Federal: “*É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.*”

Logo, o Ministério Público pode agir sem provocação. Ocorre que, no Brasil, os crimes contra a ordem tributária deixaram de ser formais (Lei nº 4.729/65), e são de resultado (Lei nº 8.137/90).

É neste diapasão que se deve ter em conta o carácter de questão prejudicial da matéria tributária frente à penal.

A questão prejudicial tributária é tal como aquela da validade do primeiro casamento em relação ao crime de bigamia. Não haveria uma independência das instâncias, inclusive porque não se pode abstrair a existência de motivos escusos da parte da autoridade administrativo-fazendária.

Contra isto, argumenta-se com a prescrição⁴³³, pois, se for necessário esperar a coisa julgada administrativa, isto poderia demorar; e inviabilizar o processo criminal.

das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos judiciais, para cobrança de créditos atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.”

⁴³³ Vide, também, no Código Penal brasileiro, os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, além do arrependimento posterior: “*Desistência voluntária e arrependimento eficaz. Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados. Arrependimento posterior. Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.*”



Assim, uma alternativa seria a do termo inicial da prescrição dos crimes tributários apenas ser computado a partir da coisa julgada administrativa (lançamento definitivo). De fato, penso que já deva ser assim em face do que predica o art. 116, inc. I, do Código Penal em vigor. É o seu teor: “Art. 116. *Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I- enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime.*”

Além do mais, o art. 142, do Código Tributário Nacional determina que a autoridade administrativa é a quem compete lançar o tributo, salvo no caso de inventário, e não ao juiz criminal, que com a sua atuação terminaria fazendo com que o contribuinte intimidado realize o pagamento, para, só depois, repeti-lo.

Em suma, tem-se, de um lado, os partidários da questão tributária como uma prejudicial da penal; e, de outro, a independência das instâncias administrativa e penal.

Outra pergunta que também se afigura é a de se o Ministério Público poderia requisitar quaisquer documentos para promover a denúncia; ou, em matéria tributária, teria de esperar a produção da coisa julgada administrativa. De fato, o Ministério Público é o senhor da lide nas ações penais incondicionadas. É a lei que define que tipo de ação penal está-se a tratar. A questão é a de se os crimes penais tributários poderiam, ou deveriam, passar a ser de ação penal pública condicionada? Penso que não.

É sob todas estas circunstâncias, que se indaga quanto ao desequilíbrio e quebra de isonomia entre o contribuinte devedor e o Estado devedor.

Discute-se que se o contribuinte deve, e não paga, pode ir preso. Se o Estado deve, basta dizer que paga depois, evitando a compensação imediata, ao menos frente aos tributos lançados por declaração e de ofício. Lembra-se, aqui, dentre outros, do caso do empréstimo compulsório sobre a aquisição de automóveis, que não foi voluntariamente devolvido.

Mas não é só. Talvez o caso mais alarmante seja a fisionomia predadora do Fisco no plano da Seguridade Social. Há quem defenda que o Estado é o maior predador da Seguridade Social, isto porque os Municípios não repassavam as contribuições previdenciárias descontadas dos seus servidores ao Erário, e também porque em relação à COFIS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – 3% do faturamento) e à CSLL (Contribuição Social sobre o lucro líquido – 10% do lucro) é a própria Receita federal que as arrecada, e não o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.



Este segundo fato ocorreu em função de, quanto ao FINSOCIAL, o Supremo Tribunal Federal haver afirmado que se tratava de um imposto, um dinheiro livre às iniciativas presidenciais (tributo não vinculado). Logo, deveria ser arrecadado pela Receita Federal. Como estas duas outras contribuições (COFIS e CSLL) originaram-se do FINSOCIAL, por inércia, manteve-se o procedimento de arrecadação, sem embargo de dizer que todo o dinheiro, após um percurso mais longo, deveria chegar até a Seguridade Social, sob pena de responsabilização da autoridade pública que mantivesse o entrave em contrário.

De fato, a presunção em favor do Fisco, em direito tributário deve ser vista com algumas reservas. Isto porque a presunção de verdade do ato administrativo não se aplica, integralmente, em direito tributário; pois não há de se falar em auto-executoriedade, haja vista a necessidade do processo de execução (Lei de Execução Fiscal – Lei nº 6.830/80).

Não se deve confundir a exigibilidade com a auto-executoriedade.

O ônus da prova cabe a quem alega. Esta é a regra geral. Contudo, as presunções invertem o ônus da prova. As presunções são baseadas em fatos relativamente entendidos como incontrovertidos⁴³⁴. No caso da execução fiscal, embora a dívida ativa seja apurada e inscrita na Procuradoria pública, e daí se extraia a Certidão de Dívida Ativa contendo os mesmos elementos do Termo de Inscrição, possibilita-se a defesa do executado mediante os embargos, mandado de segurança, ação de repetição do indébito, ação anulatória, etc.

Em outros termos, é necessário cumprir com o devido processo constitucional e legal.

Mas, grande parte das vezes, não é tão fácil.

⁴³⁴ Diário da Justiça 07.10.85, p. 7483. Súmula nº 182, ex-TFR: “é ilegítimo o lançamento de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.” Vide, ainda, Apelação Cível nº 101.573, Rio de Janeiro, 4ª Turma: “Tributário. Imposto de Renda. Lançamento com base em depósitos bancários. Os depósitos bancários em nome do contribuinte constituem indícios dos quais decorre a presunção do auferimento de renda. Havendo, porém, elementos de convicção em sentido contrário, ainda que não consubstanciem prova inequívoca, tal presunção não se presta para justificar o lançamento do imposto de renda. Inteligência da Súmula nº 192, deste Tribunal. Apelação provida.”



Por exemplo, um juiz poderia vir a destituir um empresário, e colocar no seu lugar um administrador da confiança do próprio juiz, uma analogia com o usufruto de empresa, ou haveria abalo aos princípios da propriedade privada e da livre concorrência? E se a empresa, embora passando a pagar as contribuições previdenciárias, fosse à bancarota, haveria responsabilidade do Estado por isto? E do Juiz nomeante?

Uma outra questão que sempre ressurgue ao tratar do direito penal tributário parece a princípio um tanto bizarra. É a da possibilidade de tributação sobre as consequências econômicas de um ato ilícito e a hipótese de punição por sonegação pelo não pagamento de tributos nestes casos.

A parcela majoritária da doutrina e da jurisprudência entende como válida a cobrança de “*tributo sobre atos ilícitos*” (*venda de drogas, lenocínio, jogo do bicho e outros ilícitos*). Afinal, tributo é diferente de sanção (art. 3º, Código Tributário Nacional)⁴³⁵. Bastaria que, na hipótese de incidência, haja licitude (adquirir renda, fazer circular mercadorias, etc.).

Esta tese reforça-se inclusive porque, na Constituição da República Federativa brasileira, está consagrado o princípio da presunção do estado de inocência. É o art. 5º, inc. LVII: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

Logo, após haver o trânsito em julgado, a situação inverte-se. É o que diz o Código Penal brasileiro ao tratar dos Efeitos da Condenação.

No art. 91, inc. II, vêm dispostos os efeitos extrapenais da condenação, entre eles o perdimento do bem. Logo, se o produto do crime é repassado em favor da União, ressalvado o direito do lesado e do terceiro de boa fé, deixa de haver base para a tributação.

É o art. 91, do Código Penal brasileiro: “*São efeitos da condenação: (...) II- a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte*

⁴³⁵ Código Tributário Nacional, art. 3º: “*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*”



ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”

Historicamente, a conclusão por tributar alguém sem considerar a ilicitude originária provocou, no Brasil, situações bem extravagantes. Exemplifico.

Um advogado afirmando: “*o meu cliente é sonegador de tributo, e não um falsificador comum*”. Motivo: a pena era menor para o crime tributário. Ou então: “*o meu cliente é um contraventor (jogo do bicho), e não cabe puni-lo por sonegação tributária*”. Motivo: porque o valor do tributo era alto, e a pena da contravenção era baixa.

Acrescente-se, ainda, dois argumentos em permanente contenda. Dizem alguns: o Estado não pode, moralmente, ser sócio de ato ilícito, pois é o que ocorre se o tributa. De outro lado: o Estado não poderia conferir um tratamento mais benéfico ao autor do ilícito, deixando de tributá-lo. Note-se que ambos os fundamentos são morais, metajurídicos.

No ponto de vista jurídico, será preciso identificar a hipótese de incidência e o fato gerador.

Finalmente, entendo como ilustrativo um fato ocorrido, no Brasil, no final dos anos 90.

Diz respeito à anistia⁴³⁶ conferida pela Lei nº 9683, de 25.05.1998. No seu art. 11, estava prevista uma anistia para Prefeitos e Governadores em face de crimes por apropriação de contribuições sociais descontadas dos servidores, mas não repassadas à

⁴³⁶ No direito brasileiro, a doutrina fala em anistia da infração (perdão da falta cometida) e em anistia da sanção (perdão integral da multa ou até um certo valor). Evidentemente que, havendo a anistia da própria infração, a mesma não poderá ser computada a efeito de reincidência. A conversão do tipo administrativo em criminal é uma questão política, embora devendo-se evitar a utilização do direito penal como um mero instrumento de cobrança fiscal. Contudo, não sendo devido o tributo, inclusive por motivo de isenção (exclusão do crédito tributário), não remanesce o tipo penal. Esta conclusão traz a exata medida do perigo de se dar continuidade ao processo penal enquanto um processo administrativo ou judicial tributário encontra-se em curso. Creio que, em situações como tais, pode ser aplicado o art. 116, do Código Penal brasileiro, que trata das causas impeditivas da prescrição: “Causas impeditivas da prescrição. Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I- enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime.”



autarquia previdenciária. Ocorre que, de repente, surgiu um Parágrafo Único, estendendo a anistia para os empresários. Este dispositivo não foi votado pelo Congresso Nacional, mas foi publicado como se houvesse sido regularmente aprovado.

A Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 1º, dispõe: salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo começará a correr da nova publicação. E as correções a texto já em vigor consideram-se lei nova.

Argumenta-se que se a lei já estava em vigor, a republicação vale como lei nova. Afinal, a publicidade seria uma garantia do cidadão. Daí, a importância da *vacatio legis*, para evitar como “*legislador potencial*” o “*servidor da Imprensa Oficial*”. Também evitaria que o Poder Executivo transferisse o ônus político da anistia para o Poder Judiciário.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, neste caso extravagante, que teria ocorrido uma inconstitucionalidade formal. Os insatisfeitos defendem que não caberia controle incidental de constitucionalidade contra a lei revogada. Também há quem defenda que, no controle incidental, dá-se uma garantia em favor do contribuinte; pois a Constituição foi feita para o cidadão, e não contra o cidadão.

Note-se que, independente da força dos argumentos contrários à decisão do mais alto Tribunal brasileiro, às vezes não tão consistentes, o caso bem demonstra o desejo e a necessidade de segurança.



CONCLUSÕES

Recordo de uma conversa que tive com um Magistrado, ainda em Recife.

Dizia a ele que pretendia escrever sobre o princípio da segurança jurídica na Constituição do Brasil.

Ele me despertou para uma peculiaridade no título escolhido. Afinal, na Constituição, havia segurança, onde não havia era fora dela; ou seja, na avalanche legislativa, sobretudo através das medidas provisórias. Embora, mais ultimamente, também na constante iminência de mais uma Reforma Constitucional.

Pois bem, foram editadas mais várias Emendas, entre dezembro de 1998 e setembro de 2.001. Dentre elas, a Reforma Previdenciária. E não se pense que foram de curta extensão.

É uma confirmação daquilo que chamei de desmonte constitucional.

E o desmonte não é só constitucional, haja vista as medidas provisórias estarem sendo transformadas em verdadeiras *Revistas mensais*, dado que consagrada, no Supremo Tribunal Federal, a tese da reedição. Em outra oportunidade, devo falar sobre isto, frente à teoria do silêncio eloqüente, também com adeptos no Supremo Tribunal Federal, e já aplicada em algumas matérias jurídicas.

Publicações “*por engano*”. É isto mesmo. É o que vem ocorrendo no Brasil, e, até mesmo, de Emendas Constitucionais. Basta ler o que, aqui, escrevi. É um absurdo.

Sobre o ICMS, um dos principais tributos nacionais, chega-se a dizer que, a cada 28 horas, sai uma nova norma.

Foram publicadas mais medidas provisórias, no Governo atual, do que decretos-leis em todo o período em que vigorou a Constituição de 1967/69.

Na nossa Constituição, há um artigo sem texto algum.

Ora, para que seja possível a convivência social, é preciso um mínimo de confiança e previsibilidade. O Direito não deve ser um simples jogo de azar. É preciso alguma estabilidade.



CONCLUSÕES



O Brasil é um País com cerca de cento e sessenta milhões de habitantes, mais de oito milhões e meio quilômetros quadrados, detém um dos maiores PIBs do mundo (embora, extremamente, mal distribuído).

Em um País assim, as coisas não podem caminhar aos sobressaltos.

Evidentemente que as crises políticas e econômicas internacionais interferem, internamente, em qualquer dos Estados de hoje.

Mas a solução não pode ser encontrada nesta busca incessante por uma nova Constituição.

Vem sendo assim a nossa história, tal como, minudentemente, tentei demonstrar.

Falo sobre cada uma das Constituições brasileiras⁴³⁷, mediante a apresentação dos seus principais aspectos, inclusive esclarecendo o que foram os Atos Institucionais e os Complementares; pois, só assim, é que se pode entender o que significou a promulgação da Constituição de outubro de 1988, onde, infelizmente, um mesmo artigo constitucional chegou a ser aprovado em duas Emendas distintas. Aquela mesma que deixou um artigo sem texto.

Pois bem, a Constituição de outubro de 1988, por vinte e quatro vezes, referiu-se à expressão segurança. Analisei cada uma delas.

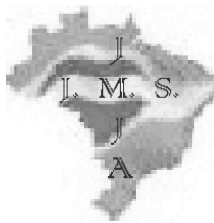
Ora, o fato de repetir a mesma expressão tantas vezes parece um pedido de ajuda, de socorro.

A minha idéia foi a de chamar a atenção para o fato. E aproveitei a oportunidade para demonstrar a quantas anda a jurisprudência. Fiz uma pesquisa pormenorizada neste campo, demonstrando, inclusive, o forte anseio, manifestado particularmente pelas medidas provisórias, que tem a Fazenda Pública por ficar imune à celeridade das decisões judiciais. Aqui, alguns dos expedientes procedimentais foram esmiuçados.

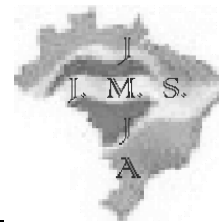
A Segurança Pública, que tem previsão constitucional, também, foi destacada, defendendo-se a necessidade de sintonia entre as polícias. Este é um problema sério no Brasil.

Quanto à segurança nacional, tentei demonstrar a evolução deste conceito em meu País. O caso da OLGA BENÁRIO PRESTES é uma presença triste, mas que não pode ser

⁴³⁷ Dentro dos fatos históricos mais importantes, transcrevo um trecho da carta que Getúlio Vargas deixou, antes de morrer, segundo a imprensa oficial.



CONCLUSÕES



omitida. Ela, judia e grávida, chegou a interpor, junto ao Supremo Tribunal Federal, um habeas-corpus para ficar presa, e fugir (ela e o filho em gestação) à morte pelos nazistas. Não se *tomou conhecimento* do seu pedido. Ela morreu.

Sempre defendendo um movimento contrário à desvalorização constitucional (erosão da consciência constitucional), em face das interpretações mais cômodas em favor do poder estabelecido, que tudo busca fazer “*em nome da Constituição*”, é que construí uma idéia-base.

Dito isto, a partir de agora, apresento uma breve retrospectiva de alguns dos pontos que receberam a minha atenção.

São eles:

1. É no acompanhamento das atividades dos Poderes do Estado que se tirará a prova do espaço existente entre o que se diz e o que se faz.
2. É incorreta a afirmação que atribui a alguém um sólido conhecimento teórico, mas não prático. Afinal, uma pessoa só pode, relativamente, conhecer um objeto acaso consiga aliar a teoria e a prática.
3. No Direito Constitucional, não apenas existem, ou devem existir, sanções. Mais: ao lado daquelas comuns (reparação civil e crime de responsabilidade, por exemplo), há outra categoria tanto mais importante quanto maior for a educação cívica de um povo: a da responsabilização política.
4. Os princípios são prescritivos, mas permitem ao Judiciário harmonizá-los dispondo de uma margem mais elástica do que as regras (terminologia de J. J. GOMES CANOTILHO). Os princípios não permitem opções livres, e, nas suas concretizações, deixam concluir pela natureza ideológica dos Judiciários que os interpreta. Dá-se uma lógica de preferência e de preterição. São como círculos concêntricos – regra e princípio – estando os princípios no círculo exterior, dando, assim, limites para as possibilidades interpretativas das regras.
5. Não é cabível, no Brasil de hoje, cogitar de hierarquia entre regras e princípios constitucionais firmados pelo Poder Constituinte originário, nem mesmo em relação às cláusulas pétreas. Apenas é cabível falar em normas constitucionais inconstitucionais diante da desobediência do Poder de Reforma aos limites que lhe foram fixados pelo Poder Constituinte originário.



CONCLUSÕES



6. No Brasil, o Poder Constituinte originário detém supremacia sobre todas as normas que lhe são anteriores e posteriores. As normas anteriores, incompatíveis com o novo Estado que se funda com a nova Constituição, não poderão vir a ser recepcionadas, nem mesmo sob o escudo do direito adquirido.
7. No Brasil, a própria norma constitucional estabeleceu sobre uma possibilidade de a legislação que lhe seria subalterna vir a contrariar a sua regra, e sem que isto viesse a configurar uma afronta à Constituição (vide art. 155, § 2º, inc. II).
8. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição. O descumprimento das leis reduz a autoridade do direito e leva ao descrédito as instituições. É, profundamente, importante a estabilidade legislativa. Por vezes, passa-se anos construindo uma jurisprudência sobre uma matéria polêmica, e, quando a mesma começa a dar sinais de pacificação, vem o legislador e a altera, começando tudo de novo.
9. Toda norma é uma tomada de posição perante fatos, e em função de valores.
10. Em relação àqueles que defendem que a legalidade pode constituir um entrave, devendo ser superada com a utilização dos princípios gerais do direito, que estariam acima do direito positivado, lembro que, se isto for feito em primeira instância, certamente virá o recurso; e, provavelmente, a decisão será reformada. Muito pior: pois fica aberto um espaço para a arbitrariedade, onde os mais favorecidos reservarão as suas vantagens. Imagine-se se a aplicação do direito alternativo vier a ser defendida pelas Forças Armadas.
11. Todos os dispositivos constitucionais que instituem garantias buscam, em análise derradeira, assegurar direitos (segurança). A pretensão da segurança está sempre presente. Logo, ao se falar em segurança, também se está falando em legalidade, irretroatividade, isonomia, inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal e ampla defesa, anterioridade, anualidade etc.
12. Entendo a segurança como um instrumento de busca da justiça, e daí o seu caráter fundamental. Há uma relação de complementariedade entre a segurança e a justiça.



CONCLUSÕES



13. O conjunto de medidas (expressões objetivas) que possibilitam a concretização do sentimento de segurança é algo que ainda está sendo construído. Não é estático, ficando aberto a novas formulações. (ex: o Estado não cobrará tributos no ano subsequente ao da lei instituidora, ou ao daquela que aumentou a carga impositiva; o Estado não aplicará a lei nova a situações passadas, acaso isto implique em prejuízo para o cidadão etc.).
14. Enquanto os valores são verificados segundo critérios de intuição emocional, as expressões objetivas podem ter os seus cumprimentos comprovados, dando menores margens a dúvidas.
15. É fundamental que a Constituição não seja vista como uma espécie de *Constituição patrícia* (os patrícios eram os aristocratas proprietários de terras na antiga Roma – formavam a camada social dominante), que traria, em seu próprio interior, margens a contra-argumentos que inviabilizam as conquistas das camadas sociais menos favorecidas.
16. Há impossibilidade de se compatibilizar a urgência, que é uma característica constitucional da medida provisória, com a exigência, também constitucional, de se esperar o próximo ano para instituir ou aumentar o tributo (anterioridade). Logo, não cabe a utilização de medidas provisórias nos tributos vinculados à observância do princípio da anterioridade.
17. A anterioridade, tão somente, não se aplica aos casos excepcionais, firmados constitucionalmente, a saber: contribuições em favor da seguridade social (anterioridade nonagesimal, art. 195, § 6º); impostos de guerra e empréstimo compulsório, em casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Nestas situações, era cabível a utilização de medida provisória. Contudo, pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, fixou-se expressamente a vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III), e, entre elas, está o empréstimo compulsório (art. 148).
18. A exceção à anterioridade do art. 150, § 1º (impostos de importação e de exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações financeiras) à alteração de alíquotas pode ser instrumentalizada por atos administrativos, por força do que dispõe o art. 153, § 1º, desde que atendidos os



CONCLUSÕES



limites estabelecidos em lei. Portanto, nestes casos, não é necessária a adoção de medidas provisórias.

19. A despeito da doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que o prazo requisitado pelo princípio da anterioridade tributária deveria considerar o período a partir da primeira edição da Medida Provisória, acaso a mesma venha a ser convertida em lei.
20. A redução, pura e simples, de prazo, corresponde a uma alteração de um paradigma fiscal, implicando em variações patrimoniais. Isto exige lei.
21. O princípio da anualidade, se fosse consagrado constitucionalmente, implicaria em uma garantia mais estável, pois determina, para a cobrança do tributo, duas situações bem definidas: a) faz-se necessário a presenciabilidade, no orçamento, da autorização para cobrá-lo; b) faz-se necessário que a lei que crie ou aumente o tributo seja preexistente ao orçamento, dado que a lei orçamentária não poderá autorizar ou condicionar o que ainda não existe.
22. Há um caráter especial na lei orçamentária, pois a sua imperatividade resume-se a estabelecer limites (receita/despesa) para o Estado Democrático de Direito. O orçamento não está apartado da evolução social, nem tampouco dos fatos históricos relevantes, transparecendo a democracia e o autoritarismo, tanto na sua forma de elaboração, quanto na sua forma de execução.
23. Não há segurança sem isonomia.
24. No Brasil, costuma-se dizer que quem mais paga tributo é o assalariado, pois tem o seu desconto na fonte, não sendo possível desviar-se do Fisco; ao contrário dos demais. Pensando nisto, e buscando a direção de uma justiça concreta (isonomia), mediante o instrumento da progressividade, que deve ser visto não isoladamente, mas ao lado de uma gama de dispositivos constitucionais preocupados com o produtivo exercício do direito de propriedade, imaginei que deveriam ser considerados aspectos como aqueles que se seguem:
 - a) a renda fruto do esforço do homem, e do seu trabalho, deve ser menos gravada do que aquela obtida sem fadiga, em especulações financeiras, por exemplo;



CONCLUSÕES



- b) a renda auferida decorrentemente de uma condição de competência, que é fruto de anos de sacrifício, deve ser menos gravada do que aquela proveniente de privilégios e monopólios;
 - c) o patrimônio proveniente de heranças, doações, loterias deve ser considerado de um modo especial, pois, em regra, são fatores gratuitos e de desequilíbrio da igualdade de oportunidades.
25. Com a pretensão de tornar a lei algo concreto, a executando em massa, o direito chega a se utilizar de padronizações, presunções; e, às vezes, ficções. Um exemplo disto é a substituição tributária (uma técnica que busca transformar um imposto multifásico em monofásico), que, no Brasil, vem sendo muito discutida. Ela existe em nome da praticabilidade, sendo usada para reduzir a sonegação e simplificar a arrecadação. Defender que esta prática possa ser uma técnica constitucional, como defendo, não exime a análise do caso concreto, onde pode deixar de sê-lo, normalmente em face da cumulatividade. Enfim, as regras de experiência não devem revestir-se de caráter absoluto.
26. Não pode haver a instituição de crime ou pena - nem tampouco a agravação da mesma - por via de medida provisória.
27. Se a Constituição atribui um assunto para a lei ordinária, e o mesmo é tratado por lei complementar, esta deverá ser havida como se lei ordinária fosse, podendo ser modificada pela via ordinária, sem restrição de quórum. Se a Constituição atribui um assunto para a lei complementar, e o mesmo é tratado por lei ordinária, esta deverá ser havida como inconstitucional. No entanto, do ponto de vista estritamente formal, a partir da Lei Complementar nº 95/98, havendo surgido a disciplina nacional para a confecção legislativa, as normas elencadas no art. 59, inclusive as leis complementares e as ordinárias, devem se submeter à uniformização. Não se trata, portanto, de hierarquia quanto ao conteúdo, mas de uma necessidade de padronização.
28. Uma lei ordinária válida, de acordo com a Constituição antecedente, acaso recepcionada como lei complementar, de acordo com a nova Constituição, deixa de poder sofrer, por isto, alteração por lei ordinária.
29. É necessário que o princípio da irretroatividade não consista apenas em não se aplicar a lei nova ao fato antigo. Ele deve, também, ser entendido no sentido de



CONCLUSÕES



que não se pode aplicar a nova interpretação da lei antiga a um fato que preceda esta nova interpretação, acaso, naturalmente, venha a implicar em prejuízo para o indivíduo. Isto, em nome da segurança das relações.

30. Não se pode negar a possibilidade de se interpretar a lei, mesmo que seja clara. Ocorre que, acaso o intérprete consiga ser tão claro quanto a lei, no máximo, ele a repetirá, havendo, ainda, a possibilidade de, no seu esforço interpretativo, vir a reduzir a clareza do mandamento normativo. No entanto, como defendi desde o início, o problema da aplicação normativa não está apenas na norma. É, também, preciso considerar as características e o contexto do aplicador (administrador ou juiz).
31. Cabe perquirir se a lei interpretativa é retroativa. Se o for, ela será inconstitucional, acaso provoque prejuízo para o indivíduo.
32. O ato jurídico perfeito é insusceptível de vícios de invalidade superveniente, porquanto válido ele já o é, estando ultimado o seu nascimento, com a reunião daquilo que a legislação da época lhe exigia. O que ocorre é que ele pode deixar de ser adequado ou conveniente. Sendo assim, a invalidade superveniente de um ato jurídico perfeito é uma retroatividade que não pode provocar prejuízos, sob pena de ser inconstitucional. É que o tempo rege o ato.
33. O direito adquirido, na vigência de uma lei, não pode transmudar-se em expectativa, apenas pelo fato de esta lei vir a ser modificada.
34. O princípio da segurança jurídica precisa ser visto como um instrumento aliado à busca de se fazer justiça. Neste diapasão, concluí pela necessidade de aplicação da lei. Mais do que isto, pois é necessário aplicar a lei de maneira que ela não retroaja de modo a prejudicar o indivíduo. Às vezes, além disto, deve ser dado um prazo especial de espera para que a norma venha a ser aplicada (por exemplo, em matéria tributária). Além do mais, não há segurança sem igualdade, e a igualdade pode ser relativamente objetivada, seguindo critérios que não podem fugir à sindicabilidade administrativa e judicial. Ocorre que o caminho a ser percorrido pela Administração, ou pelo Poder Judiciário, não pode ser ao acaso. É preciso o estabelecimento de normas processuais preexistentes, de maneira a não provocar surpresa ao indivíduo, não deixando espaços abertos para o arbítrio. Foi, aqui, que tratei do grave problema da



CONCLUSÕES



utilização das escutas telefônicas como meio de prova, em casos de tráfico de entorpecentes, assaltos a banco etc.

35. O debate sobre as súmulas vinculantes, no Brasil, não está encerrado, inclusive em face das sanções que possam advir para a hipótese de descumprimento. Sobre o tema *súmula vinculante*, apresentei aquelas que considero as principais propostas, bem como os mais importantes pontos de desentendimentos.
36. É admissível o controle de constitucionalidade (concreto e abstrato) em relação às medidas provisórias. Mas, se houver rejeição expressa, ou se o prazo constitucional de vigência transcorrer sem deliberação do Congresso Nacional, restará prejudicada a ação veiculadora do controle abstrato.
37. Ainda sobre o controle concentrado das medidas provisórias, uma questão mais sutil é a de saber se o mesmo restará prejudicado se, durante o transcurso do processo judicial, houver a conversão em lei. Aqui, vislumbro três hipóteses:
 - a) não havendo alteração do conteúdo, mantendo-se a identidade originária. Nesta situação, não haverá o prejuízo da continuidade do controle jurisdicional;
 - b) havendo alteração de conteúdo, mas de caráter não substancial. O problema será o de saber o que, na realidade, significa *alteração substancial*. Chegando-se a um consenso, e tendo em conta a natural pretensão de definitividade das medidas provisórias, que não são meras leis temporárias, creio que a restrita alteração formal do texto originário não deveria provocar o prejuízo do controle abstrato, bastando que o órgão jurisdicional requisite novas informações junto aos Poderes Executivo e Legislativo. Quanto às manifestações da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, também poderiam ser aditadas, se isto fosse, realmente, necessário;
 - c) havendo alteração de conteúdo, e de caráter substancial. Se o texto de lei em que se converteu a medida provisória guardar ainda uma identidade com a disposição originalmente impugnada, entendo que se possa estender a declaração de inconstitucionalidade, mantendo-se o controle abstrato, desde que haja o aditamento da inicial. Para isto, seria necessário estatuir um prazo legal.



CONCLUSÕES



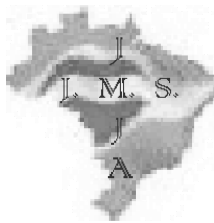
38. Será extremamente improvável a emissão de uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade de uma dada medida provisória, em face do seu caráter precário (60 ou 120 dias). Isto, contudo, não impede a expedição de uma medida liminar, o que gera um relativo constrangimento, ao se verificar que uma medida provisória, que está sendo analisada pelo Congresso Nacional, tanto em relação aos seus pressupostos de admissibilidade (relevância e urgência), quanto em relação ao mérito, esteja sob censura do Supremo Tribunal Federal, já pesando contra si uma decisão desfavorável. Um redutor de tal estado de coisas seria permitir que, na prorrogação da medida, haja a alteração do ponto sob censura. Por enquanto, procura-se agilizar o processamento, construindo uma espécie de *procedimento sumário de constitucionalidade*. Uma maneira de aprofundar rapidamente a cognição de mérito, para não frustrar a jurisdição constitucional.
39. Se há uma pretensão de agilidade para o controle concentrado de constitucionalidade das medidas provisórias, deve-se reconhecer a possibilidade de aditamentos ou emendas à petição inicial, de modo a não permitir o problema da solução de continuidade. É preciso regulamentar estes aditamentos, tornando-os, por exemplo, desnecessários quando não houvesse *alteração substancial efetiva* (vide *questão de repercussão geral*) entre a medida provisória originária, a sua prorrogação e o texto de lei na qual foi convertida. Agindo assim, seriam eliminados os repetidos aditamentos.
40. Apenas em relação às *alterações substanciais efetivas* é que deveria caber o aditamento da inicial. Logo, como, na minha perspectiva, a prorrogação de uma medida provisória não deveria conter senão a reprodução do que foi originariamente disposto, restritíssimas seriam as hipóteses de aditamento, entre elas aquela em que, emitida a liminar pelo órgão judiciário, venha o Poder Executivo a prorrogá-la sem o dispositivo atingido, o substituindo por outro. Outra hipótese seria a conversão em lei com alterações evidentes de conteúdo. Nestes casos, caberia a emenda da exordial.
41. Outra questão de “*lege ferenda*” importante é aquela que utiliza o “*não aditamento*” como uma forma astuta de desistência. Inteposta a ação, e não se obtendo a liminar pretendida, ou colhendo sinais evidentes neste sentido, advém a prorrogação da medida provisória, e a parte autora evita aditar a inicial, procurando com isto tornar prejudicada a Ação veiculadora do controle abstrato. Deste modo, poderia escolher melhor o Juiz Relator, fraudando a distribuição



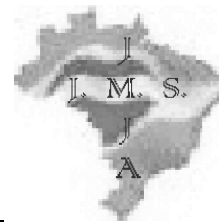
processual. Afora a má fé deste procedimento, e a multa indenizatória daí conseqüente, tem-se nisto um motivo para demarcar com mais objetividade a hipótese de aditamento, pois, se, de um lado, ele serve para a agilização; por outro, ele poderá funcionar como um instrumento de abuso.

42. O debate sobre o controle externo da magistratura brasileira, e, mais especificamente, em torno das competências e composição do(s) Conselho(s) encarregado(s), mereceu a minha análise. Aqui, entendo que o novo contexto da sociedade civil brasileira exige que o Poder Judiciário seja provido dos meios necessários a fazer frente à crescente demanda de processos, o que demonstra a sua condição de relevância no desdobramento institucional que está em curso. Também foram apresentadas as principais propostas sobre *controle externo*, em meu juízo.
43. Considerando todas as Proposições sobre o controle externo da magistratura, um fato parece ser evidente: o critério de escolha dos Juízes dos Tribunais Superiores não deve ser o da simples amizade com o Presidente da República ou com os Governadores de Estado⁴³⁸. Este *controle externo de fato*, chegando ao conhecimento da sociedade, desmoralizaria o Poder Judiciário. Esta crítica procura não ter um caráter radical ou jacobino, apenas reivindicando para o Parlamento uma postura superior ao da mera homologação.
44. No Brasil, vêm sendo criados obstáculos processuais de modo a promover a contenção da remessa dos recursos judiciais. Eles são filtrados pretendendo-se evitar uma análise quase impossível das demandas, tal a quantidade existente. Nesta atitude defensiva, procura-se incentivar argumentos simpáticos a favor das iniciativas para onde se pretende conduzir. Assim, afirma-se que se estaria valorizando as decisões das instâncias inferiores e permitindo um maior e melhor desempenho por parte das instâncias superiores. O problema, então, concentraria-se na flexibilidade sobre o que venha a ser “*repercussão geral*”, sobre como identificar as causas marcadas pelo maior relevo social, econômico, institucional ou jurídico.

⁴³⁸ Infelizmente, no Brasil, vem sendo cada vez mais comum a referência a “*líderes do governo*” nos Tribunais.



CONCLUSÕES



45. É fundamental estabelecer qual a exata finalidade dos Tribunais Superiores. Se eles têm por finalidade última *fazer justiça* no caso concreto, ou se lhes basta uniformizar o direito (constitucional ou lei federal), de modo a fortalecer a unidade federativa.
46. Creio que a inflação legislativa, no campo tributário, promove não somente o acirramento da elisão, enquanto um planejamento para pagar menos tributos sem que se partique infrações, mas apresenta amplas possibilidades para abusos de formas e simulações. É preciso consolidar a jurisprudência, dentro da trilogia *uniformidade – determinabilidade – segurança*. Para conseguir isto, é necessário estabilidade na legislação.
47. Sobre a chamada *cláusula geral anti-elisiva*, se, por um lado, o Estado pretende não ser lesado; por outro, parece legítimo, acaso configurado o caminho da *manipulação de formas*, que ele deva exigir do contribuinte faltoso mais do que o tributo escondido, cabendo perquirir sobre a aplicação de multas, que intimidem o comportamento evasivo. Evidentemente que tudo isto precisaria estar submetido ao devido processo legal, ou ao “*justo procedimento*”, sob pena de se atribuir à Administração tributária o monopólio da interpretação da norma, tornando o Fisco insindicável senão por ele mesmo.
48. Ainda sobre a mesma *cláusula*, uma maneira de provocar a tranqüilidade fiscal é a de incentivar as consultas prévias, da parte dos contribuintes, às Administrações tributárias, fixando-se prazos não muito longos. A consulta feita dentro do período para pagamento do tributo deve desonerar o contribuinte ao menos da correção monetária, dos juros de mora e das multas, mesmo que respondida para além do prazo originário de adimplemento. Afinal, se o responsável pelo atraso é a Administração, não pode, ela própria, impor exações pela demora por ela provocada. No entanto, se for comprovado o conluio do funcionário da Administração e o contribuinte consulente, não caberia falar em preclusão contra o Estado, ou em institutos afins, pela passagem do tempo; pois não se computaria, para estes efeitos, este transcurso decorrente de dolo, fraude ou simulação, tal como já ocorre com a moratória, parcelamento, remissão, isenção e anistia. É a aplicação do adágio de que *ninguém deve se beneficiar com a sua própria fraude*.



CONCLUSÕES

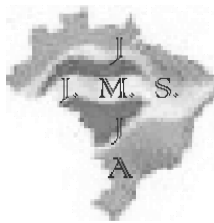


49. A atitude do devedor no sentido de provocar um prejuízo dissimulado ao credor não merece guarida ética ou jurídica. O desvio na aplicação da lei não deve trazer o corolário da proteção do delinqüente. A questão é a de se a própria Administração pode superar a personalidade do contribuinte, independentemente do encaminhamento ao Poder Judiciário. A resposta para este tipo de situação dependerá das circunstâncias do Estado. No caso do Brasil, defendo que a melhor conduta é a de exigir-se o recurso à via judicial. Uma espécie de reserva dos Juízes e Tribunais, enquanto personagens isentos.
50. Há um dever de lealdade como justificativa ética da tributação. Lealdade do contribuinte para com o Fisco, e do próprio Fisco para com o contribuinte. Trata-se de um tipo de cidadania que, ao menos no Brasil, precisa ser reforçado. Não falo, aqui, apenas do grande contribuinte, pois este, provavelmente, esteja conseguindo, ou, ao menos, tentando construir o seu *status* de cidadania tributária. Refiro-me, sobretudo, àquele pequeno ou médio contribuinte que, por vezes, colhido pela malha fiscal, pela longa mão do Estado, vê-se acuado diante da imposição ilegítima que se lhe quer exigir. Normalmente, ele reage pagando, com medo das conseqüências que uma lide administrativa ou judicial poderia lhe trazer. É exatamente isto o que não se quer. O pagamento do tributo cobrado indevidamente com base no exclusivo sentimento do medo. Em outras palavras, o dever de lealdade precisa ter mão dupla.
51. Quando surge a dúvida sobre a validade de uma norma tributária, isto presta-se para instalar um volume avassalador de novas demandas. Um instrumento simples para procurar evitar este importante inconveniente está na exigência de que as leis, os regulamentos e outras normas jurídicas, quando modifiquem matéria tributária, indiquem o que está alterando ou revogando, e de uma maneira expressa e identificada. É dever da Administração democrática indicar o que revoga, e porque assim procede. Agir com clareza é pressuposto de um Estado democrático de direito. Agir com lealdade não é diferente.
52. O real espírito da Proposta do Código de Defesa do Contribuinte brasileiro é o de construir com a nova legislação algo que poderia ter sido construído com a antiga, mas não o foi. É o caso da legitimidade processual do Ministério Público e das associações civis para as ações coletivas na defesa dos direitos e garantias nele explicitados. A atribuição, ao Ministério Público, desta legitimidade extraordinária poderia reduzir, em muito, a contenciosidade tributária, que

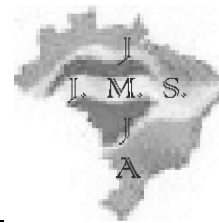


costuma ser individual ou em litisconsórcios de poucos participantes. Mas isto diminuiria o mercado de trabalho para os tantos advogados que vêm especializando-se nesta área. Ocorre que o bem geral deveria prevalecer. Uma importante barreira contra isto é a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, que afirma que a ampliação da legitimidade ativa, nas ações coletivas, implicaria em uma invasão inconstitucional do âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, cujos entes legitimados já se encontram no Texto Constitucional de outubro de 1988.

53. Em matéria tributária, é preciso refletir sobre o caráter ético de realizar alterações legislativas em períodos próximos às eleições, de ordem que os efeitos da mudança sejam sofridos não pelos atuais titulares do poder, mas por outros, talvez os da oposição.
54. Se é direito da Administração o de arrecadar conforme os princípios e as normas jurídicas, deve, para isto, impor o menor ônus possível para os contribuintes. A Administração Fazendária, não estando imune à sindicabilidade judicial, deve fundamentar os seus atos de maneira explícita, clara e congruente.
55. A responsabilidade funcional dos agentes da Administração implica no dever de agir dentro dos exatos limites das suas atribuições, demonstrando-se diligentes e leais.
56. É inescandível a excessiva litigiosidade da Administração brasileira, embora isto não signifique apenas tentativas de protelação, permitindo-se pensar que ela deverá sair vitoriosa em alguns processos. Entretanto, ela parece estar contaminada pelo chamado “*desvio ético*”. Esta expressão vai no sentido de que a Administração Pública aposta em um dos piores males do Poder Judiciário nacional: a morosidade. Assim, o Estado-Administração inviabiliza o Estado-Juiz.
57. A morosidade judicial não tem como fator decisivo a desídia da maioria dos Juízes, mas realidades processuais como: toda decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento; a execução dos julgados, de acordo com o ordenamento em vigor, não parte do princípio de que a sentença é para ser executada, de que toda sentença condenatória deve ser cumprida. Porém, do



CONCLUSÕES



princípio de que o devedor não deve ser citado para cumprir a decisão, mas para impugná-la através de embargos ou de outra estratégia processual.

58. Entre as estratégias processuais, termina passando diminuído o princípio da isonomia, pois aquele que dispuser de mais recursos certamente terá mais condições de contratar advogados que não apenas conhecem a legislação em vigor, mas também os meandros e as economias internas dos Tribunais (regimentos internos, etc.). Por isto, quanto mais simples for o processo, mais democrático também o será. É a democracia fazendo aflorar a transparência dos seus problemas.

Para terminar, reflito, que de pouco valem as doutrinas, as leis, as Constituições; tudo enfim, se não existirem pessoas que queiram aplicá-las.

Infelizmente, quase todas as vezes que se fala em segurança, começa-se a se procurar hipóteses sacrificantes da justiça; ou vice-versa.

O que tento demonstrar é que o movimento do meu raciocínio é exatamente o contrário, pois busco extrair da segurança um meio de fazer justiça.

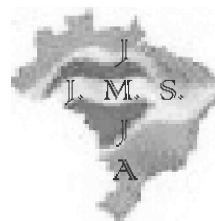
É claro que esta é uma tarefa em permanente evolução.

Mas, como disse KARL POPPER, em seu *Conhecimento Objetivo* (obra citada, 1982, p. 176), *o ideal de evitar o erro é um ideal pobre; se não tivermos a ousadia de abordar problemas difíceis em que o erro seja quase inevitável, o conhecimento não aumentará. De fato, são as teorias mais audazes, inclusive as erradas, as que nos ensinam. Ninguém está livre de cometer erros; o importante é aprender com eles.*

Ou, como diz a sabedoria popular: *é errando que se aprende.*



**TÍTULO II. SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO**



TÍTULO II

**SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE DIREITO NO BRASIL E O
MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO.**



NOÇÕES PRELIMINARES

“Quanto ao estado de necessidade, só constituiria exceção ao princípio da legalidade se não se encontrasse, ele próprio, previsto na lei. (...) Uma observação final cumpre acrescentar, para, de novo, sublinhar que o princípio da legalidade constitui o fundamento e o limite dos contornos de todos os demais princípios da actividade administrativa, bem como dos princípios respeitantes à organização e ao funcionamento da Administração Pública.” (SOUSA, MARCELO REBELO. Lições de Direito Administrativo I. Lisboa. Pedro Ferreira – Editor. 1994-1995, ps. 107-108)

Tenho comigo, e já faz algum tempo, que com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Não é isto o que farei.

Como quase tudo na vida, deve-se procurar os aspectos positivos, e, também, os negativos. Para isto, é preciso pesquisar na doutrina, na jurisprudência, e tentar colher as lições que a minha atividade de procurador, e, agora de magistrado, pôde conferir.

Providências urgentes, naturalmente, são requisitadas em face das profundas transformações sociais, econômicas, políticas etc.

A questão é que, por vezes, é preciso pensar se existe o excesso frente às necessidades. Em outras palavras, é preciso cogitar quando se vai para além do que seria adequado.

Sem dúvida, nisto, há uma região de penumbra, cuja indeterminabilidade é difícil de apurar.

Nestas circunstâncias, muitas vezes, tem a palavra o Poder Judiciário. É ele, no Brasil de hoje, dentro de uma democracia possível, detentor da atribuição de conferir a máxima efetividade à norma constitucional. Este é o encargo honroso que lhe cabe.



NOÇÕES PRELIMINARES



A medida provisória está na Constituição do Brasil, de outubro de 1988. Logo, é preciso fixar-lhe os limites⁴³⁹, contribuindo, assim, para a construção prática do que venha a ser.

Tenho comigo que, mesmo que não seja o determinante principal da interpretação o momento em que a Constituição (ou a Emenda) foi editada, não se pode desconsiderá-lo⁴⁴⁰.

Em outubro de 1988, época da promulgação da Constituição atual, fazia-se diferença entre o que era o Decreto-Lei e o que deveria ser a medida provisória⁴⁴¹.

Falava-se demais no autoritarismo da aprovação do Decreto-lei por decurso de prazo, ao ponto de, nas Disposições Transitórias, mais precisamente no art. 25, § 1º, inc. II, estabelecer-se que a falta de apreciação acarretaria a rejeição do instrumento normativo que se encerrava.

Veja-se o teor do que afirmo: “Art. 25. (...) Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição (05.10.88), sujeito este prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I- ação normativa; II- alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. § 1º. Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até

⁴³⁹ Vide o Título VII, De 2.001 em diante.

⁴⁴⁰ “A interpretação da obra de arte é um exemplo perfeito do que pode ser a interpretação de uma mensagem corporizada com durabilidade. Quatro referências serão decisivas. O sujeito, o momento, o fim e o objecto da interpretação. (...) Numa outra perspectiva, o fim da interpretação pode variar em função de uma referência temporal. Se se procura encontrar o sentido da obra de arte no momento em que foi criada, perfilha-se uma posição historicista. Se se visa detectar o sentido que ela possui no momento da interpretação, opta-se por uma posição actualista. Podem cruzar as duas classificações, e desse cruzamento resultar um quadro de fins de interpretação da obra de arte como este (exemplificando-se com o David, de Miguel Ângelo interpretado hoje).” (SOSA, MARCELO REBELO e GALVÃO, SOFIA. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª ed., Portugal. Publicações Europa-América. 1998, ps. 48-49)

⁴⁴¹ Veja-se a referência que faço ao fato de que a Constituição brasileira, de 25 de março de 1824, em seu art. 179, inc. XXXV, já prever um disciplinamento para aquilo que chamou de medida provisória.



a promulgação da Constituição, terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I- se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias, a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II- decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados.” (grifei)

Repita-se. O decurso de prazo acarretaria a rejeição, invertendo-se o que, até ali, vigorava.

E não é só, pois já a Emenda Constitucional nº 06, de 15.08.95, deixou clara a sua intenção de limitar a utilização das medidas provisórias, quando fez incluir, no Texto Constitucional, o art. 246, que dizia: “*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.*”

Este dispositivo foi limitado no tempo, através da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, ficando restrita esta vedação apenas ao período compreendido entre 1º de janeiro de 1995 até a data de promulgação desta Emenda.

Anteriormente à Emenda Constitucional nº 32/2001, contudo, este mesmo artigo, no mesmo dia, foi aprovado novamente, agora pela Emenda Constitucional nº 07, de 15.08.95. É incrível, mas o mesmo dispositivo constitucional foi aprovado em duas Emendas distintas.

Pois bem, quanto ao plano do desenvolvimento do tema agora cogitado, esclareço que, por um dever de síntese, o dividi em duas Partes básicas.

A primeira, onde trato dos tipos de Estado como uma forma de classificar o Brasil em que vivo. Aqui, além do enquadramento geral que entendi necessário, volto as minhas atenções para o estudo das circunstâncias nacionais do Decreto-lei e da medida provisória. Contudo, aqui, pretendi também sublinhar a alternativa da democracia participativa⁴⁴², que,

⁴⁴² No Brasil, a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III, do art. 14, da Constituição de 1988; ou seja, procura regulamentar o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. De um lado, dizem os seus críticos que a chamada Lei ALMINO AFONSO é tímida, ainda mais quando se a coteja com um princípio fundamental da República brasileira, de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou



NOÇÕES PRELIMINARES



tendo origem desde os municípios, parece poder caminhar para Estados-membros e Regiões. Claro que isto tudo necessita da delicada colaboração da informática e da mídia. Uma tentativa de organizar os Poderes do Estado com níveis mais acentuados de cidadania ativa.

A segunda, onde analiso a medida provisória sob várias perspectivas, tais como: da sua força legal; da possibilidade, ou não, de medidas provisórias estaduais, distritais e municipais; da fixação de seus limites materiais, como, por exemplo, quanto à matéria penal e tributária; e, ainda, falo a respeito das restrições que lhe vêm sendo feitas por Emendas Constitucionais supervenientes. Vejo, também, as principais Propostas legislativas quanto à indeterminabilidade dos conceitos de relevância e de urgência e quanto às dificuldades que envolvem a reedição destas medidas, perante a teoria e a jurisprudência do *silêncio eloquente*

É de se frisar que tudo isto vai acompanhado da jurisprudência que consegui selecionar em minhas investigações.

Mas não basta apresentar os problemas. Afinal, eles sempre existem. É preciso, ainda, ao menos, esboçar o que se propõe para resolvê-los.

Portanto, demonstrarei aquilo que, no meu ponto de vista, há de mais relevante nesta seara.

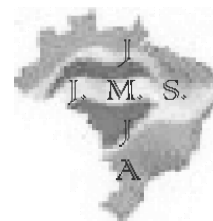
Enfim, a partir de agora, empenho-me por enfrentar esta peleja.

diretamente, nos termos desta Constituição. (Par. Único, art. 1º)”. Por outro, há aqueles que rememoram a utilização abusiva dos plebiscitos, e os riscos daí conseqüentes, havendo uma certa inclinação pelo referendo (consulta popular *a posteriori*).



CAPÍTULO 6. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E BRASIL

6.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



6. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E BRASIL

6.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

“Decreto-lei. (...) lei sob condição resolutiva (rejeitável dentro do prazo) ou decreto com eficácia adiantada em relação à deliberação do Congresso Nacional.” (MIRANDA, PONTES DE. Comentários à Constituição de 1967. T. III. São Paulo. Editora Forense. 1987, p. 38)

Antes de mais nada, parece-me necessário apontar certas noções básicas sobre este movimento pendular do Estado frente aos indivíduos (ex.: Estado de polícia, Estado liberal, Estado social, neo-liberalismo etc.).

Esta questão, como tentei demonstrar em outra oportunidade, diz respeito ao tema da liberdade.

Sem nenhuma liberdade não considero adequado que haja responsabilização jurídica. Sem a liberdade, não haverá a igualdade.⁴⁴³

Assim, no Estado de polícia, havia um poder absoluto, sem limites na lei.

Para INAKI AGIRREAZKUENAGA⁴⁴⁴, só os particulares ficavam sujeitos a normas obrigatórias. Nada deveria obstar a *boa marcha pública*.

⁴⁴³ PAULO OTERO citando KARL POPPER, transcreveu: “Num tal modelo de intervencionismo extremo, a igualdade surge como valor mais importante do que a liberdade, esquecendo o Estado que, como expressivamente refere KARL POPPER (IN *Búsqueda* ..., 49), ‘se o intento de realizar a igualdade põe em perigo a liberdade, e esta efectivamente se perde, nem a igualdade haverá entre os não livres.’” (OTERO, PAULO. Lições de Introdução ao Estudo do Direito I vol. – 1º Tomo. Lisboa. Pedro Ferreira – Artes Gráficas. 1998, p. 239)



Ora, considero que isto esteja superado, sendo inaplicável, também, no Brasil.

A partir deste estágio, vieram as atenuações, mesmo antes da Revolução Francesa.

Do conceito amplo, partiram as restrições. Entre elas, e com maior relevância em meados do século XVII, atribuiu-se alguns assuntos para os Tribunais, retirando-os dos Príncipes. Nestes assuntos, aplicava-se a legalidade, havendo a possibilidade de recorrer a uma instância judicial independente. Logo, era possível resolver questões sem o Príncipe. Veio a distinção entre a administração e a justiça.

Aqui, costuma-se destacar a matéria relativa ao fisco.

Com a deflagração da Revolução Francesa, veio a época do Estado liberal (século XIX)⁴⁴⁵. De acordo com o pensamento jurídico liberal, a lei é entendida como um limite, de modo a salvaguardar a liberdade dos indivíduos, perante a liberdade dos demais. A atitude que se espera do Estado é a da ausência.

Conforme destaca CARLOS BLANCO DE MORAIS, em *Leis Reforçadas*, Vol. I, a filosofia imaginada por LOCKE pretendia tornar intangíveis os valores burgueses, sendo o apelo à *lei natural*, como limite da lei parlamentar, uma maneira de os burgueses evitarem uma eventual intromissão abusiva das majorias (*status negativus*) quanto aos seus direitos.

Na sua perspectiva, instalava-se uma nova *idéia de direito*: “a filosofia liberal da lei traçada por LOCKE comportava uma não dissimulada absorção dos valores burgueses, transcendentalmente incrustados na noção de Direito Natural, passando a ser os mesmos de tal modo intangíveis para o pensamento do autor que, destruí-los, significaria para o homem ‘destruir-se a si próprio’. O esboço teórico de uma divisão de poderes (executivo, legislativo, judicial e federativo) constitui, por assim dizer, o fermento de uma nova idade, onde o ‘rule of law’ procurava traduzir uma idéia de ‘força imperativa’, ou seja, de

⁴⁴⁴ AGIRREAZKUENAGA, INAKI. *La coacción administrativa directa*. Madri. Ed. Civitas, 1990, p. 37.

⁴⁴⁵ HOBBS, o pai do liberalismo moderno, entendia que o poder político-institucional decorria de um pacto, onde os homens abdicavam do *estado natural*, transferindo o poder de legislar para o Monarca.



necessidade de submissão de todos os poderes a um acto-regra produzido e legitimado pelos representantes da comunidade.”⁴⁴⁶

E, dando seqüência, arrematou com uma certa finalidade intimista contida na lei imaginada pelos teóricos burgueses: “O apelo à ‘lei natural’ como limite da lei parlamentar era, para todos os efeitos, a definição de um ‘status negativus’ dos direitos burgueses contra a virtual intromissão abusiva das maiorias, em relação ao respectivo núcleo essencial.”

Assim, a lei formal, aprovada pelo Parlamento (*vontade geral da Nação*), traz a reivindicação de limites para a monarquia. A Administração pública poderia fazer tudo o que o soberano ordenasse, à exceção do que estivesse proibido na lei. É o que nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA vem assim corporificado: “(...) a legalidade no Estado liberal é uma legalidade externa, exterior, extrínseca. Ela supõe que a Administração Pública possa gozar de liberdade idêntica aos privados, que o mesmo é dizer que ela possa fazer tudo o que não seja proibido pela Constituição e pela lei.”⁴⁴⁷

Isto já era um avanço, pois o absolutismo não pressupõe limites.

Mas, esta ausência do Estado demonstrou-se como algo a ser aperfeiçoado. Era preciso encontrar uma nova receita, onde a dignidade da pessoa humana merecesse maior atenção.

É caçoar do humilde imaginar que a completa omissão de intervenção estatal garantirá liberdade àquele cidadão doente, subnutrido, que não tem o que vestir ou onde morar. Visto com os olhos de hoje, resplandece a erronia.

Portanto, novas propostas foram surgindo, gerando três regimes distintos.

Haveria um autoritarismo de direita, um outro havido como de esquerda (*comunismo*), e as chamadas democracias ocidentais pluralistas.

⁴⁴⁶ MORAIS, CARLOS BLANCO DE. As Leis Reforçadas – no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos. Vol. I. Lisboa. 1995, p. 19.

⁴⁴⁷ SOUSA, MARCELO REBELO. Lições de Direito Administrativo. 1994-1995. Obra citada, p. 101.



Com o tipo de regime, variou a fisionomia da legalidade.

No autoritarismo de direita, deveria-se observar a lei; mas esta não precisaria vir do Parlamento. Houve uma hipertrofia do Poder Executivo, que adquiriu a possibilidade de legislar, mediante decretos. Eram os decretos-leis. De fato, a subordinação deixa de ser à lei; e passa a ser ao Executivo.

Estes instrumentos normativos estão dispostos, no Brasil, desde a Constituição de 10 de novembro de 1937, que teve como principal diretriz o fortalecimento do Executivo – A Constituição do “Estado Novo”⁴⁴⁸.

Esta Constituição os prescrevia, mas fixava-lhes restrições, tais como: a necessidade de ato de autorização do Parlamento, que deveria firmar os seus limites e as suas condições de exercício; eram excluídas várias matérias do seu âmbito, inclusive orçamento e impostos; impunha-se a necessidade de Parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias que fossem da competência deste mesmo Conselho.

São as normas constitucionais:

“Art. 12. O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

Art. 13. O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União. Parágrafo Único. Os decretos-leis, para serem expedidos, dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva. (...)

⁴⁴⁸ Esta Constituição centralizou o poder político; reduziu os sindicatos a instrumentos do Estado sem qualquer representatividade política; extinguiu os partidos políticos; enfraqueceu o sistema federativo; deu ênfase às matérias trabalhistas; e previa a realização de um plebiscito para legitimá-la (arts. 175 e 187), o que, naturalmente, não ocorreu.



Art. 14. O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas. (Pela Lei Constitucional nº 09, de 28 de fevereiro de 1945, este artigo recebeu a seguinte redação: O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização da administração federal e o comando supremo e a organização das forças armadas.)

Art. 74. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) b) expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12 e 13.”

A bem da verdade, a própria Constituição de 25 de março de 1824, em seu art. 179, inc. XXXV, já disciplinava aquilo que chamava de medida provisória, como uma espécie de alternativa constitucional para crises. Observe-se:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...)

*XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-há fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléia, e correndo a Pátria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providência, como **medida provisoria**, e indispensável, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter à Assembléia, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d’outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.” (grifei)*

Sublinhe-se. O autoritarismo de direita preocupa-se primeiro consigo, para, só depois, preocupar-se com o cidadão. Ou, dito de uma maneira mais clara. Só há direitos individuais, se, antes, eles forem considerados do interesse coletivo.



Exemplo disto, no Brasil, foi o caso “*OLGA BENÁRIO PRESTES*”, uma presença triste na história do Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁹. Ela, judia e grávida de quatro meses, companheira de LUÍS CARLOS PRESTES, chegou a interpor um habeas-corpus, junto ao Tribunal Máximo, para ficar presa, e fugir (ela e o filho em gestação) à morte pelos nazistas. Não se tomou conhecimento do seu pedido, e ela morreu. Tudo isto em nome de uma ideologia de segurança nacional.

No habeas-corpus, o seu advogado defendeu que, no Brasil, ela procuraria curar o seu companheiro da psicose bolchevista, atraindo-lhe para o âmbito da família e para os serviços da pátria. De nada adiantou, pois o Ministro BENTO DE FARIA, em decisão curta, recusou-lhe os pedidos de requisição do inquérito policial, a perícia médica para constatar a gravidez, e, até mesmo, o comparecimento da paciente a fim de demonstrar o alegado. Motivo: a permanência dela, no Brasil, comprometeria a segurança nacional.

Esta Decisão foi por maioria.⁴⁵⁰

Assim, a legalidade pelo decreto-lei, em um regime autoritário de direita, não protege o indivíduo; e nem mesmo a coletividade, que não pode deixar de reconhecer que está subordinada ao Poder Executivo.

Restariam os regimes comunistas. Mas, aqui, a situação não parece ter sido melhor.

A lei era interpretada pelo Partido Único. Então, vinham as directivas e instruções. O objetivo, falava-se, seria a construção do socialismo, tal como fosse entendido pelo Partido.

A legalidade, portanto, funcionava como um instrumento, e não como um limite.

Considero que ficava aberto um largo espaço para o arbítrio.

⁴⁴⁹ O Supremo Tribunal Federal completou, em 1998, 190 (cento e noventa) anos. Ele foi criado por um Alvará Régio do Príncipe Regente, D. JOÃO, em 10 de maio de 1808, com o nome de Casa da Suplicação do Brasil.

⁴⁵⁰ “Caso OLGA BENÁRIO é uma mancha no passado – Grávida, ela morreu logo num campo de extermínio.” O Estado de São Paulo, de 08 de março de 1998.



Objetivando uma superação do autoritarismo, vieram os Estados Democráticos de Direito, tal como o Brasil propõe-se, constitucionalmente, a ser.

É o que preconiza o art. 1º, da Constituição de 05 de outubro de 1988, a saber: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (grifei)

Neste tipo de Estado, não merece relevo apenas a lei, mas também a Constituição (Lei Maior), o direito internacional incorporado⁴⁵¹ etc. Aqui, haveria como que um bloco normativo a fornecer a segurança necessária à instrumentalização da justiça.⁴⁵²

Não há um Partido Único, nem um líder quase absoluto incorporando a Administração.

O Estado começa a encontrar, na lei, não apenas um limite; mas também um fundamento para agir de maneira prestacional, estando autorizado, pela lei – e, assim, evitando favoritismos e perseguições - a atuar no campo social, cultural, econômico etc.

Dentro deste enfoque, é de se relembrar que o movimento de pêndulo ainda continua, pois as experiências, nos anos oitenta, do Reino Unido e dos Estados Unidos da América do Norte, onde se pregava a redução do papel do Estado (neo-liberalismo), não foram bem-sucedidas do ponto de vista humanitário e global.

⁴⁵¹ A respeito da incorporação das normas comunitárias, ver os arts. 5º, § 2º; 49, inc. I e 84, inc. VIII.

⁴⁵² Defendo que o princípio da segurança jurídica precisa ser visto como um instrumento aliado à busca de se fazer justiça. Neste diapasão, concluo pela necessidade de aplicação da lei. Mais do que isto, pois é necessário aplicar a lei de maneira que não retroaja de modo a prejudicar o indivíduo. Às vezes, além disto, deve ser dado um prazo de espera para que a norma venha a ser aplicada (por exemplo, em matéria tributária). Além do mais, não há segurança sem igualdade, e a igualdade pode ser, relativamente, objetivada, seguindo critérios que não podem fugir à sindicabilidade administrativa e judicial. Ocorre que o caminho a ser percorrido pela Administração, ou pelo Poder Judiciário, não pode ser ao acaso. É preciso o estabelecimento de normas processuais preexistentes, de maneira a não provocar surpresa ao indivíduo, não deixando espaços abertos para o arbítrio.



6.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



Não basta ao Estado não lesar os direitos dos particulares⁴⁵³, é preciso continuar tentando o bem-estar social, agora com as novas experiências legadas pelo passado.

O autoritarismo, quer de direita, quer de esquerda, não foi só um passado com tristes lembranças. É preciso que daí se retire uma lição. É preciso aprender com os erros.

Enfim, até aqui, foram resumidamente vistos o Estado Absoluto, o Estado liberal, o Estado autoritário (direita e esquerda), o Estado Democrático e algumas das suas peculiaridades.

Mas, agora, cabe indagar: e o que é o Estado de Direito ? Basta que se respeite os direitos da maioria ?

Este tipo de pergunta, é bem verdade que de outra maneira, costuma ser feita por pessoas comuns, que não lidam, profissionalmente, com o direito em seu aparato formal; e que, muitas vezes, têm o temor de comparecer em juízo.

Estas pessoas, que vêem televisão, lêem os jornais, indagam: o Presidente da República não está indo longe demais ao editar tantas medidas provisórias ? Ou, o Congresso Nacional (Deputados e Senadores) não estaria pecando pela falta de trabalho, ou pela timidez com que enfrenta as tais medidas presidenciais ? Ou, ainda, se a justiça promovida, pelo Poder Judiciário, não pode fazer nada diante de tal situação.

Não se pense que, nesta reflexão, haja algum exagero. Isto porque são enormes as polêmicas lançadas, no cotidiano, através de medidas provisórias. Por exemplo, a variação do valor da contribuição previdenciária do funcionalismo público; a variação do reajuste da casa própria e dos próprios salários, em face da desindexação inflacionária, etc.

⁴⁵³ “Num Estado de Direito, como o nosso, prevalece o primado da lei (CF, art. 5º, II): ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’ A Constituição garante a todo cidadão, e por mais razão ao advogado no exercício de seu ministério, prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade judicial competente. Assim, em tese, o paciente não pode ser molestado por autoridade policial.” (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recurso Ordinário em Habeas-corpus nº 106348. 1989. Mato Grosso. 3ª Turma. DJ 16.04.90. Relator Juiz ADHEMAR MACIEL. Unânime.)



6.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



É isto mesmo. Algumas palavras, que parecem complicadas, viraram expressões de dia-a-dia.

E, se nada disto convencesse, bastaria lembrar do denominado Plano Collor I (Medida Provisória nº 168/90) e do racionamento de energia elétrica (Medidas Provisórias ns. 2.148-1/2.001 e 2.152-2/2001)⁴⁵⁴, que fizeram com que os brasileiros tivessem bloqueados praticamente todos os seus recursos nos bancos e passassem a contar cada KWh gasto. Foram alarmes nacionais.⁴⁵⁵

Assim, saber o que é Estado de Direito, e se as medidas provisórias estão sendo utilizadas de maneira adequada, é algo que aflige a qualquer brasileiro, sobretudo em tempos onde os meios de comunicações alcançam, de variadas maneiras, os lugares mais longínquos do Brasil.

Portanto, nunca é demais repetir. Para se ter uma idéia da avalanche de medidas, que, só no Governo do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, já foram editadas, é preciso dizer que superaram o número de todos os Decretos-leis expedidos durante a vigência da Constituição de 1967, que vigorou até 1988, passando por várias Emendas. (evidentemente que, aqui, não estou a considerar o conteúdo de Atos como os Institucionais e Complementares)⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ Várias foram as ações diretas de inconstitucionalidade (2468, 2470 e 2473), além da ação declaratória de constitucionalidade nº 9, que atacaram o racionamento. Contudo, o fato é que estas medidas trataram de aplicação de sanções (“tarifa especial” para o excedente de consumo), fixaram uma espécie de empréstimo compulsório (sobretarifamento e bônus), e dispuseram sobre matéria processual, firmando, para a análise destas causas, a Justiça Federal. Provavelmente, a fixação de competência atendeu a questões pragmáticas, pois a Justiça Federal, no Brasil, possui um menor número de Juízes e de Tribunais; o que facilitaria o diálogo do Governo com o Poder Judiciário.

⁴⁵⁵ A atual Constituição da República Portuguesa, atualizada pela Lei Constitucional nº 1/97, nos arts. 90 e ss. dispõe sobre os planos de desenvolvimento econômico e social, dizendo que *os planos nacionais devem ser elaborados em harmonia com as respectivas leis das grandes opções, que devem ser acompanhadas de relatórios que as fundamentem*.

⁴⁵⁶ É de se insistir que, a partir de 1964, foram dezessete Atos Institucionais e quarenta Atos Complementares. Por eles, foram ampliados os poderes do Presidente da República. O movimento de 1964, que se auto-proclamou revolucionário, considerava-se detentor de um Poder Constituinte que não se exauria. Foram suspensas as garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade. Foram suspensos os direitos políticos e cassados mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. O Presidente da República chegou a ter poderes para



6.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS



Segundo o que registra o Serviço de Controle de Informações do Senado Federal, até 10 de novembro de 1998⁴⁵⁷, foram expedidas 3.288 (três mil, duzentos e oitenta e oito) medidas provisórias. Destas, 2.475 (duas mil, quatrocentos e setenta e cinco) no Governo do atual Presidente.

Quanto aos Decretos-leis, se computados desde o Decreto-lei nº 319, de 27 de março de 1967, até o de nº 2.481, de 31 de outubro de 1988, dá um total de 2.162 (dois mil, cento e sessenta e dois).

decretar o recesso do Parlamento, quando julgasse conveniente. Suspendeu-se o habeas-corpus, em casos de crimes políticos, e foram excluídos de qualquer apreciação judicial, entre outros, o Ato Institucional nº 05, de 13.12.1968 e os Atos Complementares que dele decorressem. Exemplifico com estas, entre várias outras medidas.

⁴⁵⁷ Os dados atualizados aos 07.05.2.001 – Presidência da República, Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos: eram 5.839 medidas provisórias editadas.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO

“O Direito Político, na verdade, só pode considerar-se existente na ordem positiva desde que os cidadãos tenham direitos a que correspondam deveres da parte do Estado em termos tais que aqueles possam ser exercidos com segurança e estes sejam cumpridos ou observados com regularidade.”
(CAETANO, MARCELO. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. 6ª ed. revista e ampliada por MIGUEL GALVÃO TELES. Tomo I – reimpressão. Introdução – Estudo descritivo de algumas experiências constitucionais estrangeiras – Teoria Geral do Estado. Coimbra. Livraria Almedina. 1983, p. 281)

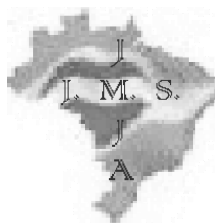
A expressão Estado de Direito possui dois sentidos que entendo devam ser destacados.

Um é o lógico-formal, o outro é o histórico-político ou político-valorativo.

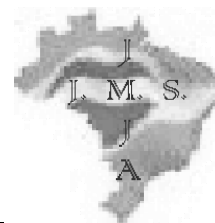
Quanto ao sentido lógico-formal, seria o Estado funcionando através do direito, ou regime jurídico. Porém, se é verdade que onde há sociedade, há direito, todo Estado resultaria por ser um Estado de direito. Portanto, falar em Estado de direito seria uma redundância.

Não é muito distante disto o que disse ARMANDO MARQUES GUEDES, em sua Ciência Política – II – Teoria Geral do Estado, quando destaca que também pode ser chamado de Constituição o modelamento do Estado por usos e práticas tradicionais, que não precisariam constar em um instrumento escrito. Exemplifica com as *leis fundamentais* dos regimes absolutos.

Eis o que afirma: 1. Todo Estado sempre possuiu uma Constituição, no sentido de conjunto dos seus elementos estruturais; 2. O termo “constitucionalismo”, que no seu entendimento merece críticas, normalmente utiliza-se a partir da época das Constituições liberais e escritas; o que, já de início, mereceria ser repudiado, pois os regimes absolutos



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



também possuem, ou possuíam, Constituições, que não têm de ser escritas, haja vista a emblemática Constituição inglesa.⁴⁵⁸

Quanto ao sentido histórico-político, ou político-valorativo, seria aquele Estado onde têm vigência os direitos fundamentais, imperando a vontade da maioria, mas, nem por isto, devendo ser violados os direitos da minoria.

Neste contexto, apresenta-se, de início, um problema a ser enfrentado, que é o de como fazer valer os direitos constitucionais, senão através de uma estrutura institucional que os assegure.

Aqui, tradicionalmente, são apontados os seguintes meios técnico-jurídicos: Constituição legislada e codificada; separação entre o Poder Constituinte originário e os poderes constituídos; distribuição de funções entre os poderes constituídos e instituições de complemento.

A partir de agora, serão vistos cada um destes meios.

1. Constituição legislada e codificada.

⁴⁵⁸ “Há, pois, que se ter presente que, num sentido correntio, no essencial coincidente com o acolhido pelas ciências da natureza, se entende por constituição de determinada coisa ou entidade, o conjunto de elementos de que é formada, o particular arranjo que entre si revelam e a maneira de ser que para ela de tudo isto derive. Neste sentido amplo, pode dizer-se que todo e qualquer Estado possui uma constituição. Mesmo não escrita, mesmo somente formada por usos e práticas tradicionais, porque tais usos e práticas modelam-no. A redução de tudo ou parte disto a escrito é apenas variante que não altera o núcleo essencial da noção de constituição. O mesmo valor relativo tem, por isso, de ser atribuído ao ‘constitucionalismo’. A palavra serve para rotular a época das constituições escritas, ou mesmo só a das constituições de feição liberal e individualista; mas não é inteiramente adequada, pois de constitucionalismo (embora de conteúdo ideológico diverso) foram de igual modo as épocas que a antecederam. As ‘leis fundamentais’ dos regimes absolutos, formadas na maior parte (e nas partes mais importantes) por usos, costumes e práticas tradicionais, modelavam-no: eram as suas constituições. É aliás neste sentido que ainda hoje se pode falar na Constituição britânica – matriz de que proclama o constitucionalismo contemporâneo.” GUEDES, ARMANDO MARQUES. *Ciência Política. II – Teoria Geral do Estado*. Lições do Professor Doutor ARMANDO MARQUES GUEDES. 1982, ps. 153-154.



Isto seria necessário por uma exigência de maior exatidão, o que não elimina a existência, na história da humanidade⁴⁵⁹, das chamadas normas constitucionais soltas.

Exemplo do que digo foram as Leis Constitucionais francesas anteriores a 1946. No Brasil, isto foi motivo de instabilidade e de intensas discussões, sobretudo no período de transição entre a vigência da Carta de novembro de 1937 e um efetivo Estado de Direito.

A respeito das denominadas Leis Constitucionais brasileiras, acredito que mereçam realce três.

As de nºs. 09, 13 e 15.

A Lei Constitucional nº 09, de 28.02.45, chegou a ser chamada de Ato Adicional à Carta de novembro de 1937. Foi o único ato constituinte da ditadura VARGAS que se conciliava com a restauração do sistema representativo, arruinado pela Carta de 37.

Para elaborá-la, GETÚLIO VARGAS utilizou de um artigo que o habilitava a expedir *Decretos-leis*⁴⁶⁰, e editou uma Lei Constitucional.

Mas se considerou que, mesmo assim, era estreito em relação aos avanços que deferia ao Parlamento. As discussões sobre o seu teor aceleraram a queda de GETÚLIO VARGAS, que ocorreu nove meses depois. Em torno desta Lei Constitucional, baixada pelo Presidente da República, com base no art. 180, da Carta de novembro de 1937, entre outras suscitações jurídicas, foi instalada uma certa convicção de que o dispositivo em que VARGAS havia se fundado para emití-la, apenas o autorizava a expedir Decretos-leis sobre matérias de competência legislativa federal ordinária, e não sobre legislação constitucional.

O próprio FRANCISCO CAMPOS, o autor intelectual da Carta de 1937, fez publicar, no Diário do Poder Legislativo, de 27.02.46, p. 249, o seu Parecer de que, embora a Carta de 1937 fosse outorgada, deveria ser vista como uma verdadeira Constituição, no

⁴⁵⁹ Sobre o estudo da história do direito, precipuamente o europeu e o da antiguidade, ver JOHN GILISSEN. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. HESPANHA e L. M. MACAÍSTA MALHEIROS. 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1995.

⁴⁶⁰ Constituição de 10 de novembro de 1937. “Art. 180. *Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.*”



sentido de que o poder que a outorgou não detinha a faculdade de modificá-la senão segundo os próprios ritos por ela fixados para isto. Precisava ser vista como uma garantia do cidadão; algo que não seria possível acaso viesse a ser alterada, no seu texto, pela mera vontade presidencial.

Disse FRANCISCO CAMPOS: “A *Constituição de 1937 é uma Constituição outorgada. Se ao Presidente que a outorgou fosse facultado introduzir-lhe modificações, a Constituição perderia precisamente o seu caráter constitucional. A Constituição outorgada só representa uma garantia quando, pela outorga, se desprende ou desgrava do poder que a outorgou, passando a ser uma regra normativa desse mesmo poder. Com a outorga se esgota o poder do outorgante e devolve-se ao poder constituinte a faculdade de modificar ou revogar a Constituição. E isto mesmo é o que se acha expressamente reconhecido pela Constituição de 37. Primeiro: quando, no art. 187, se declara que ela será submetida ao plebiscito nacional; em segundo lugar, quando estabelece um processo especial para a sua emenda ou reforma. Ela só pode ser emendada ou reformada mediante processo por ela mesma estabelecido. O art. 180, invocado como fundamento para a expedição do Ato Adicional, só se refere à matéria legislativa ordinária, e em nenhum artigo mais da Constituição se encontra qualquer dispositivo que, diretamente ou mediante ilação, atribua ao Presidente da República a faculdade de emendar ou reformar a Constituição*”

A Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945 convocou os representantes eleitos a 02.12.45, tanto para a Câmara quanto para o Senado, para votar “*com poderes ilimitados a Constituição do Brasil*”.

Para eliminar, ainda, as dúvidas existentes, o Ministro da Justiça da época, SAMPAIO DÓRIA, fez o Presidente LINHARES expedir, duas semanas depois, a Lei Constitucional nº 15/45, que, no art. 1º, deixava ainda mais explícitos os poderes ilimitados do Congresso Nacional para elaborar e promulgar a nova Constituição.

E, no art. 2º, registrava: “Enquanto não for promulgada a nova Constituição do País, o Presidente da República, eleito simultaneamente com os Deputados e Senadores, exercerá todos os poderes de legislatura ordinária e de administração que couberem à União, expedindo os atos legislativos que julgar necessários.”

Mas, mesmo assim, as polêmicas não foram serenadas, pois se passou a discutir se a missão única e exclusiva da Constituinte era fazer a Constituição, ou se os poderes



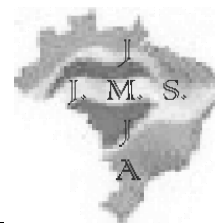
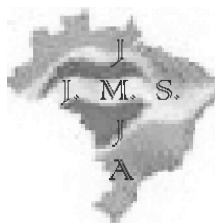
presidenciais deveriam ser, ainda naquela fase de transição, reduzidos. Houve, até mesmo, a proposta do restabelecimento da Constituição de julho de 1934, argumentando-se pela ilegitimidade da Carta de novembro de 1937, dado que não foi realizado o seu plebiscito confirmatório, que estava previsto no último artigo constitucional, o art. 187.

Era o que ele dizia: “Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.”

Creio, no entanto, que esta situação de insegurança jurídica, pode vir a ser muito bem retratada por dois discursos de duas lideranças políticas da época, que defendiam pontos de vista opostos.

Sobre a Lei Constitucional nº 15/45, dizia NEREU RAMOS, líder do Partido Social Democrático (PSD), que a doutrina e a história brasileiras eram compatíveis com o fixado pela Lei Constitucional nº 15, que não merecia reparos: “Aí está, nesta lei constitucional perfeitamente consagrada a doutrina que nós da Maioria defendemos. Aqui está a Lei Constitucional nº 15, fundada na Carta de 1937, adotando precisamente a doutrina que defendemos: a de que a Assembléia Constituinte tem missão precípua expressamente estabelecida em lei... a lei constitucional estabelece no art. 1º a competência da Assembléia Constituinte para elaborar e promulgar a Constituição do País, ressalvada a legitimidade da eleição do Presidente da República; no art. 2º, define as atribuições que permanecem em mãos do Poder Executivo, cumulativamente com as funções legislativas... A doutrina que essa lei constitucional acolhe é a que defendemos. Sustentamos, nós, do Partido Social Democrático, que a Assembléia Constituinte tem por missão única e exclusiva votar a nova Constituição da República, que deve substituir a Carta constitucional de 10 de novembro. É isso que a Lei Constitucional nº 15 determina. E esta lei, feita por um grande jurisconsulto e constitucionalista, se conforma e harmoniza com as nossas tradições e precedentes históricos. Vou continuar e expor o pensamento do meu partido, e nessa exposição verá o meu nobre colega que não assento o meu raciocínio apenas na Lei Constitucional nº 15; assento-o também na doutrina e nos precedentes históricos dentro do Brasil.” (Diário do Congresso, de 22.02.46, p. 194-195)

E, ainda representando a Maioria, dava a sua receita para o impasse político. Era a da votação, sem pressa, de uma nova Constituição; e, enquanto isto, permanecia o Presidente LINHARES com os seus poderes intocados, tal como recomendava a Carta de 1937.

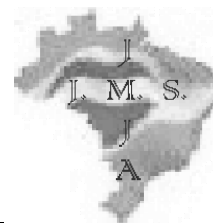
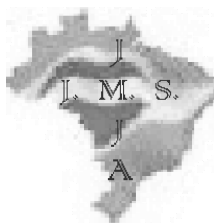


Em torno do melindroso questionamento constitucional, continuava NEREU RAMOS na defesa da formulação de uma outra Constituição, e não de um *ato institucional*, cujo tempo não se sabia quanto iria demorar para elaborá-lo, e que, possivelmente, redundaria, em retalhos constitucionais.

Eis mais uma parte do discurso histórico: “Nós, os do Partido Social Democrático, viemos aqui para votar uma nova Constituição e não para votar retalhos de Constituição, nem para elaborar atos institucionais. Temos atribuições definidas numa lei constitucional; temos atribuições definidas pelos precedentes históricos brasileiros e também pela melhor doutrina. A Assembléia Constituinte tem poderes contidos no ato de sua convocação. Se não prevalecesse a Lei Constitucional nº 15, teriam de prevalecer, então, os poderes conferidos pelo Ato Adicional nº 09, mais restritos. Mas adoto, porque posterior e derogatório daquele, a Lei Constitucional nº 15, a qual investiu a Assembléia de verdadeiros poderes constituintes, mas limitados, como podia fazê-lo, no ato de convocá-la à elaboração da Constituição. O Brasil não precisa adotar a fórmula proposta pela Minoria para sair desse suposto impasse político. Basta que obedeça à lei constitucional do Governo Linhares; basta que a Assembléia Constituinte, restringindo suas atribuições e seus objetivos aos termos expressos de sua convocação, faça a nova Constituição da República, para que tenhamos completado a redemocratização do Brasil. (Muito bem !). Negamos à Assembléia a atribuição de elaborar esse ato institucional, por entendermos que a sua missão é elaborar a Carta definitiva; não devemos nem podemos perder tempo na discussão desse ato institucional, que levaria sabe Deus quantos dias ou quantos meses! (Muito bem! Palmas!) Nosso propósito, nossa intenção, nossa deliberação é substituir a Carta de 1937 por uma Constituição definitiva e não um simples ato institucional. Firmando este ponto de vista, temos agora de dizer aos nobres senadores e deputados da Minoria que não aceitamos sua indicação, por importar na elaboração de um retalho de Constituição. Seria um pedaço de Constituição, um ato institucional, ao invés da Carta para a qual fomos convocados.” (Diário do Poder Legislativo, de 22.02.46, ps. 196, 197, 199 e 200)

E NEREU RAMOS finalizou o seu discurso, afirmando que os derrotados nas urnas não poderiam se sobrepor àqueles que colaboraram ou serviram, bem intencionalmente, ao regime de 37.

É uma parte importante da história brasileira, e, por isto, vale à pena registrar: “A campanha política de Vossas Excelências foi colocada em torno da Constituição de 37.



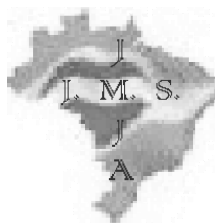
Vossas Excelências, porém, não foram vencedores; venceram aqueles que contribuíram, colaboraram ou serviram ao regime de 10 de novembro, na certeza de que estavam servindo ao Brasil. Se tivéssemos de consultar exclusivamente a soberania nacional, já a teríamos expressa na votação que aqui nos trouxe (apoiado e não apoiado...) Disso tínhamos certeza, quando para aqui entramos. Nós, os da Maioria, apoiamos, colaboramos e servimos ao regime de 10 de novembro, na certeza de que estávamos servindo à Nação, com o mesmo patriotismo, com a mesma elevação com que os ilustres membros da Minoria o vinham combatendo. Viemos do setor da vitória. Fomos nós, com os nossos princípios, que vencemos. Não podemos, nesta hora, por uma transigência mal compreendida enrolar nossa bandeira e entregá-la a Vossas Excelências (Palmas).” (Diário do Poder Legislativo. 22.02.46, ps. 196, 198 e 199)

Em resposta a NEREU RAMOS, veio o Deputado PRADO KELLY, da União Democrática Nacional (UDN), dizendo ilegítima a Carta de novembro de 1937, pois, sequer, havia sido realizada a prescrição do plebiscito nacional para confirmá-la.

Arrematando o seu raciocínio, e buscando subsídios em JOÃO MANGABEIRA, dizia que a Carta de 1937, além de possuir um feitiço nazista, chegava a ser pior, sequer havendo ocorrido o plebiscito, nela previsto, para confrontá-la com a opinião pública.

Logo, revigorar uma Carta ilegítima era algo, no seu entendimento, impossível: “(...) Acresce que, deixando 7 anos a Constituição sem consulta ao povo, o ditador brasileiro excede de muito o exemplo do próprio ditador nazista. (...) O característico da norma jurídica é a sua inviolabilidade que vincula à sua obediência o próprio poder que a estatui. Daí constituir norma jurídica uma Carta outorgada, porque o próprio outorgante a ela se vincula e lhe obedece, não podendo modificá-la ou nela dispensar a seu capricho. (...) Em face destas alegações, e acreditando haver demonstrado, não só a ilegitimidade como a caducidade da Carta de 37, passarei a examinar a tese seguinte, que é a da impossibilidade de sua revigoração pelo Governo Linhares.” (Diário do Poder Legislativo, de 27.02.46, p. 250)

Continuando a sua exposição, insistia PRADO KELLY dizendo que ao Parlamento ordinário caberia decidir sobre a tarefa legislativa, e não ao Presidente da República, lançando reflexões sobre o que chamava de atividade de natureza paraconstitucional, em favor da elaboração de uma espécie de “Constituição-tampão” para disciplinar a vida nacional até que viesse o Estatuto definitivo: “Ora, à Assembléia, como Constituinte, cumpre ordenar a situação do legislativo transitório. Note-se o penúltimo



considerando da Emenda nº 15 e atente-se mais no seguinte: o Presidente da República não recebeu das urnas competência legislativa; quem a recebeu foi o Parlamento ordinário. Esta nascerá da Constituição, mas como Constituinte, a Assembléia incumbe prover a respeito, por dois modos: ou estabelecendo competência transitória para baixar decretos-leis, ou tomando a si essa competência, mediante solicitação do Executivo. (referindo-se à Constituição de julho de 1934). Agora, indago da Assembléia: este precedente contou com o voto de muitos representantes atuais do povo brasileiro com assento nesta Casa, depois de promulgada a Constituição, de completado o exercício das funções constituintes, podia ela elaborar leis de natureza orgânica, tanto vale dizer, de natureza paraconstitucional, por que não pode ser esta Assembléia, antes de elaborar o Estatuto definitivo, estabelecer um conjunto de normas que disciplinem a vida da Nação, quando nenhum dispositivo de força constitucional existe que regule o assunto?” (Diário do Poder Legislativo, de 27.02.46, p. 250)

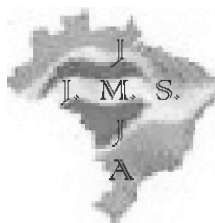
PRADO KELLY finalizou dizendo que a sua proposta de nada entravaria a marcha dos trabalhos constitucionais, sendo perfeitamente possível compatibilizar as limitações dos poderes presidenciais com a elevada tarefa de dar uma Constituição ao País.

Para colmatar o meu raciocínio, saliento o que disse PAULO BONAVIDES sobre as Leis Constitucionais no Brasil, considerando-as um mero exercício de um poder de fato.

PAULO BONAVIDES: “Cada uma das chamadas ‘leis constitucionais’ – e aqui obviamente deveriam entrar por igual aquelas expedidas pelo governo LINHARES que aceleraram, determinaram e definiram com mais precisão o caráter da convocação da Constituinte e o alargamento de seus poderes para fazê-los ilimitados- era meramente ato de **outorga de um poder de fato**, sem nenhum fundamento na legalidade da Carta vigente, a qual deixara de existir; enfim, um governo confrontado com uma única realidade de sustentação: o poder legítimo e sem limites da Assembléia Constituinte.”⁴⁶¹

Por toda esta história de discussões e instabilidades, tenho como, acima de qualquer dúvida, ao menos para o Brasil, de maior segurança um texto codificado. Com um só Texto, fica, inclusive, facilitado o manuseio por todos os cidadãos, principalmente por aqueles que não têm uma profissão jurídica.

⁴⁶¹ BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil. 3ª ed.. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, p. 377.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



Em sendo admitida uma Constituição, é de consequência a hierarquia dela sobre as demais normas do regime jurídico do Estado, formando um sistema, com equilíbrio e proporção, que, evidentemente, não se manifesta estático.

Mesmo uma Constituição rígida, não é imutável.

A Constituição escrita não é um mero acidente histórico irrelevante na vida de uma Nação. Ela é o “momento culminante da instauração de uma ordem normativa revestida do mais elevado grau de positividade jurídica”. (cfme. Discurso proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, na solenidade de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, realizada, em Brasília/Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997).

A Constituição, conforme defendo, é uma unidade, sem que seja admitida a existência de hierarquia interna entre as normas decorrentes do Poder Constituinte originário.

Esta também é a posição atual do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “*A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de uma em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida (...).*” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/Distrito Federal. DJ 10.05.1996, p. 15.131. Ementário Vol. 1827-02, p. 312. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 28.03.1996. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Unânime.)

Em relação à unidade, estou de inteiro acordo.

Assim, qualquer estudo sobre medida provisória, ou qualquer outro instituto jurídico, tem de levar em conta a Constituição e o sistema que ela encima.

Logo, se o silêncio constitucional, para produzir efeitos jurídicos positivos, exige mandamento expresso, tal como recomenda o artigo que diz respeito ao veto (art. 66, § 3º, da atual Constituição do Brasil)⁴⁶², é de merecer uma análise mais detida a afirmativa de que a reedição de medida provisória está autorizada constitucionalmente, porquanto não havia nenhuma proibição escrita. (Observação: vide o art. 62, § 10, nos termos da Emenda

⁴⁶² Constituição do Brasil. “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...) § 3º. Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.”



Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que estabelece hipóteses de vedação de reedições. Por outro lado, o art. 62, § 7º apenas permite a prorrogação uma única vez por sessenta dias).

Contra a possibilidade teórica de reedição (Texto Constitucional original), rememoro o que disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal CELSO DE MELLO, logo após a promulgação da Constituição de outubro de 1988, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 365-8/600 – Distrito Federal (Diário de Justiça Seção I, p. 10717/10718, de 05.10.90).

O Ministro CELSO DE MELLO afirmava, para o caso, uma *usurpação de competência, algo que deveria ser nulo, e um indisfarçável desvalor jurídico*.

Como registro histórico: “(...) De outro lado, não é de admitir a ratificação do ato ora impugnado mediante cláusula de convalidação inscrita, respectivamente, nos arts. 9º e 10, das Medidas Provisórias nºs. 200 e 212/90, que disciplinam a mesma matéria, reproduzindo, ‘ipsis verbis’, o conteúdo do art. 5º, da Medida Provisória nº 195/90.

A convalidação, por deliberação executiva, de atos praticados com fundamento em medidas provisórias não convertidas afronta o preceito consubstanciado no art. 62, Parágrafo Único, da Constituição, que prevê a sua desconstituição, integral e radical, com eficácia ‘ex tunc’. A preservação, no tempo, dos efeitos de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional revela-se em manifesta colidência não só com o que expressa e literalmente dispõe o Texto Constitucional, mas, também, com a própria ‘mens constitutionis’, que quis suprimir a possibilidade de sua subsistência no mundo jurídico.

Ao contrário do que ocorria com o decreto-lei, cuja rejeição não acarretava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência (CF/69, art. 55, § 2º), a rejeição – e igualmente a não-conversão – da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição. (...) A ratificação, pelo Poder Executivo, dos atos editados sob a égide de medida provisória não convertida, por traduzir usurpação daquela competência constitucional deferida privativamente ao Congresso Nacional, revela-se írrita e nula em sua indisfarçável desvalia jurídica. (...)”⁴⁶³

Além do mais, a teoria do *silêncio eloquente* já foi consagrada, algumas vezes, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal como transparece nestes dois Acórdãos

⁴⁶³ Extraído de SANTOS, MARCELO DE OLIVEIRA FAUSTO FIGUEIREDO. A Medida Provisória na Constituição. Doutrina. Decisões Judiciais. São Paulo. Editora Atlas. 1991, ps. 124-126.



(Recurso Extraordinário nº 130552. São Paulo. DJ 28.06.91, p. 8907. Ementário vol. 1626-03, p. 525. Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 136-03, p. 1340. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Julgamento pela 1ª turma em 04.06.91. Unânime. Recurso Extraordinário nº 135637. Distrito Federal. DJ 16.08.91, p. 10788. Ementário vol. 1629-02, p. 290. Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 136-03, p. 1357. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Julgamento pela 1ª Turma em 25.06.91. Unânime)⁴⁶⁴.

Por esta teoria, se a lei não diz é porque não quis dizer.

Assim, é só porque existe norma expressa neste sentido que se autoriza o silêncio constitucional a acarretar a sanção positiva, após decorrido um determinado prazo, a partir do envio do projeto de lei ao Presidente da República.

Pela teoria do *silêncio eloqüente*, portanto, se a Constituição (Texto original) nada disse sobre a reedição de medida provisória, é porque não quis que fosse possível a reedição. (Observação: vide o art. 62, § 10, da atual redação, que veda a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo).

A teoria do silêncio eloqüente aparece bem definida por KARL LARENZ, em sua *Metodologia da Ciência do Direito*, que, ao analisar o Código Civil alemão, concluiu por ser preciso distinguir entre a lacuna da lei e o silêncio proposital.

Neste último, observa-se o silêncio de modo a, intencionalmente, não se autorizar a situação sobre o qual não se dispôs. Se assim o é, em direito privado – Código Civil alemão, com bem mais razão o deve ser em direito público, onde só é possível fazer aquilo que a lei diz que pode ser feito.

Revisite-se LARENZ, anunciando ser preciso distinguir quando a ausência de norma constitui uma lacuna; e quando não há norma, simplesmente, porque não se quis normatizar o assunto, embora houvesse pleno conhecimento dele.

⁴⁶⁴ Eles dizem respeito ao art. 114, da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, concluindo que, não havendo norma expressa atribuindo à Justiça Trabalhista a competência para julgar as relações jurídicas decorrentes de convenção ou acordo coletivos, a competência é da Justiça Comum.



Eis a distinção entre uma lacuna e um silêncio eloquente : “*Poderia pensar-se que existe uma lacuna só quando e sempre que a lei – entendida esta, doravante, como uma expressão abreviada da totalidade das regras jurídicas susceptíveis de aplicação dadas nas leis ou no Direito consuetudinário – não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, «se mantém em silêncio» Mas existe também um «silêncio eloquente» da lei. A modo de exemplo, o facto de não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual), não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito real especial sobre uma casa ou uma parte do edifício, que em princípio lhe não era desconhecido, por razões da disposição das relações jurídicas sobre bens imóveis e, por isso, intencionalmente não incluiu na lei disposições a esse respeito. Foi necessário por esse motivo uma lei própria, pela qual foram modificadas algumas das regras do Código civil, para introduzir a propriedade da casa de morada como instituto jurídico na ordem jurídica vigente.*”⁴⁶⁵

2. Separação entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos.

Esta é uma maneira de garantir a Constituição. É uma forma de assegurar a supremacia do Direito Constitucional.

Com isto, busca-se uma maior estabilidade para as normas constitucionais.

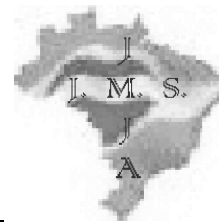
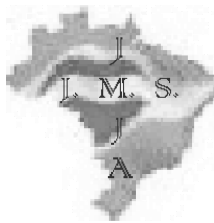
Os poderes constituídos ficam limitados ao disposto na Constituição codificada.

Notadamente, contudo, cabe distinguir entre o Poder Constituinte originário, e o, por vezes, chamado Poder Constituinte derivado, que não é mais do que um Poder de Reforma, submetido às exigências fixadas anteriormente, quer de índole material, quer temporal, quer procedimental.

1. Limites materiais.

Assim, precisa observar as cláusulas irremovíveis, que, no Brasil, estão consagradas no art. 60, § 4º e alíneas. São as seguintes: “Art. 60. (...) § 4º. Não será objeto

⁴⁶⁵ LARENZ, KARL. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de JOSÉ LAMEGO e revisão de ANA DE FREITAS. 5ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian . 1983, p. 448.



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.”

2. Limites temporais

Além disto, deve observar exigências temporais, como: “Art. 60. (...) §1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. (...) § 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

3. Limites procedimentais.

Também precisa atender às exigências procedimentais, que são as seguintes:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- do Presidente da República; III- de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (...) § 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.”

Logo, se o próprio Poder Constituinte originário fixa os limites para as suas Emendas, estes precisam ser observados, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade.

A rigidez constitucional, que é o caso do Brasil, pelo menos formalmente, deveria conferir maior estabilidade ao Texto.

É bem verdade que este não é o único fator decisivo. Prova disto é que a atual Constituição do Brasil, de 05.10.88, já sofreu trinta e oito (38) Emendas, destacando inclusive a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Isto



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



porque, além das trinta e duas decorrentes do processo comum de reforma, foram mais seis (06) as Emendas denominadas de Revisionais, promulgadas em função do art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁴⁶⁶

No entanto, como já deixou bem claro o Supremo Tribunal Federal, ao tratar da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, o Poder Reformador deve respeito aos limites firmados pelo Poder Constituinte originário.

Aqui, ao se instituir o imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira (o apelidado IPMF), pela primeira vez, na história constitucional brasileira, foram normas constitucionais havidas como inconstitucionais, por estarem sendo violados o princípio da imunidade recíproca (art. 150, inc. VI, al. “a”) e o da anterioridade (art. 150, inc. III, al. “b”), porquanto os mesmos estariam escorados nas cláusulas pétreas⁴⁶⁷ da federação brasileira e dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, incs. I e IV).

É bem verdade que, antes disto, a Emenda Constitucional, de 07.09.1926, aquela que ampliava os poderes do Executivo federal, permitindo-lhe intervir mais abertamente nos Estados, chegou a ser submetida ao crivo de constitucionalidade do Supremo Tribunal

⁴⁶⁶ Constituição do Brasil. “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

⁴⁶⁷ A atual Constituição da República Portuguesa, no art. 288º, traz o que chama de *limites materiais da Revisão Constitucional*. É a sua redação: “As leis de revisão constitucional terão de respeitar: a) a independência nacional e a unidade do Estado; b) a forma republicana de governo; c) a separação das Igrejas do Estado; d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; f) a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; h) o sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; i) o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; j) a separação e a interdependência dos órgãos de soberania; l) a fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas; m) a independência dos tribunais; n) a autonomia das autarquias locais; o) a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.”



Federal, sendo analisada formal e materialmente⁴⁶⁸. Mas a conclusão não foi a de considerar normas da Constituição inconstitucionais, embora provenientes do Poder de Reforma.

De fato, esta distinção entre o Poder Constituinte originário e o derivado precisa existir, mas não deve ser levada ao exagero de transformar o mais Alto Pretório em uma Câmara de Revisão Ordinária do processo legislativo de Emenda.

Eis o dilema: evitar o judicialismo, mas sem prejuízo do respeito aos direitos subjetivos e do pleno acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV).

A medida provisória não fica fora desta órbita. Afinal, qualquer Projeto de Lei Complementar, ou de Resolução, ou ainda de Emenda, precisa estar compatível com o Texto Constitucional e os seus limites.

3. *Separação (harmonia) entre os Poderes Constituídos.*

Aqui, logo de início cabe salientar uma peculiaridade do Texto vigente no Brasil. É que, no art. 2º, vem disposto: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e **harmônicos** entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (grifei)

Mais adiante, no art. 60, § 4º, inc. III, ficou registrado: “Art. 60. (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III- a **separação dos Poderes**”. (grifei)

Portanto, se, por um lado, fala-se em harmonia; por outro, fala-se em separação.

Sobre este assunto, não considero ultrapassado citar um livro que saiu, pela primeira vez, em 1748. Um livro antigo, mas clássico. Um livro de um aristocrata céptico e irônico. Um livro de MONTESQUIEU.

⁴⁶⁸ Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar. Diário da Justiça de 01.12.00, p. 070. Ementário Vol. 2014-01, p. 073. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento. 27.10.1999 – Tribunal Pleno.



No Capítulo sob a denominação *Da Constituição da Inglaterra*, falou que, em nome da liberdade e da segurança, e de modo a evitar a tirania, era preciso definir como funções atribuídas a órgãos distintos a criação das leis, a execução das resoluções públicas e o julgamento dos crimes e das questões particulares.

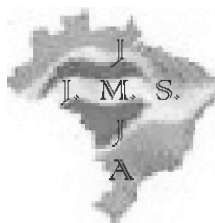
Pelo caráter das suas afirmações, e pela duração que lograram ter, as transcrevo.

É o que vai a seguir:

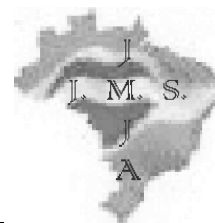
“Capítulo VI. **Da Constituição da Inglaterra**⁴⁶⁹. *Existem em cada Estado três espécies de poder; o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pela primeira, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado, ou para sempre, e corrige ou revoga aquelas que já se acham feitas. Pela Segunda, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, evita as invasões. Pela terceira, pune os crimes ou julga as questões dos particulares. Chamar-se-á esta última, o poder de julgar e a outra, simplesmente, o poder executivo do Estado. A liberdade política, num cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua própria segurança, para que se possua essa liberdade, é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer a um outro.*”

E arremata o seu entendimento a respeito da distribuição das funções, dizendo sobre os perigos da “confusão de Poderes” e do absolutismo: “Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder judiciário estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria o legislador. E, se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três

⁴⁶⁹ De acordo com as minhas investigações, a maioria dos princípios que Montesquieu oferece, neste Capítulo, já haviam sido expostos por LOCKE, em seu Tratado do Governo Civil. Cap. XII.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares.”⁴⁷⁰ (grifei)

Esta advertência é de suma importância. É preciso distribuir o poder, sob pena de se abrir espaços para a opressão.

Assim, mesmo admitindo circunstâncias excepcionais, não se deve atribuir ao Poder Executivo a função ordinária de legislar⁴⁷¹.

É preciso, portanto, que os poderes constituídos fiquem limitados ao disposto na Constituição codificada, não rescrevendo, na sua tarefa prática e diária, um novo Texto Constitucional.

Não caberia reproduzir expressões como “*na regra jurídico- constitucional que dispõe ‘todos têm direito e o Estado dever’ – dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, na realidade, todos não têm o direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em ‘vinculum juris’ gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir, em*

⁴⁷⁰ MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Livro XI. Capítulo VI. Introdução de Otto Maria Carpeaux. Trad. De Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint S.A – Ediouro. 1990, p. 133.

⁴⁷¹ É interessante observar que, em Portugal, Estado que possui um sistema parlamentar de governo, no art. 198º, da Constituição de abril de 1976 (atualizada pela Quarta Revisão Constitucional – Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de setembro), apresenta-se o que denomina de *competência legislativa exclusiva do Governo* no que diz respeito à sua própria organização e funcionamento. Também na mesma Constituição, verifica-se, no art. 252º, a expressão *Câmara municipal*, enquanto órgão executivo; sendo de grande realce o fato de que a divisão administrativa portuguesa distancia-se bastante da brasileira. Fala-se em autarquias locais, freguesias, municípios, regiões administrativas, distritos etc. (arts. 236º e ss e art. 291º).

Em uma demonstração evidente de que as palavras não passam de rótulos das coisas, e de que o nome não muda a sua natureza, verifica-se que expressões idênticas têm diferentes acepções nestes dois Países. Acredito que, em certa medida, isto se estenda ao modo de pensar as realidades e os institutos jurídicos.



*juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes (...)*⁴⁷² (grifei)

No entanto, considero que este Acórdão seja bastante apropriado para demonstrar o senso geral entre os poderes constituídos, que não é outro senão o de, tantas vezes, dizer que, na Constituição, não está escrito o que efetivamente está.

A norma constitucional diz respeito à saúde, e é o seu texto: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outro agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Certamente, a primeira idéia que deve vir ao leitor é aquela de enquadrar normas como tais na categoria de meros programas, meros discursos políticos sem um compromisso mais direto com a realidade. Uma verdadeira conversa jogada fora. Uma ilusão.

Se assim o fosse, obviamente isto desmereceria não apenas este artigo, mas todo o Texto Constitucional.

Ocorre que, antes de assim pensar, é preciso ter em conta os gastos dos recursos do Estado.

No Brasil, há um plano plurianual, onde precisam ser estabelecidos objetivos e metas (art. 165, § 1º, da Constituição). Há uma lei de diretriz orçamentária, que deve orientar o orçamento anual, dispondo sobre as alterações da legislação tributária, e fixando as prioridades do Estado (art. 165, § 2º, da Constituição). Há o orçamento (art. 165, § 5º, da Constituição). E o “Fundo Social de Emergência”, cujos recursos foram estatuídos para serem aplicados, prioritariamente, no sistema de saúde e de educação.⁴⁷³

⁴⁷² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564. 1995. Rio Grande do sul. 1ª Turma. DJ 17.06.96, p. 21448. Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO. Unânime.

⁴⁷³ Este Fundo costuma ser bastante criticado, principalmente, porque retira parte da receita que deveria ser repassada a Estados e Municípios. Vide Emenda Constitucional de Revisão nº 01, de 01 de março de 1994 e Emenda Constitucional nº 10, de 04 de março de 1996.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



A isto, pode-se contra-argumentar dizendo que de nada adianta tanto planejamento se não há dinheiro.

Esta objeção, sem dúvida nenhuma, é de grande importância.

Mas, em face dela, só cabem ser apresentados números. Por isto, insisto neles.

De acordo com dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, seguindo os critérios da Comissão de Estatística das Nações Unidas para a apuração dos Indicadores Sociais Mínimos (ISM), as mais atuais pesquisas sobre censo demográfico e contagem da população, apontam que o PIB (Produto Interno Bruto), no Brasil (valor de 1997), é de, aproximadamente, 866,08 bilhões de reais; apresentando-se uma renda *per capita* de R\$ 5.430,03 a.a.⁴⁷⁴. Isto mesmo: cinco mil, quatrocentos e trinta reais e três centavos.

Para quem conhece o Brasil, logo vê o tamanho do absurdo que estes números apontam.

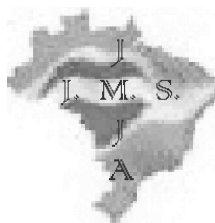
A heterogeneidade do País reduz a representatividade das médias nacionais e declara a radical dificuldade na distribuição da renda.

Logo, o problema não está, simplesmente, na falta de dinheiro, mas, principalmente, na sua má distribuição.

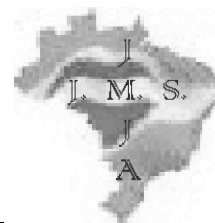
É, por isto, que venho sempre insistindo que não é impossível fazer valer o Texto Constitucional, desde que os poderes constituídos continuem tentando levar à prática a Constituição e os objetivos fundamentais da República (art. 3º), tais como: a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a garantia do desenvolvimento nacional (que não é apenas o crescimento) etc.

Sei que isto não é nem um pouco fácil, porque, normalmente, é muito grande a distância entre o que se diz e o que se faz. E isto não só em relação aos políticos, pois pode atingir a todos nós, nas atividades mais miúdas da vida.

⁴⁷⁴ Dados da Coordenação Geral de Comunicação Social do IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 28.09.98.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



Pois bem. É famosa a doutrina da separação dos poderes, cabendo a cada um deles uma função precípua.

Falo em função precípua, porque não há a privatividade. Todos os Poderes têm a necessidade de praticar atos administrativos, embora restritos ao seu funcionamento e à sua organização. Excepcionalmente, podem praticar atos que, a rigor, seriam de outro Poder. Mas isto nos exatos termos constitucionais.

De onde se conclui pela negativa da divisão absoluta de funções, e pela distribuição das mesmas entre os órgãos independentes, que precisam agir de maneira harmônica e coordenada, dado que o todo do poder estatal é uno e indivisível; ou melhor dito, todo o poder emana do povo⁴⁷⁵ (Parágrafo Único, art. 1º, da atual Constituição do Brasil).

Tudo isto se resume na busca do equilíbrio entre os Poderes. É a teoria dos freios e contrapesos, ou do *checks and balances*, dos ingleses e norte-americanos.

É desta forma que o Estado se organiza.

No Brasil, um Estado Federal, tem-se uma organização política trina, estendendo-se aos Municípios, além da União e dos Estados-membros, autonomia política (art. 1º e 18, da Constituição), a saber: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

⁴⁷⁵ “Uma ideia é, no entanto, hoje comum às várias noções de representação política apresentadas: a ideia de que, no fundo se trata de um ‘mecanismo’ que permite que, em comunidades políticas demasiado extensas para o exercício da democracia directa, o povo fiscalize o exercício do poder político feito pelo Governo. (...) A representação política aparece assim ligada, no seu sentido moderno, à ideia de participação política ou seja, às formas de intervenção dos membros de uma comunidade no processo político. (...) A representação política traduz-se assim, essencialmente, num fenómeno de relação: os governantes actuam como representantes dos governados e estes detêm contrôlo sobre os primeiros. (...) Quando hoje se fala em representação política, pensa-se numa realidade circunscrita: a da representação que decorre do princípio democrático.” (MARIA JOÃO DO ROSÁRIO ESTORNINHO. “O Conceito de Representação Política: origem e evolução.” Relatório de Mestrado de Direito Constitucional. Outubro de 1986, ps. 41, 42 e 43).



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



Como se percebe, há, também, o Distrito Federal, cuja personalidade é bifronte, pois a ele, constitucionalmente, são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios (art. 32, § 1º).

Diante desta organização do Estado brasileiro, com a conseqüente distribuição do poder, surgiu, em relação ao tema central das medidas provisórias, uma peculiaridade, que era a de saber se, além da União, mediante a autorização constitucional expressa no art. 62, entre outros, que fala em Presidente da República, se seria possível aos Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal, e aos Prefeitos dos Municípios terem à sua disposição as medidas provisórias.

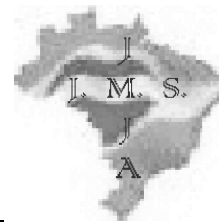
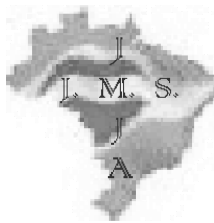
De fato, a totalidade, ou, ao menos, a esmagadora maioria não dispõem.⁴⁷⁶

Sobre o assunto, considero de relevo a posição adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que, encontrando, na medida provisória, uma providência excepcional, a restringiu ao Presidente da República, impedindo a sua edição pelo Governador e pelo Prefeito, argumentando, inclusive, que as noções de relevância e de urgência teriam, nestas esferas de poder, contornos ainda menos claros. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Tribunal Pleno. Representação de Inconstitucionalidade nº 11.643-0/0. São Paulo. Julgamento em 24.04.91. Relator Desembargador CARLOS ORTIZ. A Representação foi proposta pelo Procurador-Geral do Estado de São Paulo)

Outro fator importante a considerar é o de que o Brasil é um País presidencialista, havendo os planos de governo, eventualmente veiculados por medidas provisórias (Plano Real, Plano de Estabilização econômica etc. O Plano Real demorou cerca de dois anos para ser aprovado pelo Congresso Nacional), mesmo quando convertidos em lei, de dependerem, de maneira exclusiva, da coordenação do Presidente da República.

De tanto, ele poderá executá-lo bem ou mal, ou mesmo não executá-lo, no todo ou em algumas partes, sem que precise dar satisfações jurídicas a outro poder, afora as

⁴⁷⁶ Em 1997, eram 5.507 os municípios brasileiros. Dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.



prestações de contas financeiras e orçamentárias⁴⁷⁷. Executando mal, continuará Presidente da República, e os Ministros continuarão Ministros a depender da sua vontade e confiança.

No parlamentarismo, via de regra, isto já seria um tanto diferente, pois o governo é responsável ante o Parlamento, dependendo da sua confiança e do seu apoio para governar⁴⁷⁸. Assim, estando a responsabilidade política do governo perante o Parlamento, e deste perante os eleitores, acaso o Parlamento retire a sua confiança no governo, ele cai, havendo a exoneração, dado que não há mandato, ou investidura a tempo certo. Trata-se de uma investidura de confiança. Perdida esta, pode advir um voto de censura ou moção de desconfiança, constituindo-se um novo governo.

⁴⁷⁷ Constituição do Brasil. “Art. 50. A Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, bem como qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministros de Estado para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada. § 1º. Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério. § 2º. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação aos Ministros de Estado, importando crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.(...) Art. 70. (com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 05.06.98 – a chamada Reforma Administrativa) A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo Único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete (...)”

⁴⁷⁸ Vide, por exemplo, na Constituição de Portugal, revista pelas Leis Constitucionais nºs. 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97: arts. 171º e 172º (tratam da legislatura e da dissolução da Assembleia da República); art. 188º (trata do Programa de Governo); art. 190º (trata da responsabilidade do Governo perante o Presidente da República e a Assembleia da República); art. 194 (trata das moções de censura ao Governo sobre a execução do seu programa ou assunto relevante de interesse nacional) e art. 195º (trata das hipóteses que implicam em demissão do Governo, que são, entre outras: a rejeição do programa do Governo; a não aprovação de uma moção de confiança; a aprovação de uma moção de censura por maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções etc.).



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



Pode acontecer, também, que, em vez da exoneração dos membros do governo, sem a confiança do Parlamento, prefira-se apurar a confiança do povo, dissolvendo-se a Câmara e sendo convocadas eleições extraordinárias parlamentares. Por este mecanismo, a crise instalada poderia vir a ser resolvida com traumas, tanto quanto possível, menores, dado a flexibilidade do sistema. É bem verdade que, no parlamentarismo contemporâneo, as quedas dos Conselhos de Ministros ocorrem menos pela falta de confiança parlamentar, e mais pelo desfazimento de coligações partidárias que sustentam os governos.

Aparentemente, portanto, o sistema presidencialista estaria menos apto para enfrentar as crises do que a alternativa parlamentar, permitindo, com isto, uma maior continuidade democrática. O menor grau de personalização do poder facilitaria a superação dos traumas de um governo mal-sucedido.

Tenho comigo que, pela sua fisionomia, tal como foi apresentada, as medidas provisórias estariam mais aproximadas do sistema parlamentar, onde o controle e a fiscalização permitiriam dizer não a estas iniciativas, sem provocar discontinuidades institucionais. Imagine-se em que situação não estaria um Presidente da República que, começando o seu mandato, e não tendo maioria no Parlamento, encaminhasse um plano de governo, por medidas provisórias, que têm caráter urgente, e elas fossem rejeitadas.

No entanto, no Brasil, as tentativas de implantar o sistema parlamentar não tiveram êxito.

Durante o período da República, houve a Emenda Constitucional nº 04, de 02.09.61, que foi logo revogada pela Emenda Constitucional nº 06, de 23.01.63, que restabeleceu o sistema presidencial.

Depois, em face da Constituição de outubro de 1988, mais particularmente pelo art. 2º, das Disposições Transitórias, ficou reservado o dia 07.09.93 para o plebiscito sobre a forma (república ou monarquia) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo). Neste dispositivo, ficou assegurada a gratuidade na livre divulgação do que se tratava, *mediante os meios de comunicação de massa cessionários de serviço público*.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



A Emenda Constitucional nº 02, de 01.09.92⁴⁷⁹, alterou a data do plebiscito para 21.04.93.

O plebiscito ocorreu, e o resultado foi pela república e pelo presidencialismo. Ou seja, as coisas mantiveram-se como estavam.

Mas não se atribua ao presidencialismo a razão das crises brasileiras, embora o parlamentarismo, talvez, pudesse se manifestar como um instrumento prático com maiores alternativas. O problema é que a escolha de um sistema de governo não deve ficar ao sabor de *ambições menores*. Os pequenos Partidos ou correntes partidárias alternativas buscam o parlamentarismo imaginando compensar a debilidade institucional pela articulação política. Os principais Partidos ou candidatos pretendem o presidencialismo, já tradicional no Brasil, confiantes no êxito eleitoral e na competência administrativa de com os seus poderes resolver os defeitos do governo herdado. Os desafetos dos principais candidatos, no âmbito do poder político ou na mídia, postulam a mudança da estrutura “*oligárquica presidencialista*”, a rejeitando mediante a apresentação de exemplos históricos. Enfim, defende-se interesses pessoais sob a aparência de atender às necessidades nacionais.

Faço esta afirmativa, inclusive porque não é possível o esquecimento de que o Brasil é, ao menos formalmente, uma Federação. Assim, a dominação dos vencedores sobre os vencidos não é total, pois o quadro político federal pode inverter-se nos âmbitos estaduais e municipais. Afora o fato de que os vencidos também podem vir a receber cargos públicos como uma maneira de compensação pela derrota e manutenção da fidelidade quando do exercício do poder.

Note-se, ainda que, pelo plebiscito, poderia resultar uma estrutura de Estado bem peculiar, como, por exemplo, uma monarquia presidencialista, havendo, mesmo aí, de se promover as adaptações necessárias para a convivência destas duas autoridades constitucionais: o monarca e o presidente.

⁴⁷⁹ Esta Emenda, além de alterar a data do plebiscito, e de fixar a data de vigência da forma e do sistema de governo para 01.01.95, estabeleceu, no § 2º, do seu artigo único: “A lei poderá dispor sobre a realização do plebiscito, inclusive sobre a gratuidade da livre divulgação das formas e sistemas de governo, através dos meios de comunicação de massa concessionários ou permissionários de serviço público, assegurada igualdade de tempo e paridade de horários.” De fato, a lei referenciada foi a de nº 8.624, de 04.02.93.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



Esta decisão estava facultada ao povo, de acordo com a Assembléia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição de outubro de 1988, como uma decorrência da Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.85.

A Emenda nº 01, de 17 de outubro de 1969 já estava bastante modificada, e tinha contra si, perante a população brasileira, o pejo do emblema autoritário, embora, em termos de possibilidade teórica, ainda fosse possível adequá-la às aspirações populares.⁴⁸⁰

Mas é importante observar o nascedouro do movimento (ou período histórico) que foi chamado de “Nova República”.

Impossível omitir, neste interregno da história do Brasil, o movimento popular das *Diretas-já*, que principiou em 24.01.84, em um comício na Praça da Sé, em São Paulo, com cerca de 300 (trezentas) mil pessoas. Na organização do movimento, estavam sindicatos, partidos políticos, organizações religiosas, associações estudantis etc. Este movimento irradiou-se, rapidamente, por todo o País, protestando contra a ditadura e em favor das eleições diretas em todos os níveis, inclusive para Presidente.

Tratava-se da necessidade de conferir uma nova fisionomia aos poderes constituídos, com índole, nitidamente, popular, o que redundou na instalação da Assembléia Nacional Constituinte, cujo discurso de abertura foi do Ministro do Supremo Tribunal Federal, MOREIRA ALVES.

O Ministro, após demonstrar o seu profundo conhecimento do constitucionalismo desde a Idade Média, passando pelas Constituições republicanas do Brasil, declarou o

⁴⁸⁰ Ver JORGE MIRANDA. A transição constitucional brasileira e o Anteprojeto da Comissão AFONSO ARINOS. Separata da Revista de Informação Legislativa (a 24 n. 94 abr./jun. 1987). Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 31. De fato, o Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, do Presidente JOSÉ SARNEY, instituiu uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 membros, denominados *notáveis*. Da sua tarefa inicial de pesquisa e estudos, passou para além destes limites, empenhando-se na elaboração de um anteprojeto constitucional, que foi entregue ao Presidente da República em 18 de setembro de 1986. Mas o trabalho da Comissão foi recebido pelo Governo como se fosse um Relatório, e não um anteprojeto. Por isto, foi remetido, por despacho presidencial, de 24.09.86, ao Ministério da Justiça, onde, possivelmente, foi arquivado. Ele não foi remetido, pelo Presidente da República, à futura Constituinte.



termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerrava um ciclo revolucionário (palavras do Ministro).

Aos 02.02.87, foi eleito o Deputado ULYSSES GUIMARÃES, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte. É de se recordar que o líder do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) na Constituinte foi o, à época, Deputado NELSON JOBIM; hoje, Ministro do Supremo Tribunal Federal, e autor do Projeto de Lei Complementar nº 233/90 que “*dispõe sobre a edição e o processo legislativo das medidas provisórias previstas no art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências.*”

Enfim, mesmo com a morte de TANCREDO NEVES, o Presidente eleito por um Colégio eleitoral (após toda uma luta democrática promovida pelo movimento *Diretas já*), sem que este conseguisse sobreviver para assumir o poder, havendo ficado, em seu lugar, o Vice-Presidente eleito, JOSÉ SARNEY, a Nova República redundou em um documento que poderia eliminá-la.

Sim. Porque o plebiscito indagava pela república ou pela monarquia constitucional.

Em suma, o que de fato ocorreu, na Constituição de outubro de 1988, quanto à organização dos poderes, foi que o Poder Legislativo saiu, formalmente, revitalizado, particularmente em questões orçamentárias, de planificação e de fiscalização dos atos do Poder Executivo. Este era o clamor popular.

Infelizmente, contudo, o Congresso Nacional não deu conta do grande volume de leis complementares e ordinárias que o Texto exigia⁴⁸¹.

O mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI)⁴⁸² e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) não se mostraram, na prática, com a

⁴⁸¹ Aproximadamente, 36 leis complementares e 237 leis ordinárias.

⁴⁸² Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) LXXI- conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” (...) “Art. 103. (...) § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo para fazê-lo em trinta dias.”



extensão que lhe predicavam na teoria; não indo, muitas vezes, além do aconselhamento judicial descumprido. Isso quando se chegava ao mérito, ficando superados os obstáculos processuais.

Ao lado de tudo isto, havia uma hiperinflação, que, a bem de fazer justiça, foi debelada pelo Plano Real, através de medidas provisórias, embora com um custo social que continua sendo pago.

Resumindo mais uma vez. A Constituição de 1988 estava sendo votada com uma fisionomia parlamentarista; mas, por questões de índole pragmática, prevaleceu o presidencialismo, sem que, contudo, houvesse um retorno compatível ao que se havia votado enquanto sistema de governo.

Sem dúvida, em parte isto poderia ser atribuído à impaciência popular por uma nova Constituição, e o atraso fazia declinar o prestígio dos integrantes da Constituinte.

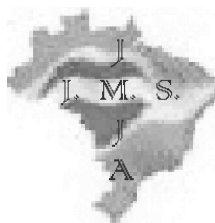
Mas também não se pode esquecer o advento do chamado *Centrão*, com caráter manifestamente conservador. Esta composição suprapartidária conseguiu a reforma do Regimento constituinte, mesmo em face da retirada da maioria dos peemedebistas, liderada por MÁRIO COVAS, e de outros numerosos parlamentares de pequenos partidos de esquerda. No entanto, ao contrário dos temores da época, este grupo não chegou a subjugar a vontade do Plenário.

Pois bem, entre as discussões, recebeu principal destaque o mandato do Presidente da República, que, na época, restou fixado em 05 (cinco) anos (hoje, é de quatro anos, art. 82)⁴⁸³, ao contrário dos seis, antes estabelecido. Foram 304 votos contra 223.

A opção, por conseguinte, pelo sistema de governo, recaiu sobre o presidencialismo, com uma votação de 343 votos contra 213, havendo apenas três abstenções.

Tudo isto vem sendo dito para deixar claro que o ambiente de nascença das medidas provisórias no Brasil foi bastante distante daquele dos decretos-leis. A participação

⁴⁸³ O art. 82, da atual Constituição do Brasil, já passou por duas Emendas, a saber: Emenda Constitucional de Revisão nº 05, de 07.06.94 e Emenda Constitucional nº 16, de 04.06.97.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



popular, na elaboração da Constituição de outubro de 1988 e na fixação das atribuições dos poderes – com ênfase para o Legislativo, foi das maiores do mundo.

Isto não pode ser desconhecido.

Foram 61.020 emendas dos constituintes, além de 122 Emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas, conforme o discurso de ULYSSES GUIMARÃES no dia da promulgação constitucional (05.10.88).

Sobre a Constituição de outubro de 1988, no célebre prefácio à edição lançada, oficialmente, pelo Senado Federal, cabe, por valor histórico, reservar espaço às palavras de ULYSSES GUIMARÃES, que a ela se referiu como “Constituição-cidadã”.

Otimista com a democracia, afirmava que o homem é problema da sociedade, e a Constituição um instrumento para torná-lo cidadão. Entendia que era preciso evitar a *ingovernabilidade concentrada em um só*.

ULYSSES GUIMARÃES: “O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País. Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Geograficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é o seu fim e sua esperança, é a Constituição cidadã. Cidadão é o que ganha, come, mora, sabe, pode se curar. A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. Por isso mobiliza, entre outras novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo Executivo e o Legislativo. Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um; possibilitando a governabilidade de muitos. É a Constituição coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, viu, destruiu tabus, tomou o partido dos que só se salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.” (grifei)

Mais.

Na última sessão da Constituinte, em 22.09.88, o então líder do Partido Social Democrático Brasileiro, o atual Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, fez os seguintes comentários sobre a Constituição que surgia.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



O atual Presidente do Brasil celebrava a pioneira colaboração direta da cidadania na composição do novo Texto Constitucional, e também a consciência cívica do povo brasileiro.

Resgate-se para a história: “Pela primeira vez, na História do Brasil e talvez do mundo, se faz uma Constituição com a colaboração direta da cidadania. Recebemos milhões de assinaturas em emendas populares e o povo sentiu de perto o que é consciência dos nossos direitos; entendeu, rapidamente, que, sem liberdade, não há avanço social. O Congresso foi durante a Constituinte um grande ponto de encontro de empresários, sindicalistas, representantes de igrejas, de nações indígenas, professores e estudantes. Foi uma amostra de todo o Brasil que, tocado pela consciência de que era hora de mudar, veio e pressionou. Se mais não fizemos, foi porque mais não pudemos.”⁴⁸⁴

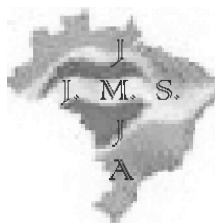
Foi o que disse o atual Presidente do Brasil. Era hora de mudar.

Por tudo o que vem sendo exposto, parece-me que não cabe interpretar a medida provisória como se fosse o mesmo decreto-lei. Isto independentemente de qualquer análise mais aprofundada de direito comparado.

O fortalecimento do Legislativo aparece estampado na Constituição de outubro de 1988, e na leitura de vários juristas brasileiros, entre eles, exemplificativamente, cito dois dos mais experientes e respeitados, PAULO BONAVIDES e PINTO FERREIRA.

PAULO BONAVIDES. Este autor proclama para o Legislativo um papel mais importante do que o de chancelar as medidas do Executivo. Diz que a atual Constituição demonstra inclinações parlamentaristas, havendo a necessidade de torná-la viva na prática, descomportando à política o papel de simples jogo de poder: “*O Legislativo começa a ser poder. (...) Convertido em Poder, o Legislativo, que era chancelador formal dos atos do Executivo, tem necessidade, agora, de um arcabouço sólido que permita atender às exigências do novo texto constitucional. A nova Carta, considerada socialmente avançada, pode repetir a aventura de outras, como a de 1946, que não levou à prática os textos progressistas como o da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas. (...) Este incompleto elenco de novas e reforçadas atribuições concedidas ao Legislativo, coloca o*

⁴⁸⁴ Extraído de BONVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, p. 497.



Poder em destaque, quase tipificando um sistema parlamentarista, em que o Executivo, ao mesmo tempo que perde parte de sua até então ilimitada competência, permite à sociedade, através de sua mais legítima representação, ser partícipe efetiva dos programas, projectos e responsabilidades governamentais. Isso, se não preferir postular diretamente com seus projetos, como o texto constitucional expressamente faculta. A política não pode ser mero instrumento de jogo de poder, mas ciência do bem de todos no exercício da representação popular.”⁴⁸⁵

PINTO FERREIRA. Este autor sublinha o perfil mais aproximado ao parlamentarismo clássico das medidas provisórias, destacando a substituição do caráter autoritário do decreto-lei pelas medidas provisórias.

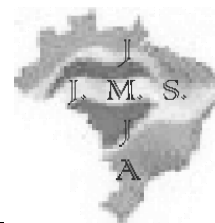
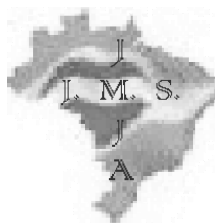
Ei-lo, textualmente: “*Medidas Provisórias. A Constituição vigente substituiu o sistema autoritário do decreto-lei pelas medidas provisórias, que têm a sua origem histórica na atual Constituição da Itália de 1947, sendo mais um instrumento do regime parlamentar do que do regime presidencial. (...) As medidas provisórias são mais específicas do regime parlamentarista, em que o gabinete é uma dependência do corpo legislativo, podendo tal gabinete cair em face de desacordo com este. No regime presidencialista, o chefe do Executivo não está sujeito à censura que provoque a sua demissão, e assim a medida provisória é uma forma de concentração de poder no Executivo.*”⁴⁸⁶

Evidentemente que, como afirmam MARCELO REBELO DE SOUSA, ao falar do semipresidencialismo português⁴⁸⁷, ou JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao falar das inclinações do parlamentarismo contemporâneo - que vem mudando o seu enfoque principal da moção de censura e de desconfiança para o alicerce das coligações

⁴⁸⁵ BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, ps. 499-500.

⁴⁸⁶ FERREIRA, PINTO. Curso de direito Constitucional. 9ª ed. revista, ampliada e atualizada com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional. São Paulo. Editora Saraiva. Ps. 337-338.

⁴⁸⁷ SOUSA, MARCELO REBELO e GALVÃO, SOFIA. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª ed., revista e aumentada com base na Revisão Constitucional de 1997. Portugal. Publicações Europa-América, Lda. 1998, ps. 46-47.



partidárias⁴⁸⁸ -, um sistema de governo⁴⁸⁹ não pode pretender um purismo incompatível com as modernas necessidades sociais.

Ainda MARCELO REBELO DE SOUSA, ao tratar da composição dos Tribunais Constitucionais, ratifica a lógica da cisão do sistema de governo, em sentido clássico, conclamando os casos da Itália, da Espanha e da Áustria: *“Já não encontramos, porém, uma lógica de sistema de governo em sentido clássico, embora desponte uma lógica de sistema de governo em sentido amplo. Sistemas parlamentares com pendor de Assembléia, como o italiano, consagram a intervenção presidencial. Sistemas parlamentares racionalizados, como o espanhol, prevêem intervenção governamental, mas não determinante do Chefe de Estado. Sistemas semipresidenciais de pendor parlamentar como o austríaco, acolhem designação governamental.”*⁴⁹⁰

O que ocorre é que é preciso distinguir entre o uso e o abuso de qualquer instituto jurídico. Falar em abuso de direito é uma errônea. Se há abuso, é porque não há direito.

O fim político da Constituição de outubro de 1988 encontra-se bastante delineado no que venho até aqui escrevendo. Defendia-se o fortalecimento do Legislativo, com a retirada dos poderes, faticamente, ilimitados do Executivo. A Constituição foi o instrumento a serviço deste fim.

⁴⁸⁸ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1995, p. 480.

⁴⁸⁹ “O sistema de governo é, conjuntamente com o regime econômico e o regime político, um elemento essencial para a caracterização da forma concreta que assume a organização do poder político de certo Estado. Constitui a forma como se estruturam os órgãos do poder político soberano do Estado, envolvendo o elenco desses órgãos, a sua composição, a sua competência em geral, e a sua interrelação funcional em particular, o seu modo de funcionamento e o processo de designação e o estatuto dos seus titulares.” SOUSA, MARCELO REBELO. Estudos sobre a Constituição (coordenação de JORGE MIRANDA), vol. III. O Sistema de Governo Português. Livraria Petrony. 1979, p. 579.

⁴⁹⁰ SOUSA, MARCELO REBELO. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. *Legitimação da Justiça Constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais*. Coimbra Editora. 1995, p. 220.



E, como disse ARMANDO MARQUES GUEDES, em sua Teoria Geral do Estado: “*Os fins políticos constituem a causa determinante – as instituições e os sistemas (bem como os regimes) a forma determinada.*”⁴⁹¹

O mesmo autor relembra, naquilo que denominou de *Fins Políticos*, a necessidade de segurança, advertindo que esta assenta-se na estabilidade, exigindo a continuidade de critérios e de pontos de referência. Mais do que isto, tratar a medida provisória como se fosse o Decreto-lei é, acentuadamente, injusto; pois implica em postular igualdade para o que é desigual.

A respeito de justiça, e respeitando a distância entre a comutatividade e a distributividade, afirmou: “*A justiça é a expressão do sentimento inato de igualdade. Em igualdade de circunstâncias, exige a igualdade de tratamento e equivalência de prestações e contra-prestações (Justiça comutativa). Mas se foram desiguais as circunstâncias ou a situação em que cada um se encontra, a igualdade terá de ser reposta pelo recurso à proporcionalidade e a critérios de equitativa compensação, pois nada há de mais injusto, acentuava-o já ARISTÓTELES, do que tratar como igual o que é desigual (Justiça distributiva).*”

E complementa, de maneira bastante contundente, sobre a necessidade da manutenção dos critérios: “*A Segurança assenta na estabilidade. Esta traduz-se na fixidez das regras e na continuidade dos critérios que constituem os pontos de referência e indispensável certeza, poderão ser traçados planos de vida. Disto decorre a paz tanto interna como externa. Para que seja assim, a segurança implica, se necessário, o recurso à força.*”⁴⁹²

Em nome da justiça (isonomia), tenho como razoável imaginar que institutos tão distintos na sua origem nacional (medidas provisórias e decretos-leis) não mereçam o mesmo tratamento.

⁴⁹¹ GUEDES, ARMANDO M. MARQUES. Teoria Geral do Estado. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa. 1979, p. 57.

⁴⁹² GUEDES, ARMANDO M. MARQUES. Teoria Geral do Estado. Lições do Professor Doutor ARMANDO M. MARQUES GUEDES ao 1º ano jurídico de 1979/80. 1979. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, ps. 58-59.



Em nome da segurança, tenho como razoável que a expedição descontrolada de medidas provisórias acarreta uma descontinuidade nos pontos de referência normativos.

Falar que já foram expedidas, desde a Constituição de 1988 até 10.11.98, três mil, duzentos e oitenta e oito medidas (3.288), e que, apenas no governo do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, foram, até o dia 10.11.98, duas mil quatrocentos e setenta e cinco (2.475), pode, para aqueles que se encontram no exterior, não fornecer a exata dimensão destes números.

O fato é que, nem mesmo os especialistas em temas cada vez menores, têm o exato controle do que está em vigor. As medidas provisórias são editadas e reeditadas a perder de vista, e o pior, com sutis alterações, que só o observador mais atento é capaz, na sua investigação diária, de encontrar. São tais como aquelas revistas mensais que trazem o *jogo dos sete erros*. Ocorre que compõem a legislação de um dos mais importantes países do mundo, o Brasil.

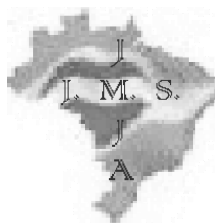
Diante disto, não se apresentam reações senão aquelas mais tímidas e pouco eficazes.

Isto não é culpa da Constituição. Afinal, nos termos do art. 49, incs. V e XI, poderia o Congresso Nacional, utilizando do instrumento do Decreto legislativo, reagir.

Veja-se o que vem disposto nestes dois dispositivos: “Art. 49. *É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (...) XI- zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*”.

Portanto, a Constituição conferiu os instrumentos de modo ao Congresso Nacional fazer frear os exageros normativos dos outros Poderes.

É bem verdade que se pode dizer que as medidas provisórias não implicam em delegação constitucional. Na delegação, embora a autoridade, no exercício da competência



delegada, aja em nome próprio, pode, de acordo com o que está nela estabelecido, retirar os poderes que estão conferidos.⁴⁹³

O próprio HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, assinala uma certa noção de precariedade nas delegações, quando as distingue das transferências de serviços públicos a particulares, lecionando: “a *transferência da titularidade do serviço é outorgada por lei e só por lei pode ser retirada ou modificada; a transferência da execução do serviço é delegada por ato administrativo (bilateral ou unilateral) e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, exigindo, apenas, em certos casos, autorização legislativa.*”⁴⁹⁴

Além do mais, a atual Constituição do Brasil traz a lei delegada como uma espécie normativa distinta das medidas provisórias (art. 59, incs. IV e V; art. 62 e art. 68).

No entanto, isto não impede que, por vezes, surjam vozes a defender como interditado à medida provisória todo o leque impassível de delegações (art. 68, § 1º).⁴⁹⁵

Um dos exemplos do que digo é o do jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA, que, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, verbera que a sua interpretação é a de que o Presidente da República não pode regular, por medidas provisórias, aquelas questões vedadas às leis delegadas, nem tampouco o que disser respeito à matéria tributária.

⁴⁹³ Vide Súmula nº 510, do Egrégio Supremo Tribunal Federal: “Súmula nº 510. *Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ele cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.*”

⁴⁹⁴ MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1990, p. 333.

⁴⁹⁵ Constituição do Brasil. “Art. 68. *As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I- organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II- nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III- planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º. Se a resolução determinar a apreciação pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.*”



Nas suas palavras, parecendo, respeitosa venia, confundir delegação com transferência constitucional: *“Finalmente, uma interpretação lógico-sistemática leva a concluir que o Presidente da República não poderá disciplinar por medidas provisórias situações ou matérias que não podem ser objeto de delegação. Seria um despautério que medidas provisórias pudessem regular situações que sejam vedadas às leis delegadas. Também não o poderá fazer em matéria tributária, porque o sistema tributário não permite legislação de urgência, já que a lei tributária material não é aplicável imediatamente, por regra, porquanto está sujeita ao princípio da anterioridade (art. 150, III, b).”*⁴⁹⁶

Mas, mesmo que nisto não haja procedência, como, respeitosamente, entendo que não há, ainda caberia ao Congresso Nacional a utilização do decreto-legislativo, na hipótese do zelo pela prerrogativa de sua competência legislativa, em face da atribuição normativa do Poder Executivo (art. 49, inc. XI).

Apenas para argumentar, quanto à hipótese do receio de represálias motivadas pela insubmissão, quero acreditar que as garantias dos Congressistas existam para tanto.

Os Deputados e os Senadores são *invioláveis por suas opiniões, palavras e votos* (art. 53, *caput*), e, desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não podem ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável; nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa (art. 53, § 1º).

Além do que, têm prerrogativa de foro, sendo submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (art. 53, § 4º). São, ainda, desonerados de testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato; nem, sequer, precisam indicar as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 5º).

Enfim, as suas imunidades subsistem mesmo em estado de sítio (art. 137-139), só podendo ser suspensas pelo voto de dois terços dos membros da Casa de que faça parte, e desde que nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução das medidas de sítio. (art. 53, § 7º).

⁴⁹⁶ SILVA, JOSÉ AFONSO. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. revista nos termos da Revisão Constitucional de 1994. São Paulo. Malheiros Editores. 1995, p. 504.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



Todas estas prerrogativas estão, na Constituição, estabelecidas não como um favor aos Congressistas⁴⁹⁷; mas como uma maneira de conferir-lhes independência perante quaisquer pressões, inclusive dos outros poderes constitucionais.

A inviolabilidade⁴⁹⁸, a imunidade, o privilégio de foro, a limitação ao dever de testemunhar etc. são providências salutares a serviço da comunidade.

Assim, causa reflexão quando se ouve, nos meios de comunicações, a defesa da abolição de tais suportes, fundamentando-se em uma má utilização destas prerrogativas conquistadas historicamente.

4. Instituições de complemento.

Habeas-corpus⁴⁹⁹, mandado de segurança⁵⁰⁰, habeas-data⁵⁰¹, mandado de injunção⁵⁰², ação popular⁵⁰³ etc.

⁴⁹⁷ É interessante observar que a atual Constituição da República Portuguesa (*atualizada segundo a Revisão Constitucional de setembro de 1997*), traz, ao lado das imunidades dos Deputados da Assembleia da República (art. 157º), aquilo que denomina de *Direitos e Regalias* (art. 158º), a saber: “Art. 158º. Os Deputados gozam dos seguintes direitos e regalias: a) adiamento do serviço militar, do serviço cívico ou da mobilização civil; b) livre trânsito e direito a passaporte especial nas suas deslocações oficiais ao estrangeiro; c) cartão especial de identificação; d) subsídios que a lei prescrever.”

⁴⁹⁸ A inviolabilidade é a exclusão do próprio crime por opiniões, palavras e votos. É, também, chamada de imunidade material. (art. 53, caput). A imunidade, propriamente dita, não exclui o crime, mas impede o processo. é, portanto, uma prerrogativa processual. É a imunidade formal, envolvendo a disciplina da prisão e do processo de Congressistas.

⁴⁹⁹ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) LXVIII- conceder-se-á habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.” No Brasil, antes da Reforma Constitucional de 1926, uma das principais jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, na “República velha” (até 1930), foi a consagração da doutrina do “direito escopo”, à frente o Ministro PEDRO LESSA. Assim, na vigência da Constituição de 1891, e antes da Reforma Constitucional de 1926, o habeas-corpus poderia ser utilizado quando, ao menos, ocorresse uma hipótese em que a liberdade de locomoção servisse de meio para o exercício do direito-fim. Esta construção perdeu o sentido quando, em 1926, houve a expressa restrição do habeas-corpus à tutela da liberdade de locomoção.

⁵⁰⁰ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) LXIX- conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX- o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. Foi a Constituição de julho de 1934 a que primeiro inseriu, em seu Texto (art. 113, 33), o mandado de segurança. A atual Constituição instituiu, no Brasil, o denominado Mandado de Segurança Coletivo, encarando-o, a doutrina nacional majoritária, como um instrumento de substituição processual. A jurisprudência atual vem exigindo o vínculo entre o objeto do mandado de segurança coletivo e objetivo social da entidade impetrante. Súmula nº 512, do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.”

⁵⁰¹ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) LXXII- conceder-se-á habeas-data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”. Este instituto foi instituído, no Brasil, pela atual Constituição. Vem assumindo uma utilização muito pequena.

⁵⁰² Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) LXXI- conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. A atual Constituição o instituiu no Brasil. Ainda vem assumindo uma curta utilização. Existem alguns sinais no sentido de tornar efetivo este dispositivo constitucional. O Supremo Tribunal Federal já chegou a fixar prazo para o exercício da função normativa, autorizando, na hipótese do descumprimento do prazo, o ajuizamento de ação econômica reparatória (MI nº 283/Distrito Federal. DJ 14.11.91, p. 16355. Ementário vol. 1642, p. 01. Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 135-03, p. 882. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno. Unânime. Ver, também, MI nº 355/94. Relator CELSO DE MELLO. Julgamento pelo Tribunal Pleno do STF, em 07.10.94). Contudo, se a mora legislativa não trouxer o Estado no polo passivo, há o entendimento de que não cabe a fixação do prazo, argumentando-se por não ser possível “cominar consequência à sua continuidade após o termo final da dilação assinada”. (MI nº 283, Relator SEPÚLVEDA PERTENCE. Revista Trimestral de Jurisprudência 135/882 e MI 361/RJ. Relator para Acórdão SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ 17.06.94, p. 15707. Ementário Vol. 1749-01, p. 46. Tribunal Pleno).

Na hipótese de ser ultrapassado o prazo constitucional (Parágrafo Único, art. 62, da Constituição de outubro de 1988 – Texto originário), sem a conversão da medida provisória em lei; ou na hipótese de haver a rejeição da medida sem que o Congresso Nacional nada delibere sobre as relações jurídicas dela decorrentes, caberá a interposição do Mandado de Injunção, devendo ser fixado prazo para que se venha a suprir a omissão congressional, estabelecendo, desde logo, a possibilidade de ação econômica reparatória. Vide, ainda, o Título “De 2.001 em diante”.

⁵⁰³ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) LXXIII- qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado



Aqui, parte-se da constatação de que não basta a existência de certos direitos constitucionais fundamentais. É imprescindível que medidas processuais os acudam na prática. É preciso a realização prática dos direitos, ou, ao menos, a imediata reparação, se já foram violados.

O importante não será a quantidade ou a multiplicidade de denominações. Não é isto o que conferirá maior ou menor relevo ao que chamei de instituições complementares. Na Constituição de outubro de 1988, houve uma verdadeira agonia por tipificá-los.

Sobre estas medidas de processo constitucional, não tecerei, aqui, comentários detalhados, por um dever de síntese em favor do objeto principal das atenções: a medida provisória.

Pois bem, considero que já é chegado o momento de oferecer um conceito para o que seja um Estado, autenticamente, constitucional na acepção que o tenho para o Brasil.

É aquele onde estão reconhecidos os direitos fundamentais do indivíduo a todos, e cuja efetiva vigência tem por amparo uma estrutura institucional protetora com os seguintes traços básicos: existência de uma Constituição codificada; diferenciação entre o Poder Constituinte originário e os poderes constituídos; distribuição constitucional de funções entre os poderes constituídos, não permitindo que as funções atípicas sejam interpretadas extensivamente; elevado grau de eficácia das instituições complementares.

É isto. É necessário o equilíbrio entre os poderes constituídos, não permitindo que a exceção seja vista como regra.

participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas e do ônus da sucumbência.” Este dispositivo ampliou, no Brasil, as hipóteses da Ação Popular como um instrumento de democracia participativa. A sua legitimidade ativa encampa, apenas, os cidadãos (ver arts. 14 e ss – Dos Direitos Políticos). Na realidade, em face da legitimidade ativa mais ampla (pessoas jurídicas e órgãos autônomos, como o Ministério Público), a ação civil pública vem comportando, com maior efetividade, estas funções constitucionais, embora tenha objetivos ainda mais abrangentes, servindo, também, para a tutela de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, violados ou sob ameaça por pessoas de direito privado.



A Medida Provisória tem caráter legislativo, tanto assim que figura na seção constitucional do processo legislativo (art. 59). Logo, é uma função atípica do Executivo, cabendo a recomendação de que as exceções devem ser havidas como restritas. É uma questão de segurança jurídica.

Repito. A exceção não pode ser vista como regra.

Respeitando as posições contrárias, não encontro guarida, na atual Constituição do Brasil, tal como ocorreu a sua gestação, para que dimensões menos exigentes de legalidade passem a ser um expediente comum.

De fato, quando assim ocorre é porque a Constituição jurídica está sucumbindo diante da Constituição real.

Isto faz, novamente, recordar de KONRAD HESSE, em *A Força Normativa da Constituição*.

Fala sobre a pretensão de eficácia da Constituição técnico-jurídica e sobre a Constituição real, que podem manter entre elas uma relação de condicionamento; o que não significa dependência recíproca.

KONRAD HESSE: “(...) a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negativa da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de RUDOLF SOHM, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição. (...) Para usar a terminologia acima referida, ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.”⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ HESSE, KONRAD. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de GILMAR FERREIRA MENDES. Porto Alegre. Editora Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991 – ano do centenário da Faculdade de Direito da Bahia, ps. 10-11 e 15-16.



Portanto, em minha perspectiva, uma elevada missão encontra-se nas mãos do Poder Judiciário, dado que a fiscalização judicial dos atos legislativos não é uma zona imune de apreciação, sob o argumento de que cada poder é reservado a um órgão, tal como um pressuposto de harmonia e completa independência.

Isto não cabe em uma Constituição como a do Brasil, e em uma situação como a das medidas provisórias.

Primeiro, porque o controle concentrado de constitucionalidade tem marcada presença constitucional (art. 102, I, al. “a”), com legitimação ampliada pela atual Constituição (art. 103). Depois, porque a medida provisória é um ato legislativo constitucional do Executivo, no exercício de uma função atípica.

A questão que se põe não é a da inviabilidade da medida provisória, mas a da sua abusiva utilização; o que precisa ser perquirido a cada edição de uma nova medida.

E o Poder Judiciário brasileiro não se nega à sindicabilidade, tanto assim que vale reproduzir um caso concreto que elucida aquilo que falo⁵⁰⁵.

A Medida Provisória nº 190 foi publicada, no Diário Oficial da União, em 01.07.90, com um texto praticamente idêntico ao da Medida Provisória nº 185, que havia sido rejeitada pelo Congresso Nacional. O assunto consistia em permitir ao Tribunal Superior do Trabalho suspender, por seis (06) meses, as vantagens obtidas em dissídios trabalhistas.

Neste contexto, o Procurador-Geral da República, ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, apresentou uma ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 1º, da Medida Provisória nº 190, que continha a referida permissão.

As modificações inseridas na *nova* medida resumiam-se ao prazo para o Tribunal Superior do Trabalho suspender o efeito das sentenças dos dissídios coletivos, que passou para cento e noventa (190) dias; acrescentando-se, ainda, no art. 2º, a permissibilidade de os sindicatos representarem os trabalhadores em causas trabalhistas individuais.

⁵⁰⁵ Extraído de FERREIRA, PINTO. Curso de Direito Constitucional. Obra citada, ps. 337-338.



No caso apresentado, por unanimidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal confirmaram o voto do Relator, o Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, resolvendo suspender a aplicação da Medida Provisória nº 190, até o julgamento do mérito, restando vedada a reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional.

Se assim não o fosse, o Congresso não passaria de mero aprovador da vontade do Poder Executivo, deixando de ser Poder para ser mera fachada.

E não se pense que estas palavras estejam isoladas. Prova do que digo são as referências de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR a um presidencialismo absoluto e arbitrário.

Disse TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ainda em 1990, advertindo contra o entendimento favorável à reedição (vide o Título “*De 2001 em diante*”, onde analiso a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que dá nova regulamentação às medidas provisórias), que outra não era a sua postura jurídica senão a de repudiar tal concepção, que já aparentava, à época, ter como simpatizantes SAULO RAMOS, que emitiu Parecer neste sentido, na condição de Consultor-Geral da República (Parecer nº SR-92, de 21.06.89), e NELSON JOBIM (Conferência realizada no III Fórum Jurídico, realizado em Belo Horizonte – Edição do Ministério da Justiça. Brasília. 1989, ps. 23 e ss).

Em *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, assim se pronunciou TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, denunciando a perigosa possibilidade de instalação, no Brasil, de um presidencialismo imperial absoluto e arbitrário, próprio a uma discricionariedade ilimitada, sob o julgo exclusivo do Chefe de Governo/Estado: “*Sobre a reedição das Medidas Provisórias (...) A consequência perversa deste entendimento é óbvia. Em tese, reeditando medidas provisórias, até mesmo quando explicitamente rejeitadas, o chefe de Estado se outorga o poder discricionário de disciplinar não importa que matéria, fazendo do Congresso um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência ‘a posteriori’ viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões. Afinal, de provisória em provisória se iria enchendo o papo constitucional. Pode ser até mesmo que o Legislativo, mais brioso e menos relaxado em suas prerrogativas e deveres, jamais deixasse escapar de suas mãos, como representante do povo, o indeclinável direito de o povo obrigar-se a si mesmo apenas e tão-somente por força de sua vontade e por meio da lei. Contudo, o perfil de democracia constitucional que o entendimento formal exarado no*



parecer da Consultora nos traça é, no mínimo, de um presidencialismo imperial entre absoluto e arbitrário.”⁵⁰⁶

Pois bem, afora tudo isto, é de se ressaltar que, até mesmo o projeto de lei rejeitado, não pode ser reapresentado na mesma sessão legislativa, senão por proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

É o que vem disposto no art. 67, da atual Constituição do Brasil: “Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.”

Ora, se o próprio Legislativo encontra este embargo para o exercício da sua função normativa, entendo que não seria razoável atribuir ao Executivo, no exercício de uma função excepcional, já recusada pelo Congresso, a faculdade de repudiar o pronunciamento congressional, e desconhecê-lo, reeditando a medida indeferida (vide o art. 62, § 10, da Reforma de setembro de 2001, onde estão previstas duas hipóteses de vedações, inclusive esta, isto para a mesma sessão legislativa).

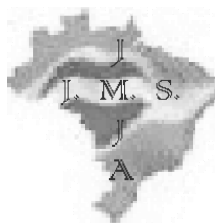
Novos argumentos sempre podem ser aduzidos tanto favoráveis quanto desfavoráveis às medidas provisórias e às suas sucessivas reedições.

Um dos que, desde já, chama-me a atenção é o de que há quem levante o problema de que a legitimidade de um Presidente eleito chega ser maior do que a de um Deputado ou Senador (Congresso Nacional).

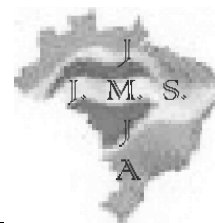
Isto porque a quantidade de votos para eleger um Presidente da República é bem superior ao que é necessário para eleger um Deputado ou Senador; sobretudo a depender do Estado por que haja sido eleito, ou esteja representando.

Contra isto, no mínimo, vejo duas contestações. A primeira é a de que a quantidade total de votos obtidos por todo o Congresso Nacional não é necessariamente inferior àqueles atribuídos ao Presidente da República. A outra objeção, que me parece mais forte, é a de que, no sistema de poderes que hoje se apresenta, aparece o Legislativo

⁵⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. Editora Atlas. São Paulo. 1990, p. 94.



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



com a função principal de legislar, afora, entre outras, aquela de fiscalização dos demais Poderes.

Ora, se este Poder perdesse a sua função principal, seria preciso repensar o próprio sistema de distribuição de funções entre os órgãos políticos do Estado. Não haveria a necessidade de um Poder Legislativo, sendo de se cogitar se a democracia esgota-se no sufrágio eleitoral, ou se é possível pensá-la durante o exercício do poder.

De fato, no Brasil, embora não sob a idéia de extinção do Legislativo, após a Constituição de outubro de 1988, tentou-se argumentar com o surgimento de mais dois Poderes: o dos Tribunais de Contas federal, estaduais e os municipais remanescentes⁵⁰⁷ e o do Ministério Público.

Desde já, no entanto, preciso frisar que, jamais, no Brasil, no processo constituinte ou após, colocou-se em discussão extinguir o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas estaduais, a Câmara Distrital ou as Câmaras de Vereadores. Bem ao contrário, como já demonstrei anteriormente.

Houve muita discussão, é verdade, sobre se com o fortalecimento do Ministério Público em sua autonomia⁵⁰⁸ e em suas funções⁵⁰⁹; e, também, com o fortalecimento dos Tribunais de Contas⁵¹⁰, eles não passariam à condição de poderes políticos.

⁵⁰⁷ Falei remanescentes, em face das seguintes previsões constitucionais. “Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. § 1º. O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, **onde houver**. (...) § 4º. **É vedada** a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.” (grifei)

⁵⁰⁸ Constituição do Brasil. “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º (redação da emenda Constitucional nº 19/05.06.98) Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169 (limites de despesa com pessoal), propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. § 3º. O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes



orçamentárias. (...) Art. 128. (...) § 1º. O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. § 2º. A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal. (...) § 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (garantias e vedações)”

⁵⁰⁹ Constituição do Brasil. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II- zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV- promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; VII- exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; IX- exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhes vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidade públicas.”

⁵¹⁰ Constituição do Brasil. “Art. 71. O controle externo a cargo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; IV- realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; (...) VIII- aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; (...) X- sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. (...) § 2º. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior (sustação do contrato irregular) o Tribunal decidirá a respeito. § 3º. As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. (...) Art. 73. (...) § 2º. Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I- um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II- dois terços pelo



Se assim o fosse, não seriam apenas três os Poderes da União, tal como predica o art. 2º.

É o art. 2º, da atual Constituição do Brasil: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*”

Enfim, parece-me consensual a afirmativa de que o Legislativo é um Poder necessário a um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da atual Constituição), e, embora a sua competência não se resume a elaborar leis, esta é uma das suas atividades primaciais.

Isto não significa que se esteja a desconhecer, aqui, que o Congresso Nacional detenha outras atribuições, tais como:

- a) de fiscalização e controle (pedidos de informação por escrito aos Ministros e outros titulares de órgãos diretamente ligados à Presidência da República (art. 50, § 2º); composição de comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º); controle externo com a auxílio do Tribunal de Contas e de Comissão Mista (art. 66, § 1º. e arts. 71- 72, julgando as contas presidenciais (art. 49, IX) etc.);
- b) de julgamento de crimes de responsabilidade (arts. 51, I; 52, I e 86);
- c) de elaboração de Emenda à Constituição, na qualidade de Poder Reformador (art. 60);
- d) de elaboração de decretos legislativos e resoluções, sem a participação do Presidente da República, e de acordo com as regras regimentais (art. 49).

Congresso Nacional. § 3º. (na redação da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98) Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40 (normas gerais de aposentadoria dos servidores públicos)”



6.2. SEGURANÇA JURÍDICA. ESTADO DE DIREITO E SENTIDO HISTÓRICO-POLÍTICO



Ocorre que, assim como os decretos legislativos e as resoluções precisam possuir os seus limites, as medidas provisórias presidenciais também.

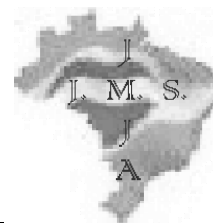
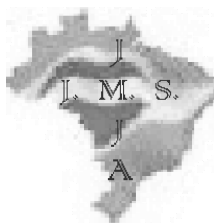
Veja-se o que digo.

De maneira bem elucidativa vinha ocorrendo, no Brasil, um fato peculiar. É que o Poder Judiciário nacional estava fixando a remuneração dos seus juízes através de Resoluções, e, após um certo período, o Poder Executivo e a própria sociedade começaram a recusar este procedimento, havendo o Ministério Público combatido, judicialmente, este mecanismo remuneratório, argumentando pela inconstitucionalidade.

Ora, se eram inconstitucionais os aumentos das remunerações dos juízes pela via da Resolução, tal como ficou entendido, o problema não estava na Resolução em si; mas na sua utilização inadequada⁵¹¹.

O mesmo poderia ser dito sobre a medida provisória. O problema não está na medida em si, mas na sua utilização inadequada, sem embargo de que, no futuro, a sua norma constitucional previsora venha a ser aperfeiçoada, se se entender que seja este o caso.

⁵¹¹ Exemplo do que digo pode ser encontrado na Decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1614, apresentada pelo Procurador Geral da República, GERALDO BRINDEIRO, contra a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho, de Minas Gerais, que concedeu o reajuste de 47,94%, em 29.04.97 aos servidores e aos juízes deste Tribunal Regional. O reajuste era retroativo a março de 1994. Nos argumentos do Procurador Geral da República, o reajuste estava previsto na Lei nº 8676/93, mas foi suprimido pelas medidas provisórias nºs. 434 (28.02.94), 457 (30.03.94) e 482 (29.04.94) até a conversão na Lei nº 8880, de 28.05.94. Entretanto, o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais decidiu por dar plena eficácia à Lei nº 8676/93, quando esta já estava superada, no período, pelas reedições das medidas provisórias. Daí, haver concedido o reajuste de 47,94% aos seus servidores e aos juízes, mediante Resolução. O Acórdão do Supremo Tribunal Federal foi adotado por maioria, no sentido de que medida provisória, reeditada sucessivamente, e dentro do prazo legal dos 30 dias, mantém a sua eficácia desde o início. (Notícia extraída do Informativo do Supremo Tribunal Federal – Home Page. 25.01.99)



6.3. ESTADO DE DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

“A Constituição é uma realidade quadridimensional. Uma dimensão normativa, enquanto conjunto de princípios e regras de Direito. Uma dimensão volitiva, enquanto acto do poder político do Estado. Uma dimensão axiológica, enquanto pauta de valores. Uma dimensão estrutural, enquanto projeção das estruturas económicas, sociais e culturais da colectividade na génese, no conteúdo e na eficácia constitucionais e ainda enquanto actuação da Constituição sobre essas estruturas.” (SOSA, MARCELO REBELO. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais. Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra Editora. 1995, p. 215)

Houve um período, na história das Constituições, em que elas detinham uma mística de limitação de poderes, o que levaria ao fortalecimento das liberdades individuais.

KARL LOEWENSTEIN, em sua Teoria da Constituição, chegou a afirmar que a história do constitucionalismo era um processo de busca das limitações ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder, onde se pretende encontrar uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade existente, para substituir a submissão cega.⁵¹²

Porém, não deveria ser inesperado que as mesmas forças, ou similares, que impuseram restrições aos monarcas, utilizassem desta oportunidade para engendrar mecanismos protetivos que lhe dissessem respeito mais imediato, e, apenas por respingo, atingissem à grande massa da população.

As limitações aos poderes dos monarcas pretendiam, sobretudo, permitir aos burgueses fazer valer os seus interesses.

⁵¹² Ver LOEWENSTEIN, KARL. Teoría de la Constitución. Tradução de ALFREDO GALLEGU ANABITARTE. 4ª reimpressão. Barcelona. Editorial Ariel S.A 1986, p. 150.



6.3. ESTADO DE DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES



Assim, o Estado liberal burguês pode haver institucionalizado uma democracia política, mas não econômica ou social. É o que considero que haja triunfado com a Revolução Francesa, e assumido maiores espaços com a Inglaterra e com os Estados Unidos da América do Norte.

Embora uma conquista histórica, de há muito deu sinais da sua insuficiência.

No entanto, mesmo este liberalismo político, em sociedades como a do Brasil, pouco logrou servir como instrumento de afirmação ordinária de classes emergentes. Grande parte das vezes, ficava-se, apenas, na aparência de restritas manifestações intelectuais. Tinha um sentido quase que exclusivamente simbólico.

Ora, a idéia-força que venho defendendo é a de que não cabe isolar a Constituição no mundo lógico. Ela deve ir à vida das pessoas. O trabalhador brasileiro demonstraria interesse pela Constituição, acaso houvesse tempo para que percebesse as vantagens de ela vir a ser cumprida, trazendo-lhe a perspectiva de atendimentos das suas necessidades vitais básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social, tal como dito no preceito do art. 7º, inc. IV.

Quando a aplicação constitucional demonstra-se indiferente ao cidadão, ele desacredita nela. Ele prefere desconhecê-la. A inefetividade⁵¹³ destrói o rastro de esperança. É alarmante o desinteresse do homem médio em face da sua Constituição. Com isto, passa-se ao perigoso estágio de uma Constituição para *juristas*.⁵¹⁴

Ora, se a norma constitucional detém supremacia frente às demais, precisa produzir efeitos, sendo descabida a existência, no mesmo ordenamento, de normas sub-constitucionais que com ela concorram.

⁵¹³ Aqui, faço uma distinção entre eficácia jurídica, enquanto a possibilidade de aplicação da norma e efetividade, enquanto uma necessidade de concreção do comando normativo.

⁵¹⁴ Nisto, não há nenhuma censura ao jurista que revela as contradições do sistema jurídico, e, por isto, apresenta-se, por vezes, incômodo para os interesses instalados. Não se prega, aqui, a abolição da crítica, nem tampouco a lógica do êxito como critério decisivo. Ver *Juristas – ainda hoje ?*. ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 10ª ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, ps. 221-223.



6.3. ESTADO DE DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES



Explico melhor o que digo.

As medidas provisórias, consignadas no art. 62, da atual Constituição do Brasil⁵¹⁵, não precisam apenas observar os seus pressupostos formais de admissibilidade, que são a relevância e a urgência, ao julgo do Presidente da República; e, após, pela confirmação, ou não, do Congresso Nacional.

É preciso mais.

Faz-se necessário que atenda à Constituição por inteiro. Ela, também, está sujeita ao juízo de constitucionalidade.

Afinal, até mesmo o que vem escrito na Constituição, não pode deixar de reconhecer as inclinações de um Estado democrático e social, não cabendo interpretar a Constituição de hoje com inclinações teóricas restritas a uma democracia já superada.

Se um dia houve luta contra o absolutismo dos monarcas, hoje se faz necessário um esforço para que não ocorra o perecimento da efetividade das normas constitucionais.

Não é preciso que se tenha pela Constituição um respeito *sobrenatural*. Até porque não basta uma boa Constituição para que dela se faça bom uso. Não basta um *bom documento* para que seja superada a pobreza, em, muitos casos, a miséria (art. 3º, inc. III).

É de fundamental importância afastar do direito constitucional o caráter de ciência oculta, exercendo sobre a comunidade uma vigorosa influência educativa.

Se à primeira dificuldade, for emendado o Texto Constitucional, ele perderá em consistência e a sua maleabilidade o fulminará. (*Observação: Em outra oportunidade,*

⁵¹⁵ Constituição do Brasil. “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 a sua 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.*” (Texto Originário). Vide, ainda, o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a nova regulação constitucional sobre as medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).



6.3. ESTADO DE DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES



cheguei a escrever sobre a minha constatação de que o Brasil está sempre em busca de uma nova Constituição, quando o problema não reside na Constituição, mas no uso que se faz dela).

As nossas *crises constitucionais* apenas revelam um Estado que se demonstra inerte diante das carências que não está a suprir. Por isto, a desconfiança a pesar sobre os governos, parlamentos, tribunais e seus juízes. Falta a estabilidade. Falta a segurança de que a norma foi feita para ser cumprida.

Pelo que vem sendo exposto, espero ter deixado claro que encontro na educação do povo a peça chave para a efetividade do direito. Assim, considero importante a adoção de uma linguagem menos complexa, e mais aproximada do cidadão comum.

Se, hoje em dia, praticamente nenhum sistema político costuma negar, abertamente, uma ideologia aproximada da democrática, projetando o povo como origem de todo o poder, apresenta-se irônico deixar o direito apenas na Carta, ou no papel.

É irrelevante um direito só de carta ou de papel.

É pensando assim que proponho, fundado em LOEWENSTEIN, uma peculiar classificação constitucional.

Digo que existem três tipos de Constituições, a saber: a Constituição-ficção de Estado de Direito de Carta, ou apenas de papel; a Constituição-ficção de Estado de Direito de Expectativa e a Constituição efetiva.

Note-se que, aqui, não vai nenhum desrespeito aos cultores do constitucionalismo, mas uma tentativa de fazer chegar ao homem comum algo que, sem ele, não tem esperança de vida. É preciso haver um intercâmbio entre a teoria e a prática.

Esta conclusão não é, tão somente, minha, porquanto KARL ENGISH, em sua Introdução ao Pensamento Jurídico⁵¹⁶, já afirmava que, para haver uma ciência jurídica, esta deveria ser prática. Evidentemente que, sendo prática, não deve limitar-se a questões

⁵¹⁶ ENGISH, KARL. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de J. BAPTISTA MACHADO. 6ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1988, ps. 13 e 19.



6.3. ESTADO DE DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES



desta ordem. Se a prática diária constrói e reconstrói raciocínios, também a teoria amplia os horizontes e as perspectivas, podendo modificar o homem por dentro.

Pois bem, esta é a classificação que proponho.

1. *Constituição-ficção de Estado de Direito de Carta.*

É a portadora do mais alto grau de inefetividade. O que a identifica não é o seu texto, embora nele possam transparecer indícios (sistema eleitoral, partidos políticos etc.); mas a realidade do exercício do poder.

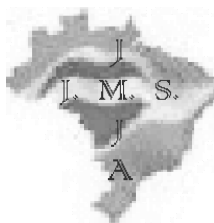
A ausência de participação popular consciente é a sua pedra de toque. Portanto, tanto mais ficará fortalecida a sua inefetividade, quanto mais duradouro e profundo for o estágio do analfabetismo da população deste Estado.

Em muito, é a educação⁵¹⁷ o elemento definidor do tipo de Constituição de um Estado. É educando que se constrói a cidadania.

Esta espécie de Constituição será tanto mais “efetiva” quanto maior for a sua inefetividade (desnecessidade de concreção do comando normativo). Ela não pretende, de fato, limitar o poder, mas, antes pelo contrário, objetiva assegurá-lo, mantendo uma aparência de Estado de Direito.

2. *Constituição-ficção de Estado de Direito de Expectativa.*

⁵¹⁷ “THOMAS JEFFERSON, um dos míticos «founding fathers» e terceiro Presidente dos Estados Unidos da América, disse um dia que, para que a democracia e a Constituição perdurassem, era necessário que os Estados Unidos conhecessem uma revolução todos os 20 anos. (...) Os norte-americanos entenderam com serenidade a mensagem revolucionária de THOMAS JEFFERSON, e introduziram-na nas escolas, investindo na formação cívica. O resultado aí está. A Constituição norte-americana já conheceu a festa do bicentenário.” (GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS. A Constituição e a Construção da Democracia. Extraído de Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976. Organização: JORGE MIRANDA. Vol. II. Coimbra Editora. 1997, p. 576).



6.3. ESTADO DE DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES



Aqui, a dinâmica do processo político, diante do estágio educacional em que se encontra o povo, permitirá que se preveja um futuro de efetividade positiva – promocional de bem-estar⁵¹⁸, e negativa – limitação do poder político.

É necessário que não seja alterada em seus pontos fundamentais, de forma a permitir que a sua função primária, a educativa, venha a ser exequível, criando, na população, um sentimento de estabilidade que lhe transmitirá respeito e acato.

Os poderes públicos trazem consigo, ainda neste estágio constitucional, a importante missão de comunicar o direito, desmitificando-o.

Isto é incompatível com os formalismos exacerbados, com as prodigalidades dos poderes constituídos etc.

Se a fonte da Constituição é o povo, a ele deve retornar efetiva e sem hermetismos.

3. Constituição efetiva.

A realidade do processo político é que a aponta. É uma Constituição que funciona, não permanecendo em um mundo exclusivo para *juristas*. O que a distingue das Constituições de ficção não é o fato de os juristas conhecê-la, mas o de que fração prevalente da população propugna, com sucesso, pela sua efetividade.

Haveria acordo entre o que a norma prediz e o que funciona, como regra geral, espontaneamente; e, quando assim não o fosse, coativamente.

O Direito teria importância para todos, porquanto estaria voltado para a vida, e não para cerimoniais que, normalmente, apenas interessam àqueles que deles se beneficiam.

⁵¹⁸ A respeito do bem-estar, recorro às palavras de ARMANDO MARQUES GUEDES: “O Bem-estar corresponde à satisfação das necessidades materiais e espirituais. Ante o progresso, e perante a impossibilidade de por si os indivíduos e as sociedades menores proverem a essa satisfação, a sociedade política tende a tomá-la cada vez mais extensamente a seu cargo.” (Teoria Geral do Estado. Lições do Professor Doutor ARMANDO M. MARQUES GUEDES ao 1º ano jurídico de 1979-80. 1979. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 59)



6.3. ESTADO DE DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES



É a Constituição de um Estado adulto. Para isto, é preciso tempo e determinação de todos (legislador, aplicador, comunidade). Muitas vezes, não é a Constituição que deve ser passada a limpo, mas a lógica das autoridades que não aceitam cumpri-la.

Todos os poderes públicos, acaso queiram contribuir para o amadurecimento do Estado, necessitariam abolir os ziguezagues interpretativos, e conferir plena transparência às suas ações.

Não se espere atingir a tudo isto em poucos anos. É o aprendizado de um ofício. O ofício da cidadania.

A Constituição efetiva promove e é promovida pela homogeneidade social e econômica. Não lhe basta uma democracia política.

Nisto, há grande dificuldade de realização.

Mas não é pelo fato de ser difícil que se deve abrir mão deste tipo constitucional.

Se não houver a ousadia de abordar problemas difíceis, não se aprenderá com o erro.⁵¹⁹

Também, na democracia, é errando que se aprende.

Portanto, em um País predominante católico como o Brasil, parece aconselhável o pedido da proteção de Deus, tal como consta no Preâmbulo Constitucional.

Abordada a classificação que propus, é preciso ponderar que não se conhece o direito brasileiro, nem o de nenhum lugar, apenas passando por um estágio de uns poucos meses. É necessário trabalhar com ele. Vê-lo desenvolvendo-se no seu dia-a-dia.

Se assim não o for, no máximo, serão retiradas impressões superficiais.

É, por isto, que, também em relação às medidas provisórias, não basta uma análise de direito comparado externo.

É preciso conhecer o instituto no Brasil, no seu desenvolvimento conjunto com os demais problemas que assolam a Nação.

Isolar a medida provisória, e partir para fazer a sua análise, é uma erronia.

⁵¹⁹ Vide KARL POPPER. Conocimiento Objetivo. 24ª ed. Madrid. Ed. Tecnos. 1982.



6.3. ESTADO DE DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES



Primeiro, é necessário que se tenha em conta o País na sua estrutura integral, inclusive de aplicação do direito.

Daí, espero que tenha uma certa importância a classificação que expus; pois, só assim, ao defender que a Constituição, no Brasil, permite um Estado de Direito intermediário, aquele a que atribuí como detentor de uma Constituição-ficção de Estado de Direito de Expectativa, é que, de alguma forma, tentarei esclarecer o que penso a respeito das medidas provisórias.

Não adianta, nesta sede, ficar a desenrolar críticas ou elogios como se elas fossem resumidas a algo isolado. Nada é isolado no direito.

A cada dia a sociedade tem o desafio de se superar, e o direito também.

Agora, antes de deter-me, especificamente, no estudo das medidas provisórias, faço recordar um artigo da atual Constituição brasileira. É o art. 78, que exige do Presidente e do Vice-Presidente da República o compromisso de *manter, defender e cumprir* a Constituição.

Eis o seu teor: “Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.” (grifei)

A leitura deste dispositivo recomenda reflexão, destacando que o juramento de uma Constituição escrita, naturalmente, não se esgota no próprio juramento, sendo imediata a necessidade de perquirir sobre aquilo que os detentores e os destinatários do poder fazem na prática.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Uma antiga teoria: a separação de poderes?

O tema da separação dos poderes, ou mesmo o da organização dos Poderes, vem sofrendo, na atual Constituição brasileira, várias reformas; o que, por si só, já demonstra a sua inquietude.

Não pretendendo esconder os problemas brasileiros atuais com citações da História universal, creio que o bom senso recomenda manter a lembrança das linhas gerais de transformação.

É o que farei em seguida, tomando em conta que o poder político foi exercido, de modos diferentes, nas várias civilizações que já se sucederam. Pode-se mesmo afirmar que não há Estado sem poder.

A forte interferência religiosa foi uma marca constante entre os povos antigos⁵²⁰, que preferiam confundir entre o poder político e o religioso. A lei era vista como algo sacralizado, ditada por deuses⁵²¹. Apresentava-se por si própria, sem a necessidade de o homem ir ao seu encontro.

⁵²⁰ As primeiras civilizações, cuja história é possível reconstruir parcialmente, evoluíram a partir de regiões banhadas por grandes rios: na Índia, junto ao Indo; na China, rio Amarelo; na Mesopotâmia, no vale formado pelo Tigre e pelo Eufrates; no Egito, rio Nilo. No caso do Egito, cada cidade tinha seus deuses particulares, e, quando se tornava capital do Império, esses deuses passavam a ser adorados em todo o Egito. No Antigo Império egípcio, adorou-se Rá, deus-sol, e seus descendentes Osíris, deus da morte, com a esposa Ísis e seu filho Hórus. *Os faraós intitulavam-se filhos de Rá.*

⁵²¹ A lenda da imortalidade dos deuses pode ser explicada a partir da mitologia pré-helênica. CRONOS, uma figura enigmática, representou um exemplo de conflito religioso e cultural entre os gregos e os povos que habitavam a península helênica antes deles. Tratava-se de um deus da mitologia pré-helênica vinculado à agricultura. Os gregos conferiram-lhe um caráter sinistro e negativo. Na mitologia grega, era filho de URANO (o céu) e de GAIA ou GÊ (a terra). Provocado pela mãe, e ajudado pelos irmãos, os TITÃS, castrou o pai. Isto teria provocado a separação entre o céu e a terra. Assim, CRONOS tornou-se o primeiro rei dos deuses. Mas havia uma profecia



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



O governo teocrático ora entendia os governantes como representantes dos deuses, ora como os próprios deuses. Os reis eram como deuses encarnados. O direito não era mais do que uma das faces da religião.

Veja-se o caso de Moisés, o libertador dos hebreus⁵²² no Egito, que recebeu os Dez Mandamentos das mãos de Javé. O caso de Hamurabi, do povo babilônico⁵²³, que, cerca de dois mil anos antes de Cristo, haveria recebido o seu Código de Leis.

As leis vinham dos deuses. Esta é a imagem que se extrai do estudo dos povos antigos.

Em sua “*A Cidade Antiga*”, FUSTEL DE COULANGES lembra de que os cretenses⁵²⁴ atribuíam sua legislação a Júpiter, e não a Minos. Os lacedemônios tinham por legislador Apolo, e não Licurgo⁵²⁵. Para os romanos, Numa Pompílio⁵²⁶ escreveu as leis de Roma conforme ditava-lhe a deusa Egéria. Os etruscos⁵²⁷ receberam suas leis de Tages.

conforme a qual um dos seus filhos o destronaria. Por isto, CRONOS devorava todos os filhos que lhe dava a sua mulher, RÉIA, até que ela conseguiu salvar ZEUS, que arrebatou o trono do pai, conseguindo que ele vomitasse os outros filhos, ainda vivos. ZEUS expulsou CRONOS do Olimpo, banindo-o para um lugar de tormento, o Tártaro. Como CRONOS simbolizava o tempo, ZEUS, ao derrotá-lo, conferiu a imortalidade aos deuses. Os romanos assimilaram CRONOS a SATURNO, dizendo que, ao fugir do OLIMPO, ele levava a agricultura para Roma; o que recuperava as suas primitivas funções agrícolas. Esta é a razão das Saturnálias, festas rituais relacionadas à colheita.

⁵²² A história do povo hebreu foi bastante diferente daquela dos outros povos da Antiguidade, pois jamais alcançaram grande projeção política e militar, ou nas artes e nas ciências. Entretanto, ganharam destaque histórico por terem sido o primeiro povo a afirmar a sua fé em um único Deus. As bases da história, da religião, da filosofia, das leis hebraicas estão contidas na Bíblia (da palavra grega bíblia = livros), e, por meio dos relatos bíblicos, em grande parte confirmados pela arqueologia, é que se pode traçar a evolução cultural do povo hebreu.

⁵²³ Foram séculos de lutas para que a Mesopotâmia fosse unificada pelo rei da Babilônia, HAMURÁBI, que fundou um vasto Império impondo-lhe a mesma administração e as mesmas leis. O seu Código de Leis, apontado como o primeiro da História, permitiu erguer a cidade mais próspera da época (Babilônia), a capital.

⁵²⁴ Conhece-se mal a história de Creta, pois sua escrita (minóica) ainda não foi totalmente decifrada. Apenas os relatos dos antigos gregos e as escavações arqueológicas permitem reconstruir parte da história desta notável civilização caracterizada pelas atividades comerciais que se estendiam ao Mar Egeu, à península grega, ao litoral do Mar Negro e ao Egito.

⁵²⁵ “*Todas as tradições da época de LICURGO nos mostram terem existido, entre os espartanos, duas classes e que ambas andavam em luta. A realeza tinha natural tendência para tomar o partido*



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Enfim, o verdadeiro legislador nunca era um homem, pois havia uma crença religiosa na origem divina das leis.⁵²⁸

Os legisladores eram os deuses ou os seus representantes.

Contudo, provavelmente na Grécia, isto começou a mudar⁵²⁹. Embora o fundamento do poder ainda fosse a religião, começa-se a vislumbrar traços de democracia. Exemplo disto:

- a) o Conselho de Anciões, pois os membros deste Conselho opinavam perante o rei para a instituição de normas;
- b) talvez não houvesse, em Atenas, cidadão que não fosse chamado duas vezes na vida a fazer parte do Senado dos Quinhentos;
- c) a idéia de que a democracia exigia o trabalho de um ateniense. Era um governo trabalhoso. O cidadão deveria pertencer ao Estado. A cidadania funcionava como um pesado encargo em um Estado democrático. Na guerra, dava-se o sangue; durante a paz, o tempo. Havia quem entendesse (ARISTÓTELES, por exemplo) que não podia ser cidadão aquele homem que necessitasse de realizar trabalhos pessoais para poder viver.

da classe inferior. LICURGO, não sendo rei, ‘colocou-se à frente dos aristocratas’, forçou o rei a prestar um juramento que reduzia o seu poder, instituiu um senado oligárquico e fez, enfim, com que, empregando a expressão de ARISTÓTELES, a tirania se transformasse em aristocracia.” Extraído de COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de JONAS CAMARGO LEITE e EDUARDO FONSECA. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint – Ediouro. 1991, p. 232.

⁵²⁶ Pela lenda, conhece-se os nomes de sete reis, embora devam ter reinado muitos outros. Dos sete, os quatro primeiros foram itálicos, entre eles NUMA POMPILO, que fixou normas religiosas, e haveria sucedido a Rômulo; e os três últimos foram etruscos.

⁵²⁷ Aos sacerdotes etruscos cabia interpretar a vontade dos deuses, examinando os fenômenos da natureza e o vôo dos pássaros, além das entranhas dos animais. Talvez, a contribuição mais importante deste povo haja sido a influência por ele exercida sobre a religião e a arte de Roma.

⁵²⁸ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo. Hemus, 1975. Cap. XI – A lei, p. 152.

⁵²⁹ Boa parte da filosofia ocidental foi influenciada pelos atenienses SÓCRATES e PLATÃO e por ARISTÓTELES, nascido em Estagira, pequena colônia de Atenas, no Mar Egeu, que investigaram o mundo interior do homem.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Evidentemente que ainda havia a escravatura e uma nítida separação entre os cidadãos e os estrangeiros. E, mesmo para os cidadãos, não existia vida privada ou um sistema de garantias frente ao Governo. Assim, os tribunais não iam além de conhecer litígios entre particulares; nem tampouco havia como distinguir entre a atividade legislativa e a executiva.

Também em Roma⁵³⁰, ainda durante a realeza e o poder absoluto nas mãos do monarca, não se deve descurar da existência do Senado ou Conselho de Anciões, além de uma Assembléia patrícia (comício de cúrias), de onde saíam importantes decisões políticas; entre elas, a de legislar.

Durante a República romana, houve o apogeu do Senado, composto pela aristocracia mediante o instituto do voto censitário. Nesta época, o Senado, além de deter a competência para impedir mudanças legislativas, tinha a atribuição de aprovar proposições provenientes das autoridades executivas.

No Império romano⁵³¹, os príncipes eram absolutos, estando amesquinhado o Senado à condição de simples órgão de consulta. Aqui, novamente, a hipertrofia do poder trouxe de volta a idéia de que entre o poder político e o divino praticamente não existia distinção.

Durante o período medieval, estando esvaziado o poder imperial, adveio o regime do feudalismo, com o enfraquecimento do comércio e com os regimes da vassalagem (um pacto onde os vassalos, pequenos proprietários de terras, em busca de receber proteção do senhor feudal, colocavam-se à disposição para as guerras) e do benefício (onde os chefes de família não proprietários de terras recebiam uma porção das mesmas para o cultivo, podendo a paga ir até à prerrogativa de vida e de morte por iniciativa do senhor feudal).

⁵³⁰ O panteão greco-romano compreendia doze deuses, que protegiam diretamente o Estado e eram, portanto, homenageados nos templos e nas cerimônias públicas. Os de origem nitidamente latina, também protetores do Estado, eram SATURNO e JANO. SATURNO, uma das mais antigas divindades, era defensor do tesouro da cidade, deus do trabalho agrícola, da abundância, da prosperidade.

⁵³¹ JESUS CRISTO. Segundo as narrativas dos Evangelhos, no Novo Testamento, nasceu em Belém durante o reinado de AUGUSTO, na Galiléia (região Palestina), o homem que pelo exemplo e ensinamentos exerceu uma das mais importantes influências sobre a história e a religião. AUGUSTO. O primeiro dos Césares, fundador do Império romano, concentrou todo o poder em suas mãos.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



É a existência de um poder distribuído por vários senhores feudais, que construíam uma ordem jurídica própria no feudo.

Algumas características deste período: enfraquecimento de uma autoridade central; o fortalecimento da Igreja, pretendendo submeter, mesmo nas questões temporais, os Monarcas ao Papa; a existência de corporações de ofício, que, mediante os costumes, ditavam normas para os seus membros.

É o quase esquecimento da idéia de um Estado. Baseia-se este modo de vida no instituto das castas e dos estamentos. O inferior não pode pretender a elevação social, tal como o Satan e Adão não podiam se elevar à condição de Deus.

A inalterabilidade dos *estamentos* aparecia como se fosse uma ordem divina.

A teoria feudal é baseada no domínio da terra, havendo uma comunicação direta do rei apenas com os grandes senhores, enquanto os outros necessitavam da intervenção dos seus senhores imediatos.

Contudo, este regime fragmentário começou a dar sinais de exaustão, sobretudo diante do enfraquecimento da economia rural e do desenvolvimento do comércio.

Em busca de poder político, a burguesia aliou-se com o rei ou com o senhor feudal mais poderoso, financiando-o. Assim, surgiu o broto do absolutismo monárquico, mediante este somatório.

O Estado Nacional⁵³² dá os seus sinais de nascimento, evitando, inclusive, a submissão ao Papa.

⁵³² Com o apoio da burguesia, os reis, partindo de seus próprios domínios territoriais, puderam, pouco a pouco, constituir um Estado unitário, caracterizado, em grande proporção, pela comunhão de origem e língua de seus habitantes. Para poder constituir os Estados nacionais, os soberanos confiaram inicialmente a elementos da classe burguesa a administração do reino, antes um encargo dos senhores feudais. Esses funcionários foram pagos pelo Estado para administrar a justiça e controlar a atuação de autoridades locais. Tendo quase todos eles realizado estudos jurídicos, buscaram reviver o direito romano, que reconhecia ao Estado plenos poderes, contribuindo, desse modo, para reforçar a autoridade do rei e diminuir, cada vez mais, a influência dos senhores feudais. Durante o século XV e no início do século XVI, vencido o poderio dos senhores feudais, foram surgindo os Estados Modernos, através do fortalecimento da autoridade monárquica, da definição de fronteiras nacionais e da unidade lingüística e cultural de cada povo. Há registros históricos de



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Com o Estado Nacional absolutista, advém a unificação do território do Estado, esfacelando o antigo poder da aristocracia rural. É o único centro de poder (monarca) que detém competências para dizer as leis, aplicá-las e decidir sobre os conflitos de interesses entre os particulares.

A descentralização feudal foi substituída por Estados dinásticos, cujos monarcas centralizaram o poder, servindo à formação de monarquias nacionais durante os séculos XIV e XV.

Nestas condições, estando o poder completamente centralizado, não se pode falar em impugnação dos atos do Estado, pois não havia limites ou restrições ao poder estatal.

De algum modo, este é o mote posto em discussão pelo liberalismo clássico.

Pretendia-se limitar o poder absoluto. Para isto, surgiram, como principais iniciativas, a tese da supremacia da Constituição e da separação dos poderes, procurando garantir a liberdade individual.

Era preciso dividir o poder para haver espaço para a liberdade. O objetivo ideológico da teoria da separação dos poderes é a liberdade. Uma espécie de disputa do liberalismo contra o absolutismo.

Desmontava-se o Leviatan⁵³³.

que o Reino de Portugal foi o primeiro Estado Moderno da Europa, com fronteiras já delimitadas em 1383, com o advento da dinastia de Avis. A revolução que colocou no trono JOÃO I, de Avis, viu-se livre da nobreza feudal portuguesa, e, depois da batalha de Aljubarrota (1385), firmou sua independência com relação às pretensões territoriais de Castela. Quanto à Alemanha e à Itália, a rigor, irão surgir somente no século XIX, pois, até essa época, os nomes da Alemanha e da Itália referiam-se a regiões geográficas. Nesses territórios, desenvolveram-se vários pequenos Estados, sem que nenhum conseguisse impor-se, resultando um equilíbrio de forças que impediu a formação do Estado alemão ou do italiano. Contudo, em cada um desses pequenos reinos ou principados, a evolução do conceito de Estado processou-se como nos demais países que se formaram na Europa.

⁵³³ THOMAS HOBBS, na obra *Leviatan*, considerava que os homens, através de um pacto voluntário, transferiram ao Estado os seus direitos. Esse pacto foi realizado porque, no estado natural em que viviam os homens, reinavam a guerra e a anarquia. O monarca era a autoridade absoluta do Estado, com obrigação de garantir a paz e a segurança. O monarca pode governar despoticamente, não por ter sido escolhido por Deus, mas porque os homens lhe outorgaram poderes absolutos.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Evidentemente que as transformações não ocorreram de um momento para o outro. Para constatar o processo, bastaria lembrar da obra de MARSÍLIO DE PÁDUA⁵³⁴, ou mesmo de ARISTÓTELES, onde se encontra idéias como: a) é injusto e perigoso enfeixar para uma só pessoa todo o exercício do poder; b) há uma impossibilidade prática de um só homem prever tudo.

Neste sentido, visite-se BOBBIO, quando demonstra a antiga distinção entre o poder principal e o derivado: “(...) enquanto a causa prima do Estado é o legislador, o governante é a causa secundária, ou, segundo outras expressões mais cheias, ‘é a causa instrumental e executiva’, no sentido de que quem governa age pela ‘autoridade que lhe foi outorgada para tal fim pelo legislador e segundo a forma que este lhe indicar’. Esta teoria, assim já tão bem elaborada por Marsílio, segundo o qual, dos dois poderes fundamentais do Estado – o legislador e o executivo -, o primeiro enquanto pertença exclusiva do povo é o poder principal, enquanto que o segundo, que o povo delega a outros sob forma de mandato revogável, é poder derivado, e um dos pontos cardeais das teorias políticas dos escritores dos séculos XVII e XVIII”.⁵³⁵

Em suma, LOCKE e MONTESQUIEU⁵³⁶ formaram os seus pensamentos tomando em conta a história e algum pensamento antecedente.

Era preciso distribuir o poder entre diferentes detentores, e a técnica da representação foi um instrumento para isto. Evidentemente que o enfrentamento com a burocracia do aparato administrativo é uma tarefa muitas vezes sem êxito.

⁵³⁴ Vide MARSILIUS DE PADUA: do Defensor Pacis, 1324. www.fordham.edu/halsall/source/marsiglio4.html.

⁵³⁵ Dicionário de Política. 2ª ed., Tradutor João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1986, ps. 321-322.

⁵³⁶ O inglês LOCKE, na obra “Ensaio sobre o Governo Civil”, justifica o regime estabelecido a partir da Revolução Gloriosa (1688), que se tornou modelo para outros autores. Considera que o homem possui direitos naturais, como direito à vida, à propriedade, à liberdade. O governo nasce de um contrato social entre os homens, que cedem seus direitos ao governante, provisoriamente. Portanto, o monarca é um executor da vontade da sociedade, não podendo ferir os direitos naturais. O francês MONTESQUIEU, nascido em 1689, na obra “O Espírito das Leis”, analisa todas as formas de governo, elogia o sistema inglês e propõe três poderes. Afirma que as condições naturais de um país, como o clima e a extensão, influenciam o tipo de governo; para a França, o melhor sistema era a monarquia constitucional.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Neste diapasão, a independência dos tribunais pode vir a ser uma noção de reforço contra o absolutismo, a depender das circunstâncias do povo, do tempo vivido e do amadurecimento do regime político democrático.

No entanto, costuma-se apontar como marcos históricos do liberalismo clássico: a) a Revolução gloriosa, de 1689⁵³⁷; b) a independência das treze colônias americanas, a partir de 1776⁵³⁸; c) a Revolução Francesa⁵³⁹, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

⁵³⁷ CROMWELL, chefe da Revolta na Inglaterra de 1642, tornou-se Lord Protector, e impôs um governo ditatorial, confiscou bens, proibiu o culto católico e dissolveu o Parlamento. A monarquia foi abolida e foi adotada a forma de governo republicano (Commonwealth). Foi mantida a Câmara dos Comuns, sem poderes para legislar; o Poder Executivo era exercido por um Conselho de Estado, do qual CROMWELL fazia parte. Após a morte de CROMWELL, foi restabelecida a monarquia, sob a promessa de que o rei CARLOS II respeitaria o Parlamento. Entretanto, CARLOS II e JAIME II manobram a fim de estabelecer uma monarquia absolutista. Em 1688, irrompeu a “Revolução Gloriosa”, que derrubou o absolutismo e instituiu um governo monárquico constitucional.

⁵³⁸ Pela Lei do Selo (1765), a Inglaterra estabeleceu que os colonos ficavam obrigados a usar papel selado para todos os atos jurídicos. Os colonos reagiram aos impostos, taxando-os de ilegais. Baseavam-se na lei inglesa de que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos sem os ter votado; como não tinham representantes no Parlamento inglês, julgavam-se desobrigados de pagar os tributos. Em 04.07.1776, foi proclamada a Independência das colônias americanas: os Estados Unidos da América do Norte. A Convenção Constituinte reunida em Filadélfia (1787) elaborou a Constituição. Foi instituído um governo republicano presidencialista com três poderes independentes – Executivo, Legislativo e Judiciário. A Independência americana influenciou a Revolução Francesa e os movimentos de Independência no Brasil e na América espanhola. Vale observar, também, que as concepções políticas dos Iluministas se difundiram na Europa e na América, contribuindo para os movimentos revolucionários na França e na América – Revolução Francesa e Independência dos países americanos. Entre outras idéias, os filósofos da Ilustração defendiam a razão como único guia da sabedoria.

⁵³⁹ A sociedade francesa estava estruturada nos moldes da Idade Média, dividida em ordens ou Estados, de acordo com o nascimento. O Primeiro Estado (clero) e o Segundo Estado (nobreza) eram detentores de todos os privilégios: isenção de impostos, direito de receber certos impostos, privilégios honoríficos etc. O Terceiro Estado era a maioria da nação: 98% da população. Estava dividido de acordo com as atividades e a renda. O chamado Antigo Regime era criticado pelos filósofos iluministas que pregavam a igualdade perante a lei, o fim do absolutismo e a liberdade para o comércio e a indústria. Os regimes instituídos, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América do Norte, passavam, cada vez mais, a ter inúmeros defensores na França pré-revolucionária. De fato, a situação da França se agravou com a crise financeira, originada pela má cobrança de impostos, desorganização administrativa, guerras dispendiosas, luxo e esbanjamento da



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Sobre a Revolução de 1689, LOCKE apontava a necessidade do surgimento do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Federativo; este último a quem competia declarar guerra, paz e outros assuntos externos.⁵⁴⁰ Nesta estrutura, o poder superior seria o Legislativo, com caráter subordinante, salvo em relação ao povo, onde residiria o poder supremo e de onde o Legislativo precisava extrair a necessária confiança.

Este raciocínio marcou influência em MONTESQUIEU, que, no *Espírito das Leis*, de 1748, concluiu pela inconveniência de concentrar demasiados poderes em um único centro, pois a consequência seria inevitável: o abuso.

Para consagrar esta teoria, era preciso uma Lei Constitucional rígida, que não pudesse ser alterada tal qual a legislatura ordinária. O art. 178, da Constituição brasileira de 1824 caminhou neste sentido, como foi anteriormente demonstrado, destacando matérias que entendia hierarquicamente superiores (Poderes políticos, direitos políticos e individuais dos cidadãos).

É bem verdade que MONTESQUIEU já chegou a ser ironizado, afirmando-se que, quando visitou a Inglaterra (1729-1731), haveria interpretado mal a ordem constitucional britânica então existente, ressaltando uma separação entre o legislativo e o executivo, que, virtualmente, já havia desaparecido desde GUILHERME III e ANA, e praticamente desde a subida ao trono da Casa HANNOVER.

Côrte. Péssimas colheitas e invernos rigorosos ocasionavam a miséria nos campos e nas cidades. Sobre este importante movimento histórico, a Revolução Francesa, não é possível deixar de registrar o período do Terror. Sob a liderança de ROBESPIERRE, os jacobinos votaram a condenação do Rei, guilhotinado em janeiro de 1793. No chamado período do Terror, foi editada a “Lei dos Suspeitos”, que permitia a prisão e o julgamento sumário de qualquer opositor, foi decretada a abolição completa de todos os direitos feudais sem indenização, aboliu-se a escravidão nas colônias, determinou-se a requisição de gêneros alimentícios e o tabelamento de preços máximos, etc. Também ROBESPIERRE foi preso e condenado à morte com cerca de vinte partidários. É o conhecido 9 do Termidor, segundo o calendário republicano. Aos 18 do Brumário, foi dado um golpe de Estado. Suprimiu-se o Diretório (cinco membros do Executivo, que funcionava perante o Conselho dos Quinhentos e o Conselho dos Anciãos) e o poder executivo foi atribuído a três Cônsules, entre eles NAPOLEÃO, que, cinco anos depois, tornou-se Imperador dos franceses (1804), instituindo um governo absolutista, que foi deposto, em 1815, pela união da Inglaterra com algumas potências também absolutistas (Áustria, Prússia e Rússia).

⁵⁴⁰ LOCKE. Segundo tratado sobre o governo civil. São Paulo. Abril Cultural, 1973.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Interpretando mal, ou não, o fato é que a sua teoria foi um marco na história do direito e da ciência política. A proposta da quebra do poder absoluto, seccionando o Leviatan, deu passos favoráveis à liberdade; e não precisa ser estanque.

O instituto do “*check and balances*” é uma comprovação de que esta teoria não precisa ser estanque, calcada em esquemas mentais rígidos e fechados à evolução. A idéia do controle recíproco é um aperfeiçoamento da teoria original.

Naturalmente, contudo, contra a retirada de espaços do absolutismo, é natural que o mesmo reaja. A Constituição francesa de 1814 parece ser um exemplo de reação absolutista. Nela, esteve presente o chamado poder moderador, uma espécie de super-poder acima dos demais.

A Constituição brasileira de 1824 caiu nesta tentativa, consagrando-o (arts. 98-101).

Enfim, a história produz avanços e retrocessos.

Mas não bastava assegurar a liberdade, ou a igualdade formal, omitindo-se o Estado das outras exigências sociais (constitucionalismo liberal).

Sob este sentimento, começou a surgir o Estado social e democrático.

Ora, se a humanidade consegue um desenvolvimento técnico (invenção a vapor, eletricidade, motor de explosão, energia atômica, genoma) porque não seria possível defender o desenvolvimento humanitário, atribuindo ao direito uma missão maior do que apenas defender uma liberdade trôpega de pessoas famintas e doentes.

Sucederam-se os movimentos socialistas⁵⁴¹, pois não bastava ao ser humano ser livre, se não tinha como usufruir desta liberdade. Era preciso assegurar uma existência digna para os trabalhadores.

Neste prisma, passaram a ser temas constitucionais a ordem econômica, a previdência social, a educação, a saúde; todos eles complementos lógicos da liberdade.

⁵⁴¹ Manifesto Comunista e a Comuna de Paris, em 1848 e 1871. Doutrina social da Igreja Católica – Encíclica “*Rerum Novarum*”, de 15.05.1891, do Papa Leão XIII.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



A necessidade de reativar na prática estes sentimentos foi aguçada com as duas Grandes Guerras Mundiais⁵⁴², que forçou a chamada segunda geração dos direitos (direitos sociais).

Vieram a terceira (direitos difusos e coletivos) e a quarta gerações (proteção do patrimônio genético); mas ainda são conclamações teóricas; sobretudo no chamado terceiro mundo⁵⁴³, que desconhece a globalização prática das conquistas da humanidade.

A busca por este bem estar geral vem sendo uma guerra perdida, quando se constata, como realidade, a existência de lideranças políticas que mais não se preocupam senão com um objetivo principal: a manutenção do seu poder político.

⁵⁴² Entre as causas econômicas da I Grande Guerra (1914-1918) incluem-se as rivalidades entre as grandes potências (França, Inglaterra, Alemanha) na conquista da hegemonia econômica e a disputa por territórios coloniais. Entre as causas políticas, incluem-se o nacionalismo e a “Política de Alianças”. Sobre a II Grande Guerra, destaque-se que, após a morte do Presidente HINDENBURGO, em 1934, HITLER foi aclamado o “guia”, o “chefe” (Führer), e passou a governar com poderes absolutos. Toda a oposição ao nazismo foi eliminada mediante deportações em campos de concentração e condenações à morte. Os judeus foram perseguidos, e centenas de milhares foram concentrados em “guetos”. HITLER iniciou a expansão com vistas à conquista de territórios onde viviam minorias alemãs. Este fato veio a precipitar a Segunda Guerra Mundial. Cabe lembrar de que HITLER participou da Primeira Guerra Mundial, e, após a derrota da Alemanha, colocou-se contra o marxismo, os movimentos operários e os judeus. Entre as idéias defendidas pelos nazistas, incluíam-se a eliminação do Tratado de Versalhes (devolução de territórios pela Alemanha e pagamento de elevadíssima soma como indenização de guerra), da cidadania aos judeus, da República de Weimar, das dívidas de guerra e o combate aos movimentos operários e marxistas. Foi em 1919 que HITLER ingressou no Partido Nacional Socialista, ao lado de oficiais do Exército como GOERING, RUDOLF HESS, os jornalistas GOEBBELS, GREGOR e OTTO STRASSER. Costuma-se apontar entre os motivos para a Segunda Guerra Mundial: a expansão dos países totalitários, como o Japão, a Itália e a Alemanha; o enfraquecimento dos países democráticos, como a França e a Inglaterra, que não puderam se opor às agressões internacionais, e a fragilidade da Sociedade das Nações, que não conseguiu coordenar o esforço de paz entre os países. Em 1º de setembro de 1939, HITLER ordenou a ocupação de Dantzig. Inglaterra e França declararam guerra à Alemanha, iniciando-se a Segunda Guerra Mundial. Na Conferência de Potsdam, decidiu-se que Berlim seria dividido em duas zonas: a Oriental, sob o domínio da União Soviética e a Ocidental, sob o domínio dos Estados Unidos da América do Norte, França e Grã-Bretanha. Do ponto de vista econômica, a II Grande Guerra determinou a hegemonia dos Estados Unidos da América do Norte, no Ocidente, e a da União Soviética em grande parte da Europa Oriental e parte da Ásia. Durante a Conferência de São Francisco, em 1945, foi instituída a “Organização das Nações Unidas – ONU”, pretendendo unir os países na luta pela paz mundial. Novos movimentos de independência política, sobretudo na África, procederam-se a partir dos anos 50. Atualmente, as gritantes desigualdades constituem um grave desafio a ser superado pela espécie humana.

⁵⁴³ Trata-se de um jargão diplomático que dividia o mundo em quatro blocos: 1. as nações industrializadas do sistema capitalista; 2. os antigos países comunistas; 3. as nações emergentes ou em desenvolvimento e 4. os países desesperadamente pobres.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



A bondade e o desejo de cooperação parecem ainda distantes de predominar na natureza humana.

Enquanto pensadas a atividade de legislar e a execução das leis como simples técnicas de confronto entre lideranças políticas pouco se poderá progredir.

Pior do que isto. A idéia de que o poder precisa encontrar-se, no atual estágio histórico, com um grupo reduzido, e que isto seria o ideal em termos de eficácia e capacidade de ação, em detrimento das assembleias com muitos componentes, que seriam lentas e incapazes de agir, pode provocar a armadilha de uma *nova fisionomia de absolutismo*.⁵⁴⁴

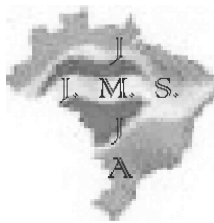
Embora reconhecendo que as decisões das assembleias costumam diluir a responsabilidade daqueles que as tomam, não me parece que a desconsideração ou desmerecimento contribua para a composição de um caminho alternativo melhor, ainda mais em um mundo controlado pelos conglomerados econômicos transnacionais, cuja força de barganha não torna imune o pequeno grupo detentor do poder.

É um desafio: legislar com agilidade sem desprezar o método democrático. As rápidas mudanças do mundo globalizado não justificam o desprezo pela democracia.

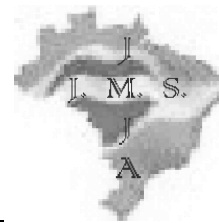
Não desconhecendo a presença freqüente do Poder Executivo na seara legislativa⁵⁴⁵, e não apenas nas situações de crise ou de absoluta excepcionalidade - que

⁵⁴⁴ Na pessimista perspectiva do fracasso da democracia, e da necessidade de reinserir a religião na vida pública, integrando *religião, política e sociedade*, vêm reaparecendo os *movimentos fundamentalistas*. Porém, não me refiro, aqui, apenas ao *fundamentalismo* cristão ou muçulmano, mas também àquele proposto por uma visão utilitária contra os imigrantes (*economia, política e sociedade*), que, para alguns Países, tornaram-se um problema estrutural. É o fundamentalismo aplicado contra este novo tipo de êxodo, o realizado, em escala planetária, entre Países pobres (plebe) e ricos (nova aristocracia). Matéria precupante, pois termina por estabelecer vários graus de cidadania. Uma classificação vulnerável a abusos xenófobos. Por outro lado, há o desafio de um imigrante conquistar todos os direitos sem que para isto tenha de perder a sua identidade cultural. É a difícil arte da convivência entre os diferentes; ou melhor, a utopia da integração cultural não baseada em critérios econômicos.

⁵⁴⁵ Além da lei delegada e da medida provisória presidencial, tem-se: o pedido de urgência para projetos de lei enviados pelo Poder Executivo, o reenvio, a convocação extraordinária do Poder



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



poderiam ser resolvidas mediante os regulamentos existentes para os estados de defesa e de sítio (Brasil), mas também atingindo a execução de programas de governo, é indevido deixar uma expansividade ilimitada para qualquer um dos Poderes, independentemente de serem três ou mais.

O equilíbrio democrático atual depende da resolução deste problema. Para alguns, poderia bastar a intervenção do Poder Legislativo suplementar e posteriormente, e a adoção do controle judicial nas hipóteses de superlativo excesso jurídico.

Ocorre que a democracia não se limita ao sufrágio eleitoral, podendo ser estendida ao exercício do poder (*democracia participativa*)⁵⁴⁶.

Eis o caso bem sucedido, em alguns Estados do Brasil, do denominado “*orçamento participativo*”, onde lideranças locais ou comunitárias apontam as primeiras necessidades que precisam ser atendidas em uma certa região. Mas participação popular exige informação, e boa informação.

Mesmo reconhecendo esta dificuldade, sublinho que o poder concentrado já deu lições de horrores no passado. Esperar um absolutismo, ou um *déspota esclarecido* parece-me um *non sense*. O exercício do poder não santifica ninguém.

Enfim, o homem já buscou um direito ditado pelos deuses, fracionou o poder no feudalismo, concentrou-o no absolutismo, destacou a liberdade à revelia dos demais direitos, foi em busca de quatro gerações jurídicas (direitos sociais, difusos e coletivos, proteção do patrimônio genético); e, agora, depara-se com um mundo globalizado, que mantém a soberania estatal enfraquecida, e precisa não encontrar na democracia o bode expiatório da difícil missão de melhorar o seu futuro.

Legislativo, a iniciativa privativa; e, até mesmo, em alguns países, o decurso de prazo e o decreto lei que sequer é encaminhado à Assembléia.

⁵⁴⁶ PLATÃO, na sua *Apologia de Sócrates* (obra citada, p. 72), atribui a SÓCRATES o pensamento de que *quem combate verdadeiramente pelo que é justo, se quer ser salvo por algum tempo, deve viver a vida privada, e nunca meter-se nos negócios públicos*. O próprio PLATÃO atribuía a morte de SÓCRATES à “teatrocracia”, que seria alimentada pela democracia. Pessoalmente, entendo que não se deve atribuir à democracia os riscos do fanatismo. Nem tampouco identificar democracia com demagogia.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Neste quadro de profundas desigualdades sociais no mundo, mantém-se em estreita interdependência fatores econômicos e não econômicos, sobre eles devendo preponderar a preocupação com o fator humano.

Um esforço global para reduzir a miséria que, de algum modo imaginado nos anos cinqüenta, precisa ser novamente despertado. Evitar a explosão demográfica, despesas militares de dominação, dívidas externas escaldantes são apenas alguns dos fatores de combate.

Se o homem um dia pensou em dividir o poder para conquistar a liberdade; agora, precisa reorientá-lo senão em busca da igualdade, ao menos, para conferir condições dignas de subsistência.

É necessário aliar a liberdade a condições de vida com dignidade. Liberdade e dignidade, provavelmente, não estejam nas construções teóricas externas; mas no desenvolvimento interior do ser humano.

É preciso crescer espiritualmente. Adotar por principal escopo o aperfeiçoamento individual, mas respeitando a opinião alheia, e mantendo a consciência independente e avessa à corrupção e ao despotismo. Este é o verdadeiro desafio.

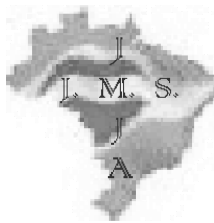
Superar a lei como limite do poder, e enxergá-la também como o impulso da atuação administrativa é algo que, na realidade brasileira e possivelmente mundial, ainda é uma ilusão.

O *poder* costuma, de fato, ser exercido com, sem ou contra o direito. Para ele, o direito parece um entrave; ainda mais ao poder concentrado e com tendências absolutistas.

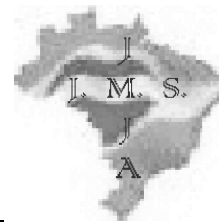
Digo isto para concluir que, se não é possível melhorar um quadro que já se encontra patológico, ao menos que a solução alternativa não sirva para piorá-lo ainda mais.⁵⁴⁷

De fato, a Constituição brasileira, de outubro de 1988, além de possibilitar a inclusão, nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, de instrumentos de

⁵⁴⁷ Sobre o presidencialismo, o parlamentarismo e os sistemas mistos remeto o leitor para o Capítulo onde estudo o direito comparado. Nele, volto as minhas atenções para a investidura de confiança, o voto de censura, as eleições extraordinárias parlamentares, as coligações partidárias etc.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



participação popular nas administrações destes entes, preocupou-se por consagrar mecanismos de democracia direta vinculados aos três Poderes.

Veja-se:

1. vinculados ao Poder Legislativo:

- a) consulta prévia para a elaboração de Projeto de lei;
- b) audiências públicas realizadas pelas Casas Legislativas;
- c) iniciativa popular legislativa;
- d) plebiscito e referendo⁵⁴⁸;
- e) representação aos Tribunais de Contas.

2. vinculados ao Poder Executivo:

- a) conselhos, tais como os Conselhos Setoriais de Saúde, Criança e Adolescente, Assistência Social, Mulher, etc.;
- b) audiências públicas com órgãos da administração direta;
- c) direito de petição;
- d) ouvidoria.

3. vinculados ao Poder Judiciário e às Funções Essenciais à Justiça:

⁵⁴⁸ A Constituição brasileira de 1937, também chamada de *Constituição-fantasma* pelos adversários, foi a segunda outorgada, abrindo largo espaço para as práticas plebiscitárias. No início da sua vigência, a partir de 10.11.1937, reinava o preocupante comentário de que nada seria mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumpri-la, ou de apenas cumprir os preceitos que fossem da conveniência do poder estabelecido. Por nove vezes, o plebiscito foi referido (arts. 5º, Parágrafo Único; 63 e Parágrafo Único; 174, § 4º; 175; 178 e 187). As três Constituições anteriores não mencionavam o plebiscito. A Constituição de 1946 permitiu a sua realização para restabelecer o sistema presidencialista de governo, revogando a Emenda Constitucional nº 04, de 02.09.1961. A Constituição de 1967 o menciona apenas em relação à *consulta prévia às populações*, a ser disciplinada por Lei Complementar, para a criação de Municípios. O principal autor da Constituição de 1937, FRANCISCO CAMPOS, parece que entendia não haver distinção conceitual entre o *plebiscito* e o *referendo*; por isto, utilizou, unicamente, o termo *plebiscito* para a consulta popular quer sobre um ato prévio de órgão estatal – o próprio Texto Constitucional de 10 de novembro –, quer sobre um evento posterior, tal como a subdivisão ou desmembramento de Estados.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



- a) ação popular;
- b) representação ao Ministério Público;
- c) ação civil pública;
- d) mandado de injunção;
- e) mandado de segurança coletivo;
- f) ação de inconstitucionalidade por omissão.

Acrescento, ainda, que a Câmara dos Deputados aprovou a Resolução nº 21, de 30 de maio de 2.001, que cria a “*Comissão Permanente de Legislação Participativa*”; o que pode

implicar em um importante espaço aberto para que a sociedade traga as suas contribuições para o processo legislativo.

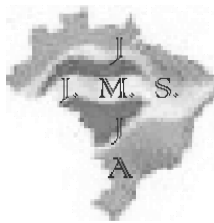
Pretende-se, com isto, superar a complexidade e a morosidade dos trâmites legislativos. Afinal, do modo como vinham sendo encarados os projetos de iniciativa popular, a frustração era a vala comum; pois eles não prosperavam⁵⁴⁹.

Em suma, a Comissão⁵⁵⁰ pretende apresentar-se como um instrumento pedagógico de educação política e de fortalecimento da democracia representativa, demonstrando não temer a divisão de poder com o povo, construindo a Democracia e a Cidadania com os pilares da democracia representativa e da participativa, somando-as.

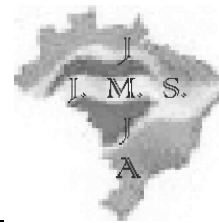
Isto não significa dizer que não se reconheça que o estágio de consciência e de organização política da maioria da população sejam ainda insuficientes; o que, ao invés de enfraquecer a Comissão que surge, antes poderá fortalecê-la, funcionando como uma maneira de institucionalizar a conquista de um espaço de participação, garantindo a

⁵⁴⁹ A Proposta de Emenda Constitucional nº 02, de 2 de março de 1999, da autoria da Deputada LUÍZA ERUNDINA (Partido Socialista Brasileiro – São Paulo), veicula a diminuição das exigências dos procedimentos para a apresentação de projetos de lei de iniciativa popular; mas, até setembro de 2.001, ainda não foi constituída Comissão Especial para apreciar o assunto.

⁵⁵⁰ Aos 10.10.2001, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE encaminhou à Comissão de Legislação Participativa um anteprojeto de lei sobre a informatização do processo judicial, que, se aprovado pela Comissão, passará a constituir Projeto de Lei da sua autoria. Este Anteprojeto pretende reduzir o tempo de tramitação de um processo, sobretudo diminuindo o longo período em que ele permanece em Cartório. Com isto, além da economia de tempo, haverá uma minimização dos custos. O rastreamento das eventuais fraudes, provavelmente, também será facilitado pelo sistema de informática. É o que, no Brasil, vem-se chamando de o “*fim da era dos carimbos*”.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



efetividade de mecanismos que, via de regra, por ausência de regulamentação, freqüentemente esvaziam-se.

Neste sentido, a democracia participativa funciona como uma alternativa não excludente das medidas provisórias.

No caso do direito financeiro, o orçamento participativo assume um papel de destaque.

Mas, infelizmente, ao lado desta experiência, o mundo da globalização econômica vem se deparando com o reaparecimento de ligações perigosas entre a religião e a vida pública, ou mesmo entre a economia e a xenofobia. Um sentimento de que aquilo que é diferente não deve ser aceito, ou mesmo deve ser eliminado.

É o que o Ocidente vem chamando de Fundamentalismo estatal.

Encontro duas perspectivas básicas para este tipo de Estado:

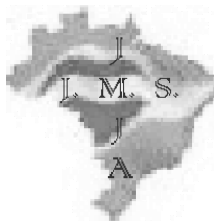
- a) Estado fundamentalista religioso;
- b) Estado fundamentalista econômico.

Começo com o Estado fundamentalista religioso. Via de regra, trata-se de uma expressão pejorativa. Mas é preciso, ao menos, esforçar-se para entender este modo especial de ver o mundo.

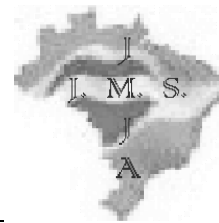
Nele, compreende-se que os ideais espirituais de um determinado grupo de pessoas merecem respaldo em suas aspirações políticas. Um governo de Deus, “*God*” ou Alá.

Este ponto de vista, nas situações atuais, onde uma grande quantidade de pessoas pretendem espalhar-se pelo mundo economicamente mais desenvolvido, mantendo a sua identidade cultural, termina por provocar rejeições de parte à parte, gerando crises políticas e respostas terroristas desesperadas, e extremamente violentas.

Na crença firme de uma determinada verdade, que seria completa e sem concessões, reduções ou reinterpretações, defende-se que uma certa doutrina religiosa estaria apta para produzir o apogeo da humanidade.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



O apego à *idéia da verdade* forneceria o anteparo ético para a reclamação de uma autoridade suprema, onde a violência poderia ser utilizada como um modo de ação política.

Religião, política e sociedade seriam uma espécie de *santíssima trindade*, conformando um todo unitário absoluto contra o qual ninguém poderia se opor sem que para isto estivesse profanando a *verdade*.

Esta *verdade suprema* funcionaria como um antídoto salvador de uma sociedade corrompida por costumes desviados de determinados caminhos religiosos.

Assim, a religião deixaria um papel secundário e passaria ao de protagonista, transformando o ideal religioso no verdadeiro ideal político. Com isto, a pluralidade de caminhos funcionaria como um perigoso detonador da necessária identidade religiosa.

De fato, a religião, abandonando a característica de um assunto privado, e retomando a militância e o interesse público, possui antecedentes históricos recentes que não devem ser ignorados⁵⁵¹:

- a) a Revolução islâmica no Iran;
- b) o fundamentalismo hindu das últimas duas décadas, baseado nos ensinamentos do Deus Rama, com o objetivo de fazer renascer o *Estado sagrado de Bharat*;
- c) o papel da Igreja Católica na Revolução Sandinista e em alguns conflitos na América Latina;
- d) o fundamentalismo protestante como uma importante força política nos Estados Unidos da América do Norte⁵⁵²;

⁵⁵¹ A volta aos textos sagrados, escritos que se afirmam derivados de Deus ou dos Deuses (a Bíblia – Antigo e Novo Testamento, a Tora judaica – Pentateuco de Moisés e o Corão islâmico), constituiria a base para definir uma vida correta, e o que é mais apropriado, nas circunstâncias, para disciplinar a maneira com que a sociedade e o Estado deveriam ser organizados. Uma espécie de retorno aos *fundamentos* para um Estado perfeito no mundo atual. Infelizmente, acusações recíprocas de fanatismo e extremismo vêm marcando esta redescoberta. Em muitos Países do denominado *terceiro mundo*, provavelmente, o *fundamentalismo* apresenta-se como uma reação em face dos fracassos do Estado secular, que, além de não conseguir resolver os problemas econômicos e sociais, alia-se à corrupção e se depara com uma urbanização desorganizada, com o desemprego e com uma sensação de dominação estrangeira predatória.

⁵⁵² De fato, os fundadores do Estado norte-americano, a partir dos primeiros debates, pretenderam assegurar os direitos fundamentais, ao menos internamente, fazendo uma separação rígida entre a religião e o Estado, com o propósito de assegurar a democracia liberal. Portanto, a opção pela



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



etc.

Movimentos como tais podem, de um lado, provocar uma redução da violência entre as populações mais pobres, diminuindo a degradação moral e a familiar; mas, por outro, acaso o fanatismo conquiste o seu espaço real e simbólico, pode também provocar reações violentas de insatisfação contra um mundo de matiz excludente.

Esta retomada de um Estado que declara o fracasso da laicização, embora assuma um relevo todo especial entre as comunidades mais pobres, não impede a existência de uma espécie de alto clero, entre as camadas sociais mais favorecidas economicamente.

E, dentro deste movimento religioso, atacado pelo sentimento de que os males humanos são conseqüências do abandono do *verdadeiro caminho*, constitui-se uma cultura que se coloca em posição de supremacia moral sobre as demais, pois a evolução⁵⁵³ teria um só percurso e um só modelo.

A oposição a isto mereceria sofrer um termo, não sendo a liberdade de culto e a pluralidade religiosa senão uma linguagem a ser evitada e eliminada. Uma espécie de exigência de *apocalipse*⁵⁵⁴ daqueles que pensam o contrário.

Evidentemente que qualquer religião, acaso levada às raias do fanatismo, torna-se perigosa, ainda mais em um mundo cheio de tensões, injustiças e desigualdades.

Contudo, o choque ou a total identidade entre o poder temporal e o religioso torna-se um ambiente favorável às intrigas, às filosofias mais radicais e a avanços importantes na história da humanidade. A Reforma e o Iluminismo são exemplos disto.

Com a queda do comunismo, o fanatismo e o terrorismo⁵⁵⁵ adveio uma espécie de *crise de objetividade*, elegendo-se o Islã como um inimigo. Esquecendo-se, porém, que o

tolerância religiosa, em regra geral, evitou que o norte-americano fosse obrigado a fazer violentas opções entre as obirgações civis e as religiosas. Contudo, isto também favoreceu um grande surgimento de seitas e de doutrinas religiosas, entre elas algumas inclinadas para a violência.

⁵⁵³ O termo “*fundamentalismo*” surgiu como uma resposta à obra de CHARLES DARWIN, que estudou a origem e a evolução das espécies, mas também era dirigido contra a pretensão, por parte das ciências da natureza e do pensamento crítico, de conferir uma nova interpretação ao universo, pondo em dúvida as Sagradas Escrituras.

⁵⁵⁴ Uma idéia bíblica de um campo de batalha, ou de uma grande guerra, que provocaria uma enorme destruição e o fim de um mundo.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Alcorão detém ensinamentos de respeito ao próximo, sendo necessário rever e aprofundar a sua leitura. É o próprio Alcorão que ensina: *“Não permita que seu ódio às pessoas o torne injusto. Seja amável; é o mais próximo de ser verdadeiramente consciente de Deus.”*

Portanto, a hostilidade e a aplicação distorcida dos livros religiosos passam um falso conceito de que a religião seja um inimigo presumido manipulador da opinião pública. Não me parece que seja este o caso, embora a identidade entre o poder político e o religioso termine, historicamente, por não favorecer o equilíbrio entre as diferentes necessidades da vida em uma sociedade vocacionada por resistir ao que lhe seja diferente.

Assim, acreditar que uma parte do mundo, quer seja a Ásia, a Europa ou a América constitua o único berço da civilização é algo precário e hostilizante. Rejeitar as proposições e idéias do outro, marginalizando-o culturalmente, termina provocando reações desesperadas, e de uma violência primitiva.

As colonizações cultural e financeira minam as afirmações de pretensão real de um pluralismo democrático, de liberdade e de tolerância.

A invasão do Vietnã, de Madagascar, da Tunísia, atentados terroristas de grupos pretensamente religiosos são ações e reações fundadas no equívoco de que existem raças mais elevadas com um direito concreto sobre aquelas inferiores, empunhando a bandeira da cultura da dominação.

Se esta já foi uma prática de antepassados, este modo de comportamento das primeiras gerações precisa ser denunciado e alterado. Rejeitar a violência é trabalhar em favor da justiça. Segurança e justiça são conceitos indissociáveis.

E é neste estágio que considero importante refletir sobre o Estado fundamentalista econômico.

Aqui, a economia é o principal fator vinculante da vida da sociedade e da política. Este tipo de Estado depara-se com um mundo onde a imigração assume uma estrutura toda especial, e particularmente numerosa.

⁵⁵⁵ Os Países ricos precisam questionar quais as razões atuais do terrorismo internacional, tomando em conta a miséria e a grande concentração de riqueza. Um forte perigo é o de transformar a “guerra” em algo necessário para que se continue concentrando rendas e gerando maiores espaços de pobreza no mundo.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



É natural, portanto, que a presença de imigrantes provoque tensões internas, e reações adversas de diferentes graus.

Nestas circunstâncias, os princípios de cidadania conquistados historicamente, e alardeados pela doutrina (liberdade, igualdade, etc.), sofrem um choque de insinceridade. Deixam de constituir paradigmas, e passam a conviver com a hipocrisia.

Se, em um passado relativamente recente, houve um interesse político de inclusão⁵⁵⁶, atualmente, parece haver um sentimento oposto em nome da estabilidade e do equilíbrio. Trata-se da aplicação do princípio utilitarista baseado na lógica dos custos e dos benefícios.

O fato de o utilitarismo ser injusto seria derogado pelas consequências de instabilidade que a presença do imigrante poderia provocar na qualidade de vida, interferindo negativamente no mercado de trabalho, nos serviços de saúde postos à disposição dos nacionais; enfim, no destino e no espaço vital do autóctone.

O forasteiro seria um invasor trazendo mais custos do que benefícios. Logo, procura-se estabelecer uma evidente distância entre o “*nós*” e o “*eles*”.

Este perigoso fenômeno termina por legitimar o racismo e um exasperamento da xenofobia.

Nesta nova “*Idade da Imigração*”⁵⁵⁷, eclodem posturas preconceituosas não apenas quanto às raças, mas inclusive quanto à própria cultura alienígena.

⁵⁵⁶ A chamada “*Idade do Ouro*” da globalização situa-se aproximadamente entre 1870 e 1914. Neste período, o fluxo financeiro não estava submetido a restrições entre os Países. O padrão-ouro era aceito pelos Estados. O Estado nacional era embrionário e a noção de responsabilidade social também. Era bem mais livre a circulação das pessoas, se comparada com os dias atuais. Nestes cerca de quarenta anos de transição entre o século XIX e o XX, ocorreram três intensas correntes migratórias: a) entre a Europa e a América, sobretudo a do Norte; na China e na Índia, em direção ao Sudeste asiático; dentro da própria Europa, particularmente entre a Europa central e a Itália em direção à França, à Alemanha e à Suíça. Cerca de cem milhões de pessoas migraram no final do século XIX.

⁵⁵⁷ Falar em *cidadania cosmopolita* no século XXI pode manifestar um desejo, mas, infelizmente, ainda se está bem longe desta realidade. Este desejo parece ser um ideal do migrante estrangeiro,



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Trata-se, portanto, de um fundamentalismo estatal, no sentido de que o “outro” não deve ser aceito conforme a sua própria identidade.

Exemplifico. Imagine-se que, após a Segunda Guerra Mundial, houvesse a necessidade de reconstrução da Europa. Diante desta circunstância de exigência de mão de obra estrangeira, fomentou-se a imigração, acreditando-se que os imigrantes retornassem aos seus Estados de origem quando a demanda cessasse. Logo, nesta primeira etapa, as portas estariam abertas. Ocorre que, cessada a necessidade, as portas fechariam-se, argumentando-se que era preciso estabelecer um limite para que um País suporte a chegada de imigrantes sem diminuir a qualidade de vida dos seus cidadãos. Haveria um limite para garantir aos autóctones os direitos de cidadania. De início, em favor da implementação deste desejo, fixaria-se uma política de quotas, pretendendo regular a imigração. Depois, imaginaria-se incentivar economicamente aos imigrantes para que retornassem aos Países de onde vieram.

Ora, este tipo de raciocínio detém matiz nitidamente utilitarista, enxergando o homem como uma simples mercadoria.

Ocorre que não o é.

Sem desconhecer o problema de estrutura, e este novo tipo de êxodo de escala mundial, desenvolvida entre os Países pobres e os ricos, é preciso adotar uma postura nítida, reconhecendo as suas conseqüências.

Se, de um lado, pretende-se continuar resistindo ao fenômeno sem procurar reestruturar os problemas que configuram as suas raízes, ou se é possível refletir sobre o assunto, modificando as estruturas atuais de exclusão.

mas nem sempre está de acordo com o discurso nacionalista autóctone. Além do mais, a imagem de um “consumidor-mundial”, que se preocupa com a compra de produtos baratos e de qualidade, sem importar-se com a origem nacional, é algo que não se compadece com a miséria que lastreia os Países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, refletindo um sonho de produção de novas identidades culturais em um mundo sem fronteiras. Uma federação mundial de Estados-nações, havendo uma perda progressiva de importância do antigo conceito do Estado. Ocorre que esta tal “homogeneização cultural” procura esconder a enorme tensão existente entre o *local* e o *global*, que não vem produzindo uma *República*, e menos se expressa pela *crise da soberania*, e mais pela *crise da fome*, que, na prática, vai produzindo uma espécie de limpeza étnica genocida e conflitos armados instigados pela pobreza e pela falta de esperança.



6.4. ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA



Não se pense que este dilema é pouco preocupante, ou que apenas interessa aos Países pobres, que não pertencem ao *coração do mundo*.

Resolver a questão da cidadania em um sistema que reconhece direitos e deveres por categorias de imigrantes, transparecendo uma diferenciação social baseada em critérios mistos de nacionalidade e de potencial econômico, é um embate que o Estado do século XXI dele não irá poder fugir.

Tornar vulnerável ao mercado a cidadania nos Países pobres, mantendo-a indefesa aos abusos, constitui uma forma de fazer padecer a democracia, em razão de um sentimento que o homem precisa se libertar: o egoísmo.

Por outro lado, o imigrante, embora esteja querendo ser aceito, provavelmente não deseje ou não consiga desligar-se da sua identidade e da sua prática cultural.

Dentro do ponto de vista de um *Estado fundamentalista*, isto seria inaceitável. Aceitar o dessemelhante poderia implicar em violência contra a sua estabilidade interna. Permitir ao imigrante adquirir todos os direitos, conservando a sua identidade cultural, faria quebrar a noção de pureza, permitindo a mistura entre raças, credos religiosos, etc.

Enfim, aboliria as formas de preconceitos e de discriminações.

Evidentemente que isto requer convicção educacional e cultural, e a ausência de receio de discutir a verdade que se entende como única.

Portanto, educação, cultura e uma forte dose de evolução interior.

Mas, por enquanto, retorno ao Estado brasileiro, dizendo que a democracia participativa é um pouco disto, pois, através da composição e da execução orçamentárias, permitiria a todos, nacionais e estrangeiros, discutirem as prioridades.

Evidentemente que é uma iniciativa em embrião, mas, até mesmo por isto, merece um sereno lançar de olhos.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS

“O mundo passa por transformações radicais. As distâncias diminuem. Os povos se aproximam. A internet⁵⁵⁸ e o fax, mais ágeis, substituem a correspondência escrita. Os negócios obrigam os Estados a derrubar as barreiras alfandegárias, sobrepondo-se às fronteiras, e, às vezes, à soberania. As bolsas de valores, com seus complexos mecanismos, fazem com que um fato ocorrido do outro lado do mundo tenha influência direta na vida das pessoas. O crime também se aperfeiçoa. O tráfico de entorpecentes movimenta capitais vultosos. A lavagem de dinheiro⁵⁵⁹ dá aparência lícita a negócios de origem escusa. (...) Estas mudanças obrigam que se altere a literatura jurídica. Os livros necessitam ser objetivos, sem perder a profundidade. A linguagem deve ser direta, clara e objetiva.” (FREITAS, VLADIMIR PASSOS - Coordenador. Código Tributário Nacional Comentado. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999, ps. 09-10).

⁵⁵⁸ Está-se discutindo, no Congresso Nacional brasileiro, o projeto que inclui programas especiais no Plano Plurianual (PPA), referente ao quadriênio 2000/2003. Entre os novos programas, está a implantação de 290 mil computadores em 13,5 mil escolas públicas de todo o Brasil. Ocorreram discussões sobre a existência de vícios no processo licitatório, pois houve, no Edital, uma opção pelo windows, sistema operacional da Microsoft. Trata-se de um programa no valor global de R\$ 1,5 bilhão, sob a possibilidade de ser impugnado pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Quanto ao mérito de o Governo federal dar acesso à Internet a todos os alunos da rede pública, parece indiscutível; o que implicaria em mais e melhores informações para as camadas sociais mais pobres, estimulando a cidadania participativa. Vide “*Jornal do Senado*”, Ano VII, nº 1.359, Brasília, 13.09.2.001, p. 05.

⁵⁵⁹ O Brasil ratificou a Convenção de Viena em junho de 1991. A “*Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas*” foi aprovada em Viena, na Áustria, em 1998, com o objetivo de promover a cooperação internacional relativamente às questões ligadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e crimes afins, dentre eles a lavagem de dinheiro, definindo como crime esta operação. A partir daí, diversos Países tipificaram o delito e criaram agências governamentais responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro. Estas agências são conhecidas como Unidades Financeiras de Inteligência – FIU (Financial Intelligence Unit). Várias áreas de conhecimento podem auxiliar no controle deste problema, entre elas a da Justiça, a das Relações Internacionais, a da Administração Fazendária, etc.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Vem ganhando fôlego o entendimento de que a consideração da complexidade do Estado atual impossibilitaria a democracia em assembleias populares, que seriam ineficientes para representar os milhões de cidadãos.

Estas assembleias seriam presas fáceis nas mãos de demagogos e de personalidades carismáticas. Além do que as decisões por elas adotadas estariam diluídas pela quantidade de representantes, que, em última análise, não se considerariam responsáveis pela deliberação. Ou, ao menos, haveria um sentimento de que as responsabilidades estariam fortemente dissipadas.

Seriam as assembleias um instrumento nas mãos de déspotas, um instrumento despótico.

Para os que pensam assim, o poder deveria ser entregue, mesmo admitindo o sufrágio eleitoral, a pequenos grupos, que tomariam o comando daquela sociedade, e a conduziriam de um modo mais célere e eficaz. Daí, justificar-se a crescente hipertrofia do Poder Executivo. Seria uma questão de necessidade, de governabilidade.

Haveria, por imposição dos novos tempos, a necessidade de enfraquecimento da anterior pretensão do controle popular direto, dado que, não estando a comunidade com informações permanentes e reais sobre o exercício do poder, não poderia ela interferir sem provocar estragos de toda ordem.

A complexidade da gestão dos problemas sociais, econômicos e políticos seria barreira intransponível a composições de democracia direta, ainda mais no campo tributário, um ramo técnico por excelência.

Ocorre que a cópia mecânica de modelos nem sempre é possível, ou desejável. E as realidades jurídicas mundiais não têm, necessariamente, de principiar no mundo economicamente mais desenvolvido.

É dentro deste espírito que, pelo menos, merece receber reflexão a experiência brasileira do *orçamento participativo*, que, ao lado da democracia representativa, traz à baila esta outra fisionomia de democracia.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



A chamada *democracia participativa*, que não se resume a antigas práticas de plebiscito, referendo, iniciativa popular de projetos de lei (arts. 14; 49, inc. XV, da atual Constituição brasileira), tendo a si acopladas a própria fiscalização das contas públicas (arts. 31, § 3º; 74, § 2º, da atual Constituição brasileira); além da diligente atuação do Ministério Público (art. 129, III, também da atual Constituição do Brasil), com a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Frise-se que, colaborando com o Tribunal de Contas, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades.

E mais:

- a) as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade (art. 31, § 3º, da atual Constituição do Brasil);
- b) o Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária (art. 165, § 3º, da atual Constituição do Brasil).

É bem verdade que a provável primeira sensação seja a de que estes dispositivos seriam de carácter exclusivamente formal, e incapazes de serem levados para a prática de um País que convive com as enormes desigualdades que vêm sendo apontadas, cuja repercussão no âmbito educacional são ainda intensas.

Tem-se a imagem de um cidadão inculto e perdido diante de balancetes complexos. De nada valeria o instituto da ação popular, isenta de custas processuais, estar à sua disposição de maneira tão ampla, permitindo-lhe anular o ato lesivo: ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; à moralidade administrativa; ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, inc. LXXIII, da atual Constituição do Brasil).

Seria um gracejo constitucional de gosto duvidoso.

Ocorre que este preconceito teórico vem encontrando reação na prática.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



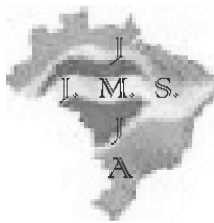
Mesmo que ainda seja uma prática incipiente, mas nem tanto, não é devido evitar temas como o da Central Única dos Trabalhadores (CUT), o do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST), o das Comunidades Eclesiásticas de Base (CEBs) e o da nova linguagem do Orçamento participativo.

A idéia motivadora central destes fenômenos sociais é a de que o grande capital nacional e internacional deve estar posto ao serviço do bem estar coletivo. Portanto, uma aparente quimera ou ilusão de que seria possível aprofundar a democracia como vislumbrando a possibilidade de um efetivo poder popular (demos= povo e Kratos= poder).

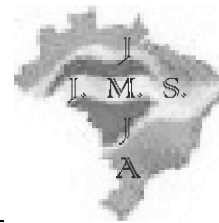
Ocorre que os movimentos populares vêm dando origem a numerosas associações para a defesa da habitação, da saúde, da educação, dos transportes, dos direitos da mulher, da infância e da juventude, dos índios, dos negros, dos homossexuais, etc.

Permeia por tudo isto a preocupação de que não basta a democracia por representação⁵⁶⁰, pois seria possível, e desejável, que a sociedade também estivesse organizada de modo a ela própria, diretamente, lutar por seus direitos.

⁵⁶⁰ O orçamento participativo não deve ser uma construção que obstrua a democracia representativa. Bem ao contrário. Discutir a maneira de elaborar o orçamento e de executá-lo é um instrumento importante na função histórica de fiscalização parlamentar, evitando ou diminuindo a corrupção não apenas dos escalões administrativos inferiores, pois são eles que, na verdade, constroem tecnicamente a peça orçamentária, mas também pode funcionar como um desincentivador das já famosas obras inacabadas. Note-se que, se houve empenho do dinheiro público, em uma construção ou algo similar, simplesmente abandoná-la seria uma atitude irresponsável e prejudicial ao Erário. Por outro lado, se um governo subsequente justifica que não pretende continuar com a obra nos termos anteriormente avençados, e comprova que assim procede pois ela foi superfaturada, é preciso responsabilizar os corruptores e os corrompidos, não se tratando de desídia não dar continuidade à fraude. Infelizmente, contudo, tudo isto tem a ver com a mídia, pois, na vida moderna, ela é uma importante formadora da opinião pública. Logo, se as empresas de comunicação mantiverem laços fortes com os corruptores, provavelmente advirá o silêncio sobre a realidade. Insista-se, portanto, em dizer que, ao se falar em orçamento participativo, nisto há uma necessidade de inclusão do próprio Parlamento, pois não é inusual um Parlamentar votar o orçamento desconhecendo-o, bastando para isto que haja sido contemplado em uma pretensão menor de caráter eleitoral. É preciso dar publicidade, com bastante antecedência, da Proposta orçamentária (art. 35, § 2º, inc. III, ADCT CF/88). De tal ordem, seria possível imaginar que o Governo federal poderia dispor sobre os “grandes números” (macroaglomerados), a serem aplicados na saúde, na educação, no saneamento, etc. Diante da realidade numérica, seriam fixados percentuais por Estado. Ultrapassada esta etapa, viriam as Assembléias Legislativas estaduais e as Câmaras de Vereadores



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Isto seria *democracia participativa*, ou, pelo menos, o nascedouro de um *novo* modo de pensar o poder, repartindo-o, inclusive em termos de responsabilidade pela opção escolhida. Esta prática poderia provocar um crescimento na auto-estima das pessoas em geral, e especialmente nas mais necessitadas pelo amparo estatal, quebrando, assim, a indiferença e a certeza de que um Texto Constitucional, e as leis que o circundam, não passam de papéis autorizadores somente de descrença.

Evidentemente que os opositores a este modelo de raciocínio procuram descaracterizá-lo como novidade, estigmatizando-o, apostando no seu fracasso.

Contudo, a dimensão territorial do Brasil, e a sua organização política, podem funcionar como um excelente pano de fundo para a construção deste diferente ponto de vista do poder.

É que o Brasil, sendo uma Federação, é composto de 26 Estados e pelo Distrito Federal, e cada um destes Estados é dividido em Municípios.

municipais a discutirem e fixarem as obras prioritárias. Note-se que a manifestação social em todo este processo não é sinônimo de desordem. Ser cidadão e ser desordeiro não são situações que se confundem. Apenas, procedendo com critérios mais democráticos, estaria-se evitando a vala comum de que aos amigos tudo, aos inimigos a morte, e, aos indiferentes, a aplicação equilibrada da lei. Diz a Constituição brasileira (art. 1º, Parágrafo Único) que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Dentro da idéia geral que postulo, parece fundamental que não haja superposições de atribuições nem entre as pessoas políticas que compõem a Federação brasileira, nem tampouco entre os órgãos que integram uma mesma pessoa. Por exemplo, o problema do saneamento no Brasil. Há cerca de 7 (sete) ou 8 (oito) unidades orçamentárias tratando deste assunto. Diria-se que a Presidência da República (órgão) precisaria dispor de verbas orçamentárias para isto, pois seria seu encargo tratar sobre os Municípios estratégicos. Ocorre que, se não houver uma supervisão bem definida, a consequência será a destruidora concorrência entre os Ministérios e os seus Ministros, sobretudo entre aqueles que têm pretensões políticas. Portanto, organizar bem o Poder Executivo é uma prioridade para uma razoável execução orçamentária. Outro problema que também encontro como merecedor de um maior aprimoramento na confecção e na execução desta peça de extrema importância na democracia brasileira é o “*subfaturamento*”. Isto poderia provocar surpresa para aquele que não acompanha a história orçamentária mais recente do Brasil. A questão é a de que, saindo de uma licitação um preço inexecutável, com justificativas que buscam esconder a realidade, termina-se por estendê-lo no exercício posterior; o que provoca a dilatação de obras e serviços que estavam previstos para alguns meses, e terminam sendo executados, quando o são, após vários anos.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Assim, é possível a construção gradativa da experiência desde os Municípios, passando pelos Estados, para, só depois, atingir a União.

A experiência municipal do orçamento participativo, um vetor importante do tipo de democracia que comento, vem dando resultados positivos.

É uma aposta na evolução do gênero humano.

Talvez, tão importante quanto achar a resposta seja procurá-la, aperfeiçoar o possível, evitando retrocessos por um poder absoluto, que tantos horrores já provocou.

Dito isto, é preciso estruturar esta nova linguagem de Orçamento, que vem, com algumas nuances, sendo aplicada em Municípios como o de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul; de Belo Horizonte, capital de Minas Gerais; de Recife, capital de Pernambuco; Olinda, cidade pernambucana e patrimônio histórico da humanidade, etc.

Portanto, a seguir, apresentarei: a) um resumo sobre como funciona o Orçamento no Brasil, segundo a Constituição brasileira de outubro de 1988; b) um esboço da linguagem do Orçamento Participativo (OP).

a) Orçamento no Brasil (plano federal)⁵⁶¹

O orçamento brasileiro é disciplinado por três leis⁵⁶²: 1. Lei do Plano Plurianual (PPA); b) Lei das Diretrizes Orçamentárias (LDO); c) Lei Orçamentária Anual (LOA).

Todas elas são de iniciativa do Poder Executivo, sendo apreciadas conjuntamente pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (Congresso Nacional), através de uma Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização.

Sobre o Projeto de Lei do Plano Plurianual (PPA), cabe dizer que deve ser encaminhado, pelo Presidente da República, ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto do primeiro ano do seu mandato, devendo ser devolvido para a sanção até o término da

⁵⁶¹ Por simetria, este esboço aplica-se aos orçamentos estaduais e municipais.

⁵⁶² Vide o art. 35, § 2º, incs. I, II e III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



sessão legislativa (15 de dezembro). Este Plano deve vigorar por quatro anos, desde o segundo ano do mandato presidencial até o encerramento do primeiro ano do mandato subsequente. Fixa, por regiões, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes, e para as relativas aos programas de duração continuada.

Sobre o Projeto de Lei das Diretrizes Orçamentárias (LDO), cabe dizer que deve ser encaminhado, pelo Presidente da República, ao Congresso Nacional até o dia 15 de abril, e devolvido para a sanção presidencial até o dia 30 de junho. A sessão legislativa não será interrompida sem a sua aprovação, não se iniciando o recesso de julho. Engloba as metas e as prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, regulamenta a elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA), dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Sobre o Projeto de Lei Orçamentária Anual (LOA), cabe dizer que é enviado anualmente, pelo Presidente da República, ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto, e devolvido para sanção presidencial até o dia 15 de dezembro. Com base nesta lei é que as despesas do exercício são executadas. Se, durante a sua vigência, houver necessidade de alteração, tal como a realização de despesas acima dos limites previstos, o Presidente da República submeterá ao Congresso Nacional um projeto de lei autorizativo.

Finalmente, até o dia 15 de abril, o Presidente da República deverá prestar as contas, referentes ao exercício anterior, ao Congresso Nacional.

b) LINGUAGEM DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO (OP):

Antes de apresentar algumas estruturas e modelos de planejamento e de execução do OP (Orçamento Participativo), considero conveniente resumir o que, em linhas gerais, vem sendo praticado.

Aqui, realizei uma pesquisa de campo, indo até algumas comunidades, chegando a realizar entrevistas com os responsáveis pelo procedimento.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Primeiramente, parece consensual que, no Brasil, o Município de Porto Alegre⁵⁶³, capital do Estado do Rio Grande do Sul, foi uma espécie de paradigma pioneiro, quando, por volta de 1989, resolveu introduzir esta técnica de participação popular na confecção e na realização orçamentária.

Na maior parte dos municípios brasileiros, o lidar com o orçamento era algo, praticamente, inexistente. Por vezes, havia apenas uma cópia do Orçamento municipal, em algum lugar da Câmara de Vereadores (Poder Legislativo); e só. A peça orçamentária era uma simples ficção⁵⁶⁴, o que colaborava decisivamente com o fisiologismo, pois se, de um lado, o Prefeito (Chefe do Executivo), nestes termos, poderia consagrar as reivindicações dos Vereadores, pois não havia compromisso com a realização da *promessa legal*; por outro, os Vereadores poderiam dizer aos seus eleitores que haviam feito as suas partes. Um *jogo de faz de conta*.

Esta maneira de agir retirou qualquer possibilidade de confiança no orçamento confeccionado. Primeiro, porque dele apenas se tinha notícia. Depois, porque ele era destituído de efetividade.

No entanto, mesmo para os mais radicais opositores ao orçamento participativo, não foi possível esconder o êxito preliminar. Comprovação disto é que, em 10 de julho de 2.001, foi publicada a Lei nº 10.257, que, ao fixar o chamado “Estatuto das Cidades”, que estabelece as diretrizes gerais da política urbana, previu, no art. 4º, inc. II, al. “f”, que, dentro do planejamento municipal, deverá caber a “*gestão orçamentária participativa*”.

E, mais adiante, no Capítulo sob o Título “Da Gestão Democrática da Cidade”, dispõe-se, expressamente, que “*a gestão orçamentária participativa incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal*”.

E, na mesma linha, vem o art. 45, disciplinando que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa

⁵⁶³ O Município de Porto Alegre e o Estado do Rio Grande do Sul em geral funcionam como uma espécie de espaço eleitoral *blocado*; ou seja, é claramente dividido, e de maneira quase homogênea.

⁵⁶⁴ Inexistindo o orçamento participativo, salvo melhor juízo, as dificuldades de tornar o orçamento algo próximo da realidade serão ainda maiores.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Evidentemente que tais mecanismos, como tudo o que é prática recente, podem provocar situações concretas não inteiramente previstas.

De um certo modo, Chefes de Executivos municipais, que não hajam conseguido formar maioria no Legislativo para aprovar os seus Projetos, e não dispondo das medidas provisórias, terminam conseguindo governar pela pressão direta da população (cidadania ativa). É natural que isto possa incomodar os parlamentares eleitos, que podem se sentir reduzidos como interlocutores do povo. Uma espécie de lide pragmática entre a democracia representativa e a participativa.

Em face disto, já há quem defenda a participação popular direta não apenas até o encaminhamento da proposta orçamentária pelo Executivo para o Legislativo; mas que ela prossiga durante o próprio processo legislativo.

De fato, a “cidadania ativa”, não estancando a democracia no sufrágio eleitoral, mas a estendendo ao exercício do poder, traz a possibilidade de os políticos continuarem em campanha durante todo o mandato.

Isto traz riscos, como, por exemplo, de os opositores ao Prefeito encaminharem para as Plenárias pessoas com o só objetivo de provocar entraves. Ocorre que a prática, por enquanto, vem demonstrando que, a despeito desta realidade, a maioria interessada nos projetos reais de melhoria termina por identificar a insincera cidadania participativa.

Contudo, sem dúvida, a democracia participativa é algo difícil; e exige trabalho bem planejado.

Os problemas não são poucos. Por exemplo. Quando a Prefeitura chama a comunidade para decidir sobre os investimentos em obras e serviços públicos, partindo do pressuposto de que os moradores sabem quais os principais problemas da comunidade.

Como convidar a comunidade? Onde fazer as reuniões? Quantas reuniões devem ser feitas? Como escolher os delegados-representantes? Como capacitar os delegados-representantes em uma população que pode ter um baixo nível educacional? Como formular os questionários que devem ser respondidos pela população?



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Logo, para perseguir o propósito da democracia participativa, é preciso ter tenacidade, paciência e perseverança.

A divulgação das Plenárias vem ocorrendo através de *carros de som*, cartazes, panfletos, e, dentro do possível, as reuniões devem ocorrer próximas às casas dos moradores consultados.

Procedendo assim, ao menos, evita-se ou reduz-se uma espécie de “*fraude de domicílio eleitoral*”, corroborando, também, por tornar visível quem, realmente, possui representatividade no local. De ordem que as pseudo-lideranças são abertamente desacreditadas.

Na divulgação, a mídia de massa (televisões, rádios, jornais)⁵⁶⁵ não vem contribuindo de maneira tão decisiva; salvo melhor juízo, porque as despesas de divulgação são controladas, não se pretendendo transformar as Plenárias em comícios custeados pelos cofres públicos.

Ao bem da justiça, é, de logo, de ser frisado que os custos da consulta popular sobre o orçamento vêm sendo baixos.

Sobre a escolha dos delegados-representantes, pude vislumbrar dois métodos distintos básicos. O primeiro é o de escolher tantos delegados quantos forem os moradores ou os eleitores da área consultada. O segundo é o de confeccionar uma espécie de quociente eleitoral a partir do número de participantes das Plenárias. Por exemplo, para cada dez participantes, um delegado eleito.

É de fundamental importância, portanto, definir os limites das áreas onde ocorrerão as Plenárias. Costuma-se arregimentar alguns bairros do Município para compor uma espécie de região administrativa. Também é possível aproveitar as divisões já existentes; por exemplo, as regiões sanitárias.

⁵⁶⁵ O art. 224, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988, prevê a criação e a regulamentação do Conselho de Comunicação Social, e, até hoje, outubro de 2001, a lei regulamentadora não veio. Diz o art. 224: “*Para os efeitos do disposto neste Capítulo (Da Comunicação Social), o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.*”



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



A capacitação dos delegados eleitos também é de vital importância para o êxito do procedimento. Neste aspecto, vislumbra-se uma plurivocidade impressionante, pois, ao lado de alguém semi-alfabetizado, é possível encontrar pós-graduandos compondo uma comunidade heterogênea, mas com um objetivo comum: discutir o que fazer com o dinheiro dos tributos, após pagar os encargos municipais.

Vários cursos sobre orçamento municipal, em linguagem simples, já foram ministrados, por Universidades e instituições congêneres, aos delegados escolhidos pela comunidade.

Tendo havido a capacitação, e divulgados os números, muitas vezes preocupantes, da previsão da receita pública, passa-se a pensar em como incrementá-la. Aqui, a Lei de Responsabilidade Fiscal vem apresentando uma efetividade impressionante, pois, embora haja repetido alguns comandos constitucionais tradicionalmente inefetivos⁵⁶⁶, pelo fato de a nova legislação subconstitucional conter sanções, vem recebendo um respeito atípico.

É como venho dizendo: não se deve confundir hierarquia com efetividade.

Verificar as Plenárias discutindo como incrementar a arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU), do imposto sobre serviços (ISS), do imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI), a respeito das taxas, vem sendo uma experiência possível em alguns municípios do Brasil.

Siglas como FPM, FUNDEF, ICMS, IPVA vêm deixando de ser palavras confusas, de conteúdo nebuloso, para pertencerem à coloquialidade necessária à construção de obras de saneamento básico, pavimentação de ruas, construção de escadarias nas comunidades de morro, iluminação pública, construção de unidades habitacionais, equipamentos de postos de saúde, equipamentos esportivos etc.

⁵⁶⁶ A Lei de Responsabilidade Fiscal vem sendo amplamente discutida no Brasil, tendo por finalidade fazer cumprir a disciplina contida nos arts. 163 a 169, da Constituição brasileira de outubro de 1988 (Finanças Públicas – Normas Gerais e Orçamentos). Um dos motivos práticos principais para a edição desta Lei foi o de atingir *superávit primário* (receitas menos despesas, exceto juros da dívida pública externa e interna). Gerando um maior grau de responsabilidade e de transparência nas ações públicas, diminui os riscos contrários ao equilíbrio das contas. Logo, os Tribunais de Contas são um dos principais agentes fiscalizadores desta base normativa.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Até mesmo uma melhor noção da estrutura federativa do Brasil vem começando a se formar.

Explico melhor o que digo. Em Olinda, para o exercício financeiro de 2.001, a primeira prioridade escolhida foi a segurança pública. Ocorre que, como o policiamento ostensivo é da competência da Polícia militar estadual e o repressivo da Polícia Civil, também estadual, não se cobrava da Prefeita senão a cessão de terrenos para a construção de Delegacias ou Núcleos de Segurança comunitária e o apoio ao funcionamento dos serviços de Segurança Pública.

Assim, esclarecer o que seja o orçamento e as possibilidades e os limites de escolha das comunidades é uma tarefa em contínua construção.

Logo, parece conveniente que, ao menos nas duas primeiras experiências de confecção dos orçamentos municipais, o mandato dos delegados prolongue-se por dois anos, de modo a aproveitar melhor a capacitação colhida no Curso que realizaram.

Isto não retira, porém, a preocupação de elaborar um questionário objetivo para ser respondido pela comunidade, de modo que a mesma escolha as prioridades que pretende ver atendidas.

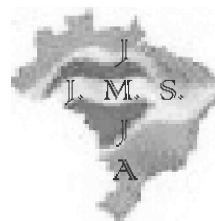
É comum encontrar um Quadro Geral de sugestões de prioridades temáticas nas Plenárias.

Exemplifico:

1. Saneamento básico:
 - a) rede de água;
 - b) esgotamento sanitário;
 - c) micro e macro drenagem;
 - d) dragagem;
 - e) programa de educação ambiental;
 - f) coleta de lixo.
2. Habitação e Urbanização:



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



- a) título de posse;
- b) construção de unidades habitacionais;
- c) compra de área;
- d) produção de lotes urbanizados com módulos sanitários;
- e) construção de muros de arrimo;
- f) escadarias;
- g) revitalização da orla;
- h) cadastramento de ruas.

3. Pavimentação;

- a) abertura de ruas e calçadas;
- b) passarelas;
- c) pontilhões;
- d) pavimentação de estradas;
- e) calçamento de ruas.

4. Educação:

- a) educação infantil – 0 a 6 anos (ampliação, reforma e construção de escolas infantis);
- b) ensino fundamental (ampliação, reforma e construção de escolas);
- c) educação de jovens e adultos;
- d) educação especial (adaptação de espaço físico para atendimento dos portadores de necessidades educativas especiais);
- e) educação profissionalizante (cursos).

5. Saúde:

- a) reforma, ampliação e construção de Postos de saúde;
- b) ampliação de serviços na rede básica;
- c) equipamentos e material permanente para os Postos de saúde;

6. Assistência Social;

- a) atendimento à criança e ao adolescente;
- b) atendimento à família;
- c) atendimento ao idoso;



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



d) atendimento aos portadores de deficiência.

7. Transporte e circulação:

- a) abrigos;
- b) equipamentos de sinalização;
- c) linhas de ônibus.

8. Desenvolvimento econômico:

- a) abastecimento alimentar e área rural;
- b) programa de geração de trabalho e renda (apoio às iniciativas econômicas populares);
- c) apoio a empreendimentos.

9. Cultura:

- a) equipamentos culturais;
- b) atividades de descentralização da cultura;
- c) ações e eventos da cultura.

10. Iluminação pública.

11. Áreas de esporte e lazer:

- a) urbanização ou reforma de praças e parques;
- b) recantos infantis;
- c) campos nas escolas de futebol;
- d) equipamentos esportivos;
- e) equipamentos de lazer;
- f) espaços públicos para lazer.

12. Segurança pública

- a) cessão de terreno para delegacia ou núcleo de segurança comunitária;
- b) apoio ao funcionamento dos serviços de segurança pública (Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros).



13. Revitalização do Sítio Histórico.

Entre as prioridades apontadas, costuma-se sugerir a escolha de três níveis, fazendo-se uma média ponderada a partir do grau escolhido.

Como é possível observar, entre o espaço de generalidade da plataforma eleitoral e a escolha concreta que se pretende fazer com o orçamento participativo estabelece-se um compromisso muito mais intenso entre o Executivo e a população. Assim, a menor generalidade poderia aprofundar a frustração na hipótese do não atendimento de uma determinada expectativa.

Evitar que isto ocorra é uma tarefa que precisa ser cuidadosamente desenvolvida, sobretudo porque a idéia do orçamento participativo não se esgota na confecção do orçamento, até mesmo porque um novo já começa a ser projetado, propiciando aos delegados a permanente cobrança de realização do anterior.

Logo, se não for possível atender a uma ou mais prioridades, é imperioso que haja um diálogo sincero entre as partes. Quanto maior for a sinceridade, talvez possa ser menor a frustração.

Além do que o incremento de receita também passa pelo orçamento, podendo a aplicação de institutos como o da progressividade, naturalmente antipatizados pelos atingidos, ser uma das saídas possíveis.

Também se considera que a natural apatia de alguns poderia vir a ser reduzida quando vier a verificar que a *cidadania ativa* vem produzindo resultados visíveis para aqueles que a exercem; bem como para as suas comunidades.

Acredita-se que, evitando obras inúteis ou não prioritárias, e priorizando a soma de idéias com a população, permitiria-se um melhor planejamento em relação às despesas públicas.

Certamente, não é uma tarefa fácil apresentar as carências da administração pública frente aos severos problemas da saúde e da educação, por exemplo.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Vencer o lugar-comum de que “isto não vai dar em nada” é algo tão ou mais difícil. Escolher, entre as prioridades, aquelas que atingirão, positivamente, mais pessoas, ou pessoas mais carentes é algo que requer a colaboração do bom senso da democracia representativa, já tão esgarçada.

Ocorre que, para aqueles que acreditam na democracia, este caminho parece merecer uma tentativa empenhada; e muito trabalho.

I. Estruturas e instituições do OP (Orçamento Participativo)⁵⁶⁷

1. Centro Administrativo Regional (CAR) – órgão de descentralização política e administrativa da Prefeitura. Além de organizar regionalmente o processo de OP, atende às demandas de serviço das regiões. O seu número varia a depender das regiões municipais.
2. Conselheiros – representantes das regiões ou de questões temáticas na composição do Conselho do Orçamento Participativo. São eleitos na Segunda rodada, em número de dois titulares e dois suplentes para cada uma das regiões municipais, havendo um número fixo por questão temática.
3. Conselho do Orçamento Participativo (COP) – órgão máximo de deliberação do Orçamento Participativo, composto pelos Conselheiros eleitos nas regiões e por temas, um representante da união das Associações dos Moradores e um membro do sindicato dos municipais, além de dois representantes da Prefeitura (sem direito a voto). Planeja, propõe, fiscaliza e delibera sobre o conjunto da receita e da despesa do orçamento (Proposta Orçamentária). Também revisa, anualmente, o Regimento Interno do OP.
4. Coordenador Regional do OP (CROP) – representante da Prefeitura que acompanha as discussões e definições sobre as prioridades e obras onde serão aplicados os investimentos nas regiões municipais e auxilia no processo de ampliação do Orçamento Participativo, convidando a população a participar.

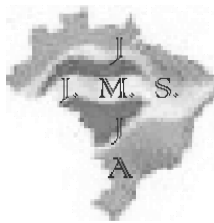
⁵⁶⁷ Este é, apenas, um dos modelos possíveis, atendendo às linhas gerais que foram apontadas há pouco.



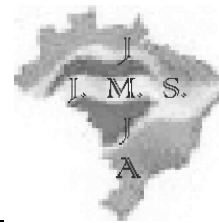
6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



5. Coordenador Temático do OP (CT) – cumpre com as mesmas funções do CROP, porém, para as questões temáticas.
6. Coordenação de Relações com a Comunidade (CRC) – é o órgão responsável por fazer a coordenação da política de relação com a comunidade. Também é responsável pelo processo do OP, em conjunto com o Gabinete de Planejamento.
7. Critério – regras aprovadas pelo Conselho de Orçamento Participativo. Se subdividem em critérios gerais e técnicos. Gerais – determinam como se procede a distribuição de recursos para o conjunto do Município. Técnicos – utilizados pelos órgãos da Prefeitura para análise das demandas e verificação de sua viabilidade.
8. Delegados – representantes da população eleitos diretamente nas plenárias regionais ou temáticas (primeira rodada), em número de um delegado para cada dez participantes.
9. Demanda – determinada obra ou serviço de competência da Prefeitura reivindicada pela população no OP.
10. Fórum de Delegados – reunião do conjunto de delegados escolhidos pela população. Podem ser reuniões regionais ou temáticas, e, eventualmente, pode ser convocada uma plenária geral, de todos os delegados, para debater um determinado assunto.
11. Gabinete de Planejamento (GAPLAN) – responsável por elaborar a proposta orçamentária, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual, a partir das demandas das comunidades e das propostas das Secretarias. É responsável pela coordenação, elaboração e execução do orçamento municipal, e, junto com a Coordenação de Relações com a Comunidade, coordena politicamente o processo do OP.
12. Plano de Investimentos e Serviços – publicação anual contendo todas as demandas de obras e serviços definidas pela população no processo do OP, e aprovadas pelo Conselho do Orçamento Participativo.
13. Plano Plurianual – estabelece as metas e diretrizes gerais, que orientam as ações do governo, a cada quatro anos.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



14. Plenário Regional – reunião dos moradores e interessados na discussão e definição das prioridades de uma determinada região municipal.
15. Plenária Temática – reunião dos interessados na discussão e definição das ações, políticas e obras de um determinado tema e diretrizes globais para o Município. Como exemplo, construir ou reformar um mercado público requer a análise da demanda na temática de Desenvolvimento Econômico e Tributação. Construir uma nova Perimetral, requer a análise da demanda na temática de Transporte e Circulação. É preciso saber o que se quer e o gasto que isto implica.
16. Primeira Rodada – reuniões (Plenárias Regionais ou Temáticas) onde o governo presta contas dos investimentos do ano anterior, apresenta o Plano de Investimento do ano em curso, além dos critérios e métodos, aprovados pelo Conselho do Orçamento Participativo, para o exercício seguinte. De acordo com a participação nestas Plenárias, a população elege seus delegados, na proporção de um para cada dez participantes. Esta proporção é variável, de acordo com as circunstâncias municipais.
17. Proposta Orçamentária - previsão de receitas e despesas, visando a execução das obras e serviços de responsabilidade do Município.
18. Regimento Interno – conjunto de regras que determinam o funcionamento do OP.
19. Reuniões Intermediárias – reuniões dos participantes do OP, por regiões e/ou por temáticas, entre as duas rodadas do OP. Nelas são escolhidas e hierarquizadas as demandas da região ou temática. Em algumas destas reuniões, os órgãos da Prefeitura prestam esclarecimentos sobre os critérios técnicos que orientam a viabilidade das demandas. Para informar-se sobre as datas dessas reuniões, costuma-se fazer publicações nas comunidades e se colocar os informativos na INTERNET.
20. Segunda Rodada – reuniões nas quais as regiões e temáticas entregam para o Governo as suas prioridades e demandas, definidas durante as reuniões intermediárias. Nesta reunião, também são eleitos os Conselheiros, em número de dois titulares e dois suplentes para cada uma das regiões municipais e para algumas ou todas as temáticas.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Portanto, talvez, o primeiro lançar de olhos para a estrutura que vem sendo empregada no Orçamento Participativo faz parecê-lo complexo, e seja mais fácil evitá-la, pois o exercício autoritário do poder é uma tentação aparentemente mais simples.

Ocorre que é preciso sopesar os bons resultados e se empregar no esforço da participação popular.

Vários são os casos de Prefeitos eleitos, e reeleitos, em grande parte do Brasil graças à eficácia da administração municipal participativa. Há casos de Governadores que começam a adotar este sistema. A uma, porque, quando Prefeitos, verificaram o seu êxito; depois, porque vêem os seus opositores retirarem os lucros políticos desta construção.

Evidentemente que a Informática bem utilizada é um importante agrupamento de apoio, mesmo nas comunidades mais carentes; pois as organizações sociais e escolas de bairro começam a adquirir os seus computadores, e utilizá-los em proveito próprio.

Repito. A estrutura municipal brasileira é um conduto que vem se manifestando adequado para a prática de empenhar a população não apenas nas eleições, mas nas suas escolhas de dia a dia. A pseudo hegemonia passiva do povo passa a dar sinais de menor indiferença, em face de avistar os primeiros resultados concretos.

De algum modo, esta nova estrutura de poder vem permitindo que Prefeitos com minoria na Casa Legislativa, mesmo encontrando grandes dificuldades, possam governar mediante a aprovação de leis que viabilizem o Orçamento Participativo.

É o controle popular, durante o exercício do poder, à revelia de sistemas presidencialistas ou parlamentaristas. Até mesmo porque os Prefeitos municipais e os Governadores estaduais não dispõem de medidas provisórias que lancem os seus projetos de governo para posterior ratificação parlamentar.

Há um combate difícil entre a Proposta do Poder Executivo municipal ou estadual e uma Câmara ou Assembléia Legislativa avessa ao sucesso administrativo, muitas vezes pelo puro gosto de reconquista.

É a complementariedade da democracia representativa pela democracia participativa. Não precisa haver uma relação de excludência ou de superação.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



De fato, em muitos Municípios brasileiros, verifica-se um crescimento da participação popular na confecção do orçamento público. Trata-se de uma estratégia de escolha dos rumos municipais mediante um aumento no nível de participação política da comunidade.

O orçamento deixa de ser decidido exclusivamente pelo Prefeito e pelos Vereadores, ou pelo Governador e pelos Deputados, e encontra um outro ator de confecção, o povo, até então indiferente e avesso à política.

Este esquema logístico vem, muitas vezes, permitindo que se faça mais com menores recursos, ao menos do ponto de vista da escolha popular.

É bem verdade que o êxito poderá variar de Município para Município, aprendendo os menos exitosos com aqueles que conseguiram melhores resultados.

Ao que parece, o grau de êxito costuma variar com a menor ou maior continuidade da Administração, e também com o nível de expectativas que a comunidade mantém por resultados mais imediatos. Também deve ser dito que, quanto maior o envolvimento da comunidade, menor será o risco de frustrações, porquanto, sendo conhecedora das dificuldades enfrentadas, menos exigente e mais seletiva se torna.

Vindo esta técnica a dar certo em comunidades e espaços maiores, como, por exemplo, a União Federal, estaria-se transformando uma das essências do poder: a distribuição de recursos públicos segundo critérios de pequenos grupos. Seria o começo da construção de um novo Estado.

Quanto mais permanente e habitual este sistema o for, maior será a possibilidade de esta participação não vir a ser tumultuosa, evitando o compasso de uma crítica comum à democracia (o tumulto), e evitando, também, políticos profissionais, que constroem as suas carreiras pelos desvãos das minorias controladoras do Estado.

Note-se que, nesta oportunidade histórica, não se estaria discriminando grupos de nenhuma ordem, pois o projeto democrático não precisa ser excludente, além do que restaria superada a idéia de que um “homem ou mulher de bem” não deve participar da política, partidária ou não. Bem ao contrário, é essencial que as pessoas participem, não deixando seqüestrar o *ser político* que se encontra em cada um de nós.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Os detratores deste sistema existirão, reações antidemocráticas também. É a seqüência natural das coisas.

Um dos divisores de águas do êxito global desta iniciativa, certamente, será o recém-descoberto mundo da Informática. Contudo, isto não implica em que este novo esquema mental de contato com o poder esteja completo e acabado, uma fórmula pronta a cópias mecânicas e automáticas.

É preciso planejá-lo tomando em conta as circunstâncias do seu meio de aplicação. É preciso adequá-lo, descabendo a mundialização apática.

Entretanto, a opção por líderes messiânicos, quase religiosos, em muitas oportunidades não passa de uma questão de oportunismo, egocentrismo e ignorância. Oportunismo e egocentrismo pelos estamentos elitistas de algum setor social. Ignorância pelas camadas sociais mais castigadas.

A mudança é sempre difícil, e o *novo* costuma amedrontar⁵⁶⁸, inclusive porque os efeitos reflexos e colaterais podem ser inesperados.

Portanto, a aplicação gradual da democracia participativa no Brasil é um equipamento de ensaio que precisa ser acompanhado sem preconceitos e perseguições. Afinal, é possível dar certo⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ “Não sei se a democracia direta é para amanhã, mas já era para ter acontecido ontem – STÉPHANE MONCLAIRE.” (extraído de Desafios Contemporâneos ao Estado Democrático – Anais do 17º Encontro Nacional dos Juizes Federais. Estação Produções Ltda, abril/2.001, p. 92)

⁵⁶⁹ Eis algumas das conclusões da Carta de Porto Alegre - Brasil (Seminário Internacional sobre Democracia Participativa, de 10 a 13 de novembro de 1999): “Para o aprofundamento e aperfeiçoamento das mais variadas experiências de gestão participativa, propomos: a) o apoio ao desenvolvimento de processos de capacitação das comunidades envolvidas, como, por exemplo, aquelas desenvolvidas e propostas pelo Programa de Gestão Urbana – ONU, Banco Interamericano de Desenvolvimento e Instituto do Banco Mundial; b) a criação de grupos de trabalho e de um observatório com o objetivo de aprofundar permanentemente os estudos sobre gestão participativa; c) buscar apoio à pesquisa sobre o tema da democracia participativa; d) criar canais de comunicação de massa que possibilitem a divulgação mais efetiva das experiências de gestão participativa. (...)” Representantes de mais de cem governos locais, de instituições universitárias, de assessoria e pesquisa e do movimento associativo popular participaram deste Seminário.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Um instrumento importante para o êxito desta iniciativa creio que seja o incentivo à educação fiscal.

É preciso estimular a participação da cidadania para a execução de instrumentos de controle social e fiscal.

Entendo que desenvolver a consciência fiscal não se resume a despertar no cidadão a vontade de aprender sobre o sistema tributário em que está inserido. Trata-se de algo ainda maior, sendo fundamental desenvolver, nos próprios servidores da Receita (federal, estadual, distrital, municipal), a idéia da função social do tributo⁵⁷⁰.

O controle social sobre a gestão dos recursos públicos em benefício da população e do pagamento voluntário dos tributos será tanto maior quanto menor o for a descrença e o desrespeito para com o patrimônio público. O bem comum e o bem privado não devem estar divorciados na cultura da comunidade.

O cidadão deve estar convencido da importância da sua contribuição. O empresário deve verificar, na prática, que pagar a integralidade dos tributos que deve, e estimular os seus pares a assim proceder, não se trata apenas de uma política da própria subsistência, mas é a sua maior contribuição com fatores sociais como a educação, a saúde e a segurança.

Logo, a informação sobre o destino dos recursos arrecadados funciona como um estímulo, por um lado, para o questionamento e para a verificação da utilidade e existência dos investimentos sociais (apropriação legítima de poder); e, por outro, para a voluntariedade da adimplência com o Fisco.

É a interação da ética com a utilidade, atendendo ao interesse individual e ao social.

⁵⁷⁰ Em 1819, no julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland*, a Suprema Corte norte-americana declarou que o Congresso agiu de maneira constitucional ao criar o Segundo Banco dos Estados Unidos. A questão era a de que o Estado de Maryland, através da cobrança de um imposto extorsivo, buscava inviabilizar o funcionamento de uma filial do Banco americano na cidade de Baltimore. Diante disto, Marshall fez registrar que “o poder de tributar não é o poder de destruir”, e era inadmissível que um Estado impedisse um instrumento do governo federal. Trata-se de uma aplicação da *teoria dos poderes implícitos* ao bem do interesse público.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Portanto, a pedra de toque é a educação.

E é na mente da criança que um País pode ser plantado.

De fato, entre os anos de 1971 e 1980, foi desenvolvido, no Brasil, o chamado “*Programa Contribuinte do Futuro*”, buscando conscientizar os estudantes através da educação fiscal, com a pretensão de construir uma nação justa e igualitária.

Mesmo entendendo que a idéia sofreu e se enfraqueceu com a aplicação prática, não me parece que possa ser desconsiderada em um passado escondido da história.

A timidez do programa não o elimina como experiência que possa ser melhor desenvolvida no futuro.

Objetivando o que digo, passarei a delinear as suas linhas gerais.

Divulgado pela mídia dos anos 70, foi avaliado através de concursos de redações e pela opinião dos professores, coletada em formulário próprio. Atingiu cerca de 40 (quarenta) milhões de livros distribuídos e 50 (cinquenta) mil escolas, contando com o apoio do Ministério da Educação.

Eis a cronologia do “*Programa Contribuinte do Futuro*”⁵⁷¹:

1970-1971 – Lançamento e desenvolvimento da campanha “Operação Brasil do Futuro”. Distribuição de 5 (cinco) milhões de exemplares do livro “Dona Formiga, Mestre Tatu e o Imposto de Renda”, de autoria de CECÍLIA LOPES DA ROCHA BARROS e ilustrado por HUGO RIBEIRO.

1972 – Edição do livro “A Nossa Ilha”, de RUTH ROCHA e SÔNIA ROBATTO.

1975 – Foram utilizados dois livros: “A Nossa Ilha”, destinado para utilização da 1ª à 7ª Regiões Fiscais e o livro “As Aventuras de João Brasil”, de WALMIR AYALA, para utilização nas 8ª, 9ª e 10ª Regiões Fiscais. Foram utilizados pequenos filmes de divulgação veiculados pela televisão, chamados “A Nossa Ilha” e “O Futebol”.

⁵⁷¹ Vide www.receita.fazenda.gov.br/EducarFiscal/default.htm



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



1976 e 1977 – Foi distribuído o livro “A Nossa Ilha” em todo o País e os filmes de divulgação foram “O Barco” e “A Escola”, veiculados nos anos de 1976 e 1977, respectivamente.

1978 e 1979 – Foi distribuído um novo livro, sob o título “Vamos Construir Juntos”, de autoria de HUGO RIBEIRO, e filme de divulgação com o mesmo nome.

1980 – Reformulação da Campanha para atender sugestões de professores; lançamento dos livros “Dona Formiga, Compadre Tatu e o Imposto de Renda”, destinado a alunos da 4ª série; “O Sonho de Carlinhos”, para alunos da 6ª série, ambos de CECÍLIA ROCHA BASTOS; e a “As Vilas do Mutirão”, para alunos da 8ª série.

Devo dizer que, mesmo registrando todas estas iniciativas⁵⁷², conforme a Receita Federal trata de informar que existiram, penso que a divulgação foi extremamente tímida, passando quase despercebida pelas crianças da época.

Contudo, havia, ao menos, um esboço de iniciativa.

No Brasil, atualmente, desde 1998, a Secretaria da Receita Federal diz vir estimulando o Grupo de Trabalho de Educação Fiscal – GEF, coordenado pela Escola de Administração Fazendária – ESAF.

A partir de 2.000, o método empregado vem sendo o da indicação de representantes de cada Região Fiscal para participarem do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF.

⁵⁷² Atualmente, cito o Programa de Educação Fiscal do Rio de Janeiro, São Paulo e Paraná. Nele, ocorrem: a) peças tetrais, como “*Rita – uma verdadeira cidadã*” (uma empregada doméstica ameaçada de perder o emprego porque não pediu o documento fiscal nas compras que fez); b) a Oficina “*Lojinha do Fisco*”; c) a exposição “*Retratos dos Tributos – 500 anos*” (24 painéis sobre a reconstituição da história dos tributos no Brasil, desde a chegada dos portugueses até os dias de hoje); e d) um “*Centro de atendimento ao Contribuinte-mirim*” (onde se vê como fazer uma declaração de isento, IRPF ou IRPJ), pretendendo atingir os alunos, professores e convidados dos Colégios investidos na iniciativa. O Programa de Educação Fiscal pretende ser implantado em âmbito nacional pelos Ministérios da Fazenda e da Educação e pela Receita Federal. Podem ser feitas parcerias com Secretarias estaduais e municipais. Tudo isto com o objetivo de formar cidadãos que entendam a importância da arrecadação tributária e da fiscalização da aplicação dos recursos públicos.



6.5. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E ORÇAMENTO PARTICIPATIVOS



Estes representantes teriam como principal tarefa a de interagir com os representantes estaduais, pretendendo a realização das ações coordenadas de educação fiscal, inclusive também com os representantes locais, que agem junto aos municípios.

A filosofia seria a de atuar de maneira articulada e com sintonia.

Infelizmente, penso que, malgrado as boas intenções, a área federal ainda não conseguiu transformar em realidade os seus objetivos, permanecendo afastados do Brasil federal os *Brasis estaduais e municipais*⁵⁷³.

⁵⁷³ A sintonia entre as diferentes regiões brasileiras não significa uma padronização acrítica. Neste sentido, vale observar o projeto de alteração do Código Brasileiro de Telecomunicações, pretendendo que 50% (cinquenta por cento) da programação das emissoras, transmitida entre as seis e as dezoito horas no rádio, e entre as dezoito e as vinte e duas horas na televisão, seja produzida localmente, e voltada para a cultura regional. Para os casos de descumprimento, adota-se uma multa prevista entre R\$ 1mil a R\$ 20 mil, atualizada na forma da legislação vigente. Com isto, afirma-se, as estações deixariam de ser meras repetidoras daquelas sediadas nas capitais, especialmente Rio de Janeiro e São Paulo. Não se trata de fechar algumas regiões brasileiras aos grandes centros, mas de preservar a cultura popular.



7. SEGURANÇA JURÍDICA E MEDIDAS PROVISÓRIAS

“Os governantes cessariam de ter o direito de legislar desde que procurassem fugir ao cumprimento e respeito devido às suas leis, comprometendo, assim, eles próprios, a segurança jurídica. (...) Estado de direito – a separação e a divisão dos poderes foram concebidas como fórmulas práticas de obter a limitação efectiva do Poder político e a garantia dos direitos individuais. O sistema que sobre a base dessas fórmulas procurou a realização satisfatória dos objectivos visados é conhecido pela designação de Estado de Direito.” (CAETANO, MARCELLO. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. 6ª ed. revista e ampliada por MIGUEL GALVÃO TELES. Tomo I reimpressão. Introdução – Estudo descritivo de algumas experiências constitucionais estrangeiras – Teoria Geral do Estado. Coimbra. Livraria Almedina. 1983, p. 305 e p. 320)

7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

“Especialmente desde a Guerra de 1914 se tem verificado que os sistemas clássicos pelos quais as democracias procuram enfrentar as circunstâncias anormais de crise e perturbação grave da ordem pública – a suspensão do habeas corpus e o estado de sítio (e mesmo o recurso à lei nacional) – são insuficientes. Em vista disso, ‘poderes extraordinários’ têm sido conferidos aos governos, para enfrentar essas situações de perigo extremo. Como escrevemos em outro trabalho, ‘essencialmente esses poderes especiais conferidos ao Executivo não passam de um só: o poder de legislar. O poder de editar regras de direito gerais e autônomas, condicionadas apenas pela Constituição.’ (FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. Do processo legislativo. São Paulo. Editora Saraiva. 1984, ps. 246-247)



7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL



Começo a tratar, inicialmente, sobre a Constituição de 25 de março de 1824. Esta Constituição, no art. 179, inc. XXXV, previu o instituto da medida provisória para situações de rebelião ou de invasão de inimigos. Assim, diante do perigo iminente, sendo indispensável à segurança do Estado, providências excepcionais poderiam ser tomadas, sem prejuízo da responsabilidade pelos abusos cometidos.

Havia, ainda, a preocupação com a urgência; pois, cessada esta, deveriam também cessar as medidas provisórias adotadas.

É o Texto deste dispositivo constitucional: “*Título 8º. Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros. (...) Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte (...) XXXV- Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-há fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembleia, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensável, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter à Assembléia, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d’outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.*”

Este foi o último dispositivo da Constituição de 25 de março de 1824, que se encerrou tratando das medidas provisórias.

Na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, não aparece medida similar entre as atribuições do Poder Executivo (art. 48), nem tampouco na Declaração de Direitos (art. 72). O dispositivo que parece, mais ou menos, simétrico com o anteriormente citado é o art. 80, nas Disposições Gerais, que trata do estado de sítio, falando em medidas de repressão contra as pessoas (art. 80, § 2º).

Na Constituição de 16 de julho de 1934, também o art. 56 não vai muito além de atribuir ao Presidente da República a competência privativa para decretar o estado de sítio (art. 56, 13 c/c art. 175, § 7º), falando em medidas de exceção no § 10, do mesmo art. 175.



7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL



Portanto, foi a Constituição de 10 de novembro de 1937 a que primeiro consagrou, no Brasil, a figura do Decreto-lei.

Assim o fez nos arts. 12; 13; 14; 74, al. “b” e 180. É a Constituição do Estado Novo⁵⁷⁴. Uma Carta outorgada.

Quanto à sua ideologia, foi muito bem resumida por EDGARD CARONE, que a taxava de totalitária, e de teor fascista, onde o predomínio do Executivo saltava aos olhos.

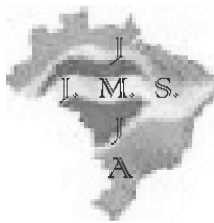
EDGARD CARONE: “Assim, o trabalho de FRANCISCO CAMPOS é uma amálgama entre fórmulas fascistas, nacionalistas e de caráter liberal, a última como solução de camuflagem. Esse conjunto de fórmulas é subordinado a uma estrutura legal totalitária, onde o Executivo é o poder dominante. Seu limite é extenso e abrange não só o poder político, como também os de decisão social e econômica.”⁵⁷⁵

Os únicos avanços que foram trazidos por esta Constituição menos podem ser atribuídos a ela, e mais à ação pessoal de GETÚLIO VARGAS. O seu conteúdo geral não permitia concluir pela independência e pela harmonia entre os Poderes.

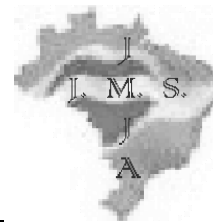
A uma, porque o seu art. 91 referia-se às restrições constitucionais expressas às garantias dos juízes de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Chegou-se, inclusive, a extinguir a Justiça Federal Comum, sob a justificativa da sua desnecessidade, dado que tudo se resumia ao âmbito federal, monopolizado por GETÚLIO VARGAS (também foi dissolvida a Justiça Eleitoral).

⁵⁷⁴ Sobre a ideologia constitucional do «Estado Novo», vide J. J. CANOTILHO, em seu Direito Constitucional: “A ideologia constitucional do «Estado Novo». Com a Constituição de 1933 institucionalizava-se em Portugal um regime político-constitucional marcadamente autoritário. (Nota de rodapé 56: Como recorda M. REBELO DE SOUSA, *Os Partidos Políticos*, cit. O qualificativo «antidemocrático e antiliberal, autoritário e intervencionista» pertence a OLIVEIRA SALAZAR (*Discursos e Notas Políticas*, Vol. III. Coimbra, 1943, p. 236). Cfr. também MANUEL BRAGA DA CRUZ “A Revolução Nacional de 1926: da Ditadura Militar à formação do Estado Novo”, in CARVALHO HOMEM (coord.), *Revoltas e Revoluções*, Vol. 2, cit. p. 347 ss.” (extraído de CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional*. 5ª ed. totalmente refundida e aumentada. Coimbra. Livraria Almedina. 1991, p. 333).

⁵⁷⁵ CARONE, EDGARD. *A Terceira República – 1937-1945*. São Paulo. Editora Difel. 1976, p. 142.



7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL



A duas, porque instituiu o chamado Conselho Federal, que era uma espécie de Senado sem voto popular, pois dez dos seus membros eram, simplesmente, nomeados pelo Presidente da República (art. 50).

Por coisas como estas, é entendida como mutilada em relação à Constituição de julho de 1934, e inferior à de setembro de 1946.

É bem verdade que não foi o desequilíbrio dos Poderes que a derrubou, mas a vitória dos aliados contra o nazi-fascismo.

Na realidade, governava-se sem Constituição.

PAULO BONAVIDES, tratando da história constitucional do Brasil, foi bastante expressivo ao dizer que esta Constituição quase não teve senão uma melancólica existência jurídico-formal: *“A Carta de 1937, exceção feita aos dispositivos autoritários que serviam aos interesses imediatos do poder, não teve aplicação. A mais simples de suas disposições e a primeira que deveria ter sido posta em prática – o plebiscito que permitiria o referendun popular – não chegou sequer a ser cogitada.”*⁵⁷⁶

Logo, em termos democráticos, os seus dispositivos sobre o Decreto-lei não têm um grande valor, embora se haja esboçado alguma limitação quanto às matérias a serem dispostas por este instrumento normativo.

No entanto, por um dever de completude histórica, os declinarei.

São as normas da Constituição de 10 de novembro de 1937 a versarem sobre os Decretos-leis:

“Art. 12. O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização. **Art. 13.** O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b)

⁵⁷⁶ BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. Obra citada. 1991, p. 342.



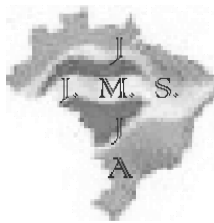
legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União. Parágrafo Único. Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional (arts. 57 a 63), nas matérias da sua competência consultiva. Art. 14. O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas. (...) Art. 74. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) b) expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12 e 13. (...) Art. 180. Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

O art. 14 veio a sofrer uma alteração, retirando-se a expressão “Governo”, conforme a Lei Constitucional nº 09, de 28 de fevereiro de 1945⁵⁷⁷: “Art. 14. O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização da administração federal e o comando supremo e a organização das forças armadas.”

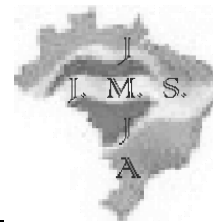
Enfim, GETÚLIO VARGAS, vitorioso na Revolução de 1930, anunciou um “programa de reconstrução nacional”, onde estava inserida a reforma do sistema eleitoral. Esta consistiu na proibição da existência de partidos, sendo, por isto, dissolvida a Justiça eleitoral. O que é muito lógico, pois, sem partidos, ela não teria o que fazer.

No Preâmbulo da Carta de novembro de 1937, falava-se na necessidade de “eliminar os fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários.”

⁵⁷⁷ A Lei Constitucional nº 09 foi editada pelo Presidente da República, fundada no art. 180, da Constituição de novembro de 1937, que conferia ao Chefe do Poder Executivo, não estando reunido o Parlamento, o poder de expedir Decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União. Ocorre que a competência, nele citada, dizia respeito à legislação ordinária, e não constitucional.. Assim, defendeu-se a nulidade da Lei Constitucional nº 09, que era chamada de Ato Adicional à Carta de 1937. Ela modificou, substancialmente, a Constituição, sendo o único ato da ditadura a abrir caminho para a restauração do sistema representativo, destruído pela Carta de 10 de novembro de 1937.



7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL



Era a busca por um *Partido Único*.

Portanto, a experiência dos Decretos-leis começa mal no Brasil.

Veio a redemocratização do País, e, com ela, a Constituição de 18 de setembro de 1946. Não foram previstos os Decretos-leis.

Entretanto, foi com o Ato Institucional nº 02, de 27 de outubro de 1965 que eles ressurgiram.

A história resumida deste Ato Institucional é a seguinte.

Em 1965, foram realizadas eleições diretas para Governador dos Estados, e a oposição venceu em cinco (Guanabara, Minas Gerais, Mato Grosso, Santa Catarina e Rio Grande do Norte). Isto foi visto pelos militares como uma ameaça, o que fez o Presidente CASTELO BRANCO baixar este Ato Institucional, que extinguiu os partidos políticos e conferiu ao Presidente da República amplos poderes para cassar direitos políticos e decretar o estado de sítio.

Na Exposição de Motivos do AI-2, entre outras referências, veio consignado: “*Não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará. Assim, o seu Poder Constituinte não se exauriu (...) A autolimitação que a Revolução se impôs no Ato Institucional de 09 de abril de 1964 não significa, portanto, que, tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento (...)*”

Antes de referenciar os Decretos-leis nos arts. 30 e 31, cabe destacar, entre tantos, o art. 19, que dizia: “*Art. 19. Ficam excluídos da apreciação judicial: I- os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal, com fundamento no Ato Institucional de 09 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste; II- as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.*”

Enfim, era um período histórico excepcional, segundo o próprio Ato, revolucionário.



7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL



O Presidente da República podia fechar o Congresso Nacional, mesmo não se estando em estado de sítio, e, a partir daí, decretado o recesso parlamentar, legislar por Decretos-leis. Os Decretos-leis não estavam limitados ao Presidente, mas também poderiam ser expedidos por Governadores e Prefeitos.

Eis os arts. 30 e 31: “Art. 30. O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional. Art. 31. A decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele. Parágrafo Único. Decretado o recesso parlamentar, **o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar mediante decretos-leis**, em todas as matérias previstas na Constituição e na lei orgânica.” (grifei)

Além do Ato Institucional nº 02, de 1965, também consagrou os Decretos-leis o Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966.

O seu perfil resumido é o seguinte.

No AI-4, convocou-se o Congresso Nacional para se reunir, extraordinariamente, entre 12 de dezembro de 1966 e 24 de janeiro de 1967, devendo discutir, votar e promulgar o Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.

Este Projeto, cuja confecção foi coordenada pelo Ministro da Justiça, CARLOS MEDEIROS SILVA, e pelo Presidente CASTELO BRANCO, contou com a participação de juristas ilustres, como OROZIMBO NONATO, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e MIGUEL SEABRA FAGUNDES.⁵⁷⁸

Nos seus Considerandos, ainda estava firmado que “o Governo continua a deter os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução.”

⁵⁷⁸ No entanto, o Marechal CASTELLO BRANCO reconheceu o relativo aproveitamento do trabalho da Comissão de Juristas, dando a seguinte justificativa: “Incumbi o Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores da elaboração e redação final do projeto, depois de ter em mãos o trabalho de uma comissão de notáveis juristas, as sugestões dos setores mais qualificados do Governo e de eminentes estudiosos e pessoas interessadas no assunto.”



Portanto, tratava-se de um Ato de exceção.

No seu art. 9º, estavam previstos os Decretos-leis: “Art. 9º. O Presidente da República, na forma do art. 30, do Ato Institucional nº 02, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como Decretos-leis sobre matéria de segurança nacional, até 15 de março de 1967. § 1º. Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente da República também poderá baixar Decretos-Leis sobre matéria financeira. § 2º. Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir Decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.”

Como, facilmente, é possível notar, até aqui, o Decreto-lei encontra-se, umbilicalmente, ligado a períodos que, no mínimo, repercutem um enfraquecimento democrático da história brasileira.

Veja-se, agora, a Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967.

Nela, mais precisamente (Do Processo Legislativo) no art. 49, inc. V, e no art. 58, vêm os Decretos-leis.

É o que dizem estes artigos:

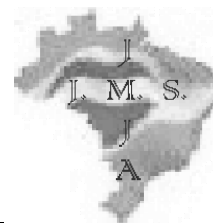
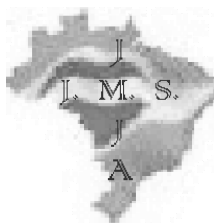
“Art.49.O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) V- decretos-leis (...)

Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I- segurança nacional; II- finanças públicas.

Parágrafo Único. Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta (60) dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.”

Daqui, podem ser extraídas oito características, a saber:

1. a competência para expedir Decretos-leis é do Presidente da República;



2. *as situações que justificam os Decretos-leis são a de urgência ou a do interesse público relevante, que são conceitos um tanto trêmulos e imprecisos*⁵⁷⁹;
3. *os Decretos-leis não devem resultar em aumento de despesa;*
4. *as matérias envolvidas devem dizer respeito à segurança nacional ou às finanças públicas;*
5. *os Decretos-leis têm vigência imediata;*
6. *o Congresso Nacional deve analisá-los em 60 (sessenta) dias;*
7. *o Congresso Nacional não poderia emendá-los;*
8. *os Decretos-leis eram aprovados pelo decurso de prazo, em face da não deliberação congressional nos 60 (sessenta) dias.*

Sobre o que venha a ser interesse público, cabe a citação de JOSÉ SÉRVULO CORREIA, que, após reconhecer a dificuldade da definição, o reconhece intuitivo e extravagante aos propósitos imediatos da iniciativa privada: “O conceito de interesse público é daqueles cuja evidência intuitiva não facilita em muito a definição. (...) Conceito mais substancioso é o de Rivero, quando escreve que o interesse público representa a esfera das necessidades a que a iniciativa privada não pode responder, e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um dos seus membros.”⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ KARL ENGLISH, em sua *Introdução ao Pensamento Jurídico* fala da indeterminação dos conceitos jurídicos, afirmando que, frequentemente é a interpretação a partir do contexto que “tira a claro qual dos sentidos está em jogo em cada caso.”. Advertindo, ainda, que até os conceitos exatos, como aqueles expressos em números, podem tornar-se indeterminados. É o caso, por exemplo, das notas de exames. (Introdução ao Pensamento Jurídico. 6ª ed. Lisboa. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, ps. 259-260).

⁵⁸⁰ CORREIA, JOSÉ SÉRVULO. Estudos sobre a Constituição (Coordenação de JORGE MIRANDA). Vol. III. *Os Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Livraria Petrony. 1979, p. 662.



Ocorre que a Constituição de 24 de janeiro de 1967, sendo computados os 04 (quatro) Atos Institucionais já existentes, foi atingida por mais quatorze, chegando-se aos 17 (dezessete) Atos Institucionais e 73 (setenta e três) Atos Complementares.

Entre os tantos Atos Institucionais, recebe destaque o Ato Institucional nº 05, de 13.12.68.

Como é de conhecimento notório, o AI-5 foi uma retaliação do Governo que queria processar um Deputado, que havia protestado, na Tribuna da Câmara, contra a violência policial e o regime militar, sugerindo o boicote ao desfile da Independência.

O Plenário do Congresso Nacional recusou o pedido do Governo, e trouxe, com isto, o AI-5, que facultou, entre outras providências, ao Presidente da República decretar o recesso parlamentar quando julgasse conveniente, estando autorizado a legislar em todas as matérias neste período (art. 2º, “caput” e § 1º).

Logo, se a Constituição de janeiro de 1967 foi feita para conferir estabilidade diante do grande número de Atos Institucionais e Emendas Constitucionais então editados, ela malogrou.

Nunca será demais repetir o que disse PONTES DE MIRANDA sobre A Carta de janeiro de 1967: “Na Constituição de 1967, há mais subservidão do que revolucionariedade (...) o Ato Institucional de 1964 foi erro grave na história do Brasil e produziu os outros erros, em outros atos institucionais.”⁵⁸¹

Enfim, o AI-5, de 1968 liquidou com as esperanças de redemocratização.

Foi, neste contexto, que veio a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Para alguns, uma nova Constituição.

Sobre isto, em outra oportunidade, declinei o que penso. Entendo que esta polêmica instalou-se por dois motivos:

⁵⁸¹ MIRANDA, PONTES DE. Comentários à Constituição de 1967 – Tomo I. Editora Forense. 1987.



1. em face da procura, pelo Governo, de aparências de legitimidade constitucional, dado que a Carta de janeiro de 1967 passou pelo Congresso (O Projeto do Governo chegou ao Congresso em 12.12.66, e a Carta foi promulgada aos 24.01.67).

2. em razão das muitas e importantes alterações que introduziu na Carta de janeiro de 1967.

Pela análise histórica, conclui-se que a Emenda nº 01/69 foi outorgada por uma Junta de Militares, que pretendia adequar a ordem jurídica nacional aos tantos Atos Institucionais e Complementares, fortalecendo o Poder Executivo.

O art. 55, da Emenda Constitucional nº 01/69 tratou dos Decretos-leis.

É o seu texto: “Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I- segurança nacional; II- finanças públicas, inclusive normas tributárias; III- criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º. Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51.

§ 2º. A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.”

Era o que dizia o § 3º, do art. 51 (dispunha a respeito do encaminhamento de Projeto de lei, sobre qualquer matéria, ao Congresso Nacional): “Art. 51. (...) § 3º. Na falta de deliberação dentro dos prazos estipulados neste artigo e parágrafos anteriores, considerar-se-ão aprovados os projetos.”

Portanto, feita a apresentação dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 01/69, é de se especificar as principais alterações por ela produzidas no instituto do Decreto-lei no Brasil:



7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL



1. acrescentou, entre as matérias a serem veiculadas por Decretos-leis, a criação de cargos públicos e a fixação de vencimentos. Fez, também, referência expressa às normas tributárias, compreendendo-as entre as finanças públicas;
2. esclareceu que o prazo dos 60 (sessenta) dias, para a deliberação congressional, deveria ser computado a contar do recebimento, mantendo-se a previsão de que, ultrapassado este prazo, sem a deliberação congressional, dava-se a aprovação definitiva do Decreto-lei; o que também ocorria quanto ao Projeto de lei sobre qualquer matéria, evidentemente que observados outros prazos⁵⁸²;
3. esclarece que, mesmo rejeitado o Decreto-lei, não haveria nulidade quanto aos atos praticados na sua vigência.

Mas, em que pese a linha dura do regime militar, as reações continuaram a existir, como, por exemplo, com o lançamento da Carta do Recife, em 1971, por um grupo progressista do Movimento Democrático Brasileiro (MDB “autêntico”), que propugnava por uma Assembléia Nacional Constituinte, fazendo oposição ao regime instalado.

O setor universitário, os intelectuais, alguns empresários, profissionais autônomos etc continuavam a se mobilizar em favor da transição democrática, objetivando derrubar a doutrina da segurança nacional, que, em tudo, enxergava suspeições.

Houve, mesmo antes do início da Campanha das “Diretas já” (a partir de 1984), a participação corajosa da comunidade, sob o risco de ser apanhada pela violência, pela tortura.

Foi, neste ambiente, que veio a alteração do § 3º, do art. 51, da Emenda Constitucional nº 01/69.

⁵⁸² Emenda Constitucional nº 01, de outubro de 1969. “Art. 51. O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projeto de lei sobre qualquer matéria, os quais, se o solicitar, serão apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal. § 1º. A solicitação do prazo mencionado neste artigo poderá ser feita depois da remessa do projeto e em qualquer fase de seu andamento. § 2º. Se o Presidente da República julgar urgente o projeto, poderá solicitar que a sua apreciação seja feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro do prazo de quarenta dias. (...)”



7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL



O novo Texto, embora mantivesse o Decreto-lei, e a sua aprovação por decurso de prazo, conferiu ao Congresso um período maior para se pronunciar sobre a iniciativa do Governo; pois, além dos 60 (sessenta) dias, acaso não houvesse a deliberação congressional, o Decreto-lei seria, automaticamente, inserido na ordem do dia, em regime de urgência, nas 10 (dez) sessões subsequentes, em dias sucessivos.

Era a nova redação do § 3º, do art. 51: “Art. 51. (...) § 3º. Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.” (Emenda Constitucional nº 22/82)⁵⁸³

Enfim, permaneceu o decurso de prazo (silêncio congressional) como uma manifestação positiva de vontade do Congresso, porquanto havia norma expressa neste sentido.

Foram várias as Emendas à Constituição de janeiro de 1967, ou, acaso se prefira, à Constituição de outubro de 1969.

Entre elas, agora, destaco a de nº 26, de 28.11.85, que “Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências”.

Pois bem, neste momento, retomo o “Direito Constitucional”, de J. J. GOMES CANOTILHO.

Nele, o prestigiado constitucionalista de Coimbra, ao tratar da Democracia participativa, em certa altura, afirma, naquilo que chama de “referência sintética do espectro de opiniões”, que uma das posições de ataque à democracia encontra nela um redutor de autoridade e da própria responsabilidade do Governo; o que, em derradeira análise, traria, de acordo com esta perspectiva, o aniquilamento do Estado de Direito: “Quanto ao problema da democratização através da participação podem detectar-se cinco posições (...) II. (...) A democratização e a participação conduzem à perda da autoridade do Estado e a dissolução do Estado de direito. (...) Como corolário lógico, a participação significa menos democracia, privação do desenvolvimento da liberdade individual,

⁵⁸³ Este dispositivo já havia sido alterado, anteriormente, pela Emenda Constitucional nº 11/78.



7.1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS DECRETOS-LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL



diminuição da responsabilidade dos órgãos centrais em relação a domínios particulares (exs. Universidades e escolas). A consequência inevitável é a dissolução do estado de direito, a «agonia da liberdade»⁵⁸⁴

Pois bem, parece incrível recordar a inexistência de apatia dos cidadãos brasileiros na época da Campanha das Diretas, e os predicados positivos que daí resultaram em favor do restabelecimento democrático no Brasil.

Após vinte anos de eclipse das liberdades públicas, passando por vários recessos forçados do Congresso Nacional (inclusive o decorrente do Pacote de abril, de 29.04.77, expedido pelo Presidente GEISEL), as organizações civis, as entidades populares, políticos de oposição, estudantes, professores, a comunidade em geral, clamava pela eleição direta para Presidente da República, que não veio.

Embora não tenha vindo naquele momento, o que provocou uma enorme frustração, trouxe a eleição de TANCREDO NEVES e JOSÉ SARNEY, através de um Colégio Eleitoral.

Mais: embora TANCREDO NEVES não haja tomado posse, por motivo de doença e seguinte falecimento, JOSÉ SARNEY tratou de enviar ao Congresso Nacional, em 28.06.85, uma Mensagem com a proposta de Convocação da Assembléia Nacional Constituinte. Foi a Emenda Constitucional nº 26, de novembro de 1985.

E, em 15.11.86, o povo foi às urnas votar para Governador e para eleger os membros da Constituinte, que não seria exclusiva, pois os eleitos exerceriam as funções legislativas ordinárias, e, também, as constituintes. (observação: é de merecer registro que um terço do *Senado, embora não passando por estas eleições gerais, compôs o Corpo Constituinte que elaborou a Constituição de 05 de outubro de 1988*).

⁵⁸⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional. 5ª ed. totalmente refundida e aumentada. Coimbra. Livraria Almedina. 1991, ps. 414-415.



7.2. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988⁵⁸⁵

“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 prazo de 30 dias, manifestando-se por omissão. Esta última, aliás, é um 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.” (CARVALHO, PAULO DE BARROS. Medidas Provisórias, extraído da Revista de Direito Público, nº 96, p. 143)

Eram nove as oportunidades em que a Constituição promulgada aos 05.10.88 referia-se, originalmente, às medidas provisórias. Em duas delas (art. 167, § 3º, do Texto Permanente e art. 73, das Disposições Transitórias – *ambas as limitações decorrentes de Emendas Constitucionais*), na verdade, embora não apareça a expressão *medida provisória*, dá-se menção ao art. 59, inc. V e ao art. 62, que sobre ela dispõem quer no âmbito do processo legislativo, quer conferindo um tratamento constitucional mais minudente sobre este instituto.

Por vezes, as citações constitucionais têm o objetivo direto de impedi-las em determinados assuntos, ou a partir de certas épocas (art. 25, § 2º; art. 246⁵⁸⁶, do Texto Permanente e art. 73, das Disposições Transitórias).

⁵⁸⁵ Vide o Título VII, *De 2.001 em diante*, onde se apresenta a nova regulamentação para as medidas provisórias brasileiras.

⁵⁸⁶ É a nova redação do art. 246, dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive.”



Em outras, elas são apresentadas como editos da competência privativa presidencial (art. 62 e art. 84, inc. XXVI).

Como se observa, não havia, desde o Texto originário, uma completa ausência de limites objetivos constitucionais.

Para apurar a fisionomia destas medidas na Constituição nacional, irei analisar cada uma das nove oportunidades.

É o que se fará a seguir.

1. Art. 25, § 2º.

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§ 2º. (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 05, de 15.08.95) Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão⁵⁸⁷, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

Aqui, originariamente, não havia a restrição à medida provisória.

Este parágrafo era assim redigido: *“Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.”*

⁵⁸⁷ “Concessão é a delegação contratual ou legal da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de direito administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*.” Remete-se para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Do Direito Privado na Administração Pública. Editora Atlas. 1989 e MÁRIO MASAGÃO. Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público. São Paulo. 1933, p. 101. A citação foi de HELY LOPES MEIRELLES. Direito Administrativo Brasileiro. Obra citada, 1990, p. 333.



7.2 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



O que vem ocorrendo é que, gradativamente, vêm sendo estabelecidos limites materiais; isto desde a Emenda Constitucional de Revisão nº 01, de 01.03.94, que, entre outras medidas, instituiu o Fundo Social de Emergência, com os objetivos de saneamento financeiro da Fazenda Pública e de estabilização econômica.

Ao lado da vedação à utilização de medida provisória, encontra-se também o movimento no sentido de liberar a economia aos investimentos dos particulares.

2. Art. 59, inc. V.

“ DO PROCESSO LEGISLATIVO. Disposição Geral. Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

(...)

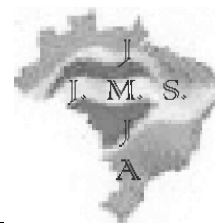
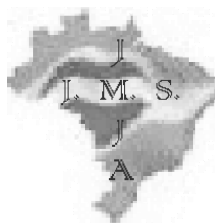
V- medidas provisórias”.

Como vem sendo demonstrado, o Decreto-lei, no Brasil, estava carregado de um cunho ligado ao autoritarismo. Daí, a fobia ou a aversão ao termo *Decreto-lei*. Por isto, foi extinto, ou, na melhor das hipóteses, transformado em algo que deveria ter uma aplicação mais amena.

Quanto ao processo constituinte, no que diz respeito ao embrionário das Medidas Provisórias, e, particularmente quanto a este inciso do art. 59, IVO DANTAS, em seus *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias*, adverte sobre os atropelos pelos quais passaram a sua inclusão no Texto Constitucional, inclusive destacando que foi a Comissão de Redação Final, agindo com excesso de poderes, que o fez incorporar à Constituição de outubro de 1988.

IVO DANTAS procura demonstrar como se procurou esconder o instituto: “*De início, podemos observar que a Comissão AFONSO ARINOS não fez nenhuma referência aos Decretos-leis, o que significa dizer-se que o art. 46 do texto de 67/69, com a redação da Emenda Constitucional nº 22/82⁵⁸⁸, não encontrava equivalente no art. 175 do Projeto*

⁵⁸⁸ Emenda Constitucional nº 22/82, art. 51, § 3º: “*Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na*



dos notáveis (dedicado ao Processo Legislativo), o mesmo acontecendo com o art. 55 anterior à citada Emenda. Pelo Projeto ‘A’ da Comissão de Sistematização (Assembléia Constituinte, novembro, 1987), igualmente não se faz alusão a esta espécie normativa (art. 73) e, conseqüentemente, no art. 95, que tratavam, respectivamente, do Processo Legislativo e das Atribuições do Presidente da República, o mesmo acontecendo com o Projeto ‘B’ (art. 61, antigo 73 do Projeto ‘A’), ou ainda no art. 59 do Projeto ‘C’, que foi enviado à Comissão de Redação, conforme texto publicado pela Assembléia Nacional Constituinte em 08.09.88 (aqui o art. 61 passou a ser o art. 59), embora aparecesse nos arts. 86-XXVI e 64 (ambos do Projeto ‘B’), arts. 62 e 84-XXV do texto aprovado em segundo turno e enviado à Comissão de Redação, todos eles, entretanto, referentes às Atribuições do Presidente da República.”

IVO DANTAS arremata o seu raciocínio, fazendo uma crítica à Comissão de Redação Final, deixando clara a mensagem de que não houve apenas excesso de poderes, mas uma engenharia legislativa duvidosa no processo de inserção constitucional deste instituto:

Anote-se: “No período de 12 a 18 de setembro, a **Comissão de Redação Final**, que contou com a colaboração do filólogo CELSO FERREIRA DA CUNHA, entretanto, e **extrapolando os limites de suas funções, incorporou as Medidas Provisórias ao atual art. 59 da constituição (Processo Legislativo)**, que, desta forma, passou de 6 (seis) incisos para 7 (sete), já que esta espécie legislativa foi introduzida no inciso V. Por outro lado, foi o instituto mantido no art. 84-XXVI (que trata das Atribuições do Presidente da República) e no art. 62, integrante do Capítulo I, Título IV, Seção VIII, Subseção III, dedicado às Leis.”⁵⁸⁹ (grifei)

3. Art. 62.⁵⁹⁰

ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente.” Portanto, embora permanecesse o decurso de prazo, ofereceu-se ao Congresso Nacional uma oportunidade mais ampla de pronunciamento.

⁵⁸⁹ DANTAS, IVO. Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. 3ª ed. revista e aumentada. Brasília. Editora Brasília Jurídica. 1997, p. 55.

⁵⁹⁰ A redação atual do art. 62 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, e foi analisada no Título “De 2001 em diante.”



7.2 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



“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.” (Texto originário)⁵⁹¹

Sobre este dispositivo, ainda muito será analisado. No entanto, já agora, cabe voltar a destacar que é preciso pensar nas origens destacadamente diversas entre o Decreto-lei e a Medida Provisória, a começar pelo fato de que, no Decreto-lei, acaso o Legislativo silenciasse na sua apreciação, ele seria considerado aprovado (silêncio como manifestação constitucional positiva de vontade). E, mesmo que fosse rejeitado, os atos praticados durante a sua vigência eram havidos como válidos, sem a necessidade de qualquer disciplinamento do Congresso Nacional.

Sobre a urgência e a relevância, são conceitos jurídicos com necessidade de melhor demarcação. O que, sem dúvida, é uma difícil tarefa, tanto mais em um País como o Brasil, cuja carência econômica da maior parte da população poderia, equivocadamente, trazer a impressão de que tudo é relevante e urgente; ficando aberto um espaço sem medidas para o Poder Executivo.

Assim, giza-se a importância do Congresso Nacional apreciar estas condições, que funcionam como pressupostos de admissibilidade. Só depois de estarem estas exigências preliminares apreciadas, é que caberá o exame material do teor de compatibilidade sistêmico-constitucional da medida que lhe foi submetida.

Em outras palavras, primeiro o Congresso Nacional forma o seu juízo sobre a relevância e a urgência, para, só então, averiguá-la nos demais pressupostos constitucionais.

⁵⁹¹ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).



7.2 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



No mais, é importante notar que se, desde a edição, as medidas provisórias já têm força de lei, somente se convertem em leis se aprovadas.

Assim, mesmo tendo a medida provisória força de lei, não deve ser confundida com uma lei.

Falo isto, de modo a que se pondere sobre o que vem a ser uma medida provisória.

Muitos a tratam como uma lei sob condição resolutiva.⁵⁹² Outros, nelas enxergam efeitos paralisantes, e não revogatórios, de modo a permitir, acaso não se opere a conversão em lei, que fique restaurada a eficácia jurídica do diploma legislativo suspenso.⁵⁹³

Um exemplo do que digo está no voto do Conselheiro OLIVEIRA LIMA, do Conselho da Justiça Federal, que, citando PINTO FERREIRA (Comentários à Constituição Brasileira. Editora Saraiva. 1992, p. 294), argumentou, no Processo Administrativo nº 96.240120, em sessão administrativa de 17.12.96, sobre a vantagem dos servidores públicos denominada *décimos*, da seguinte forma: “Vale a pena ressaltar que, em consulta formulada pelo Presidente da Câmara dos Deputados ao Colendo Tribunal de Contas da União a respeito de matéria idêntica a esta, o E. Subprocurador Geral da

⁵⁹² “As medidas provisórias, de inspiração européia, com força de lei, sob condição resolutiva, podem disciplinar qualquer matéria, inclusive tributária, porque inexistente lesão ao princípio da legalidade ou da anterioridade, que não é absoluto. As medidas provisórias não podem tratar de matéria penal, por não se compor com o sistema jurídico vigente e exigirem-se certas cautelas que não se harmonizam com os pressupostos do Direito Penal. (...) Lembra, entretanto (refere-se a IVES GANDRA DA SILVA MARTINS), que apenas o Ministro MOREIRA ALVES e o Juiz HUGO DE BRITO MACHADO defendem a tese de que a medida provisória pode veicular matéria de lei complementar (cf. O Plano Brasil novo e a constituição. 1ª ed., ps. 83-100)”. Texto extraído de SZKLAROWSKY, LEON FREJDA. Medidas Provisórias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991, ps. 76-77.

⁵⁹³ “(...) possui eficácia temporal limitada de trinta dias, tendo efeitos paralisantes e não revogatórios em face das leis que lhe são anteriores e conflitantes. Caso não se opere a conversão legislativa, fica restaurada a eficácia jurídica dos diplomas legislativos suspensos, afetados pela medida provisória. Tal restauração não se confunde com a repristinação, será **ex tunc**, isto é, desde a data da medida provisória não convertida.” FERREIRA, PINTO. Comentários à Constituição Brasileira. Editora Saraiva. 1992, p. 294. Vide a Reforma Constitucional do regulamento jurídico das medidas provisórias no Título “De 2.001 em diante”.



República, Dr. LUCAS ROCHA FURTADO, sustenta, em síntese, que a medida provisória não convertida em lei, por rejeição expressa ou pelo decurso do prazo de trinta dias⁵⁹⁴, perde a sua eficácia, aplicando-se a lei anterior. Em sendo reeditada a medida provisória, somente aquela que for convertida em lei revoga o diploma legislativo anterior conflitante.”

Pois bem, sem adentrar ainda mais profundamente no tema, continuarei a apresentar as referências constitucionais às medidas provisórias.

4. Art. 66, § 6º.

“Art. 66. (...) § 6º. Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º. (apreciação de veto presidencial), o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias de que trata o art. 62, Parágrafo Único.”⁵⁹⁵

Em linguagem direta, a Constituição de outubro de 1988 não prevê a aceitação tácita do veto, tal como o fazia o art. 59, § 4º, da Constituição de janeiro de 1967⁵⁹⁶.

Por isto, determina que, não havendo manifestação do Congresso Nacional sobre o veto, no prazo constitucional, ele deve ser colocado na ordem do dia, na sessão imediata, prevalecendo a sua votação a qualquer outra proposição, observada, entretanto, a precedência do exame das medidas provisórias.

⁵⁹⁴ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias.

⁵⁹⁵ Na Reforma Constitucional de setembro de 2001, o § 6º, do art. 66, passou a ter a seguinte redação: “Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.”

⁵⁹⁶ Constituição brasileira de janeiro de 1967. “Art. 59. (...) § 3º. Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de quarenta e cinco dias, em votação pública, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Nesse caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 4º. Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no parágrafo anterior, o veto será considerado mantido.”



5. Art. 84, inc. XXVI.⁵⁹⁷

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XXVI- editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62.”

Sendo aparentemente novo o instituto das medidas provisórias, salvo a sua referência na Constituição de 1824, também seria nova a competência e o seu exercício. Antes, havia a figura do Decreto-lei.

Apenas para demonstrar como parte da doutrina brasileira costuma distinguir os modelos jurídicos, apresento o comentário de CLÉLIO CHIESA, que, após falar sobre a aprovação tácita do Decreto-lei, defende a possibilidade de, por medida provisória, serem acarretados aumentos de despesa, referindo-se, ainda, sobre uma possível limitação implícita de caráter sistemático para o âmbito material destas medidas.

Destaco, especialmente, quando assevera a manutenção dos efeitos pretéritos dos decretos leis; o que não ocorre com as medidas provisórias: *“Os dois modelos divergem também quanto aos efeitos da rejeição. Na Constituição de 1967, com o aditamento da Emenda Constitucional 01/69, a rejeição do decreto-lei não implicava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência. No caso de medida provisória, ao contrário, a inexistência de conversão opera efeitos ex tunc, ou seja, perde sua eficácia desde sua edição. (...) Os decretos-leis previstos na Constituição de 1967 não podiam acarretar aumento de despesa, o que não ocorre com as medidas provisórias, pois na Constituição atual não há nenhuma vedação nesse sentido. Os decretos-leis somente cabiam em matéria determinada: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. As medidas provisórias não têm limitações expressas quanto à matéria. Todavia, não se pode negar que há uma vedação implícita,*

⁵⁹⁷ A Reforma Constitucional de setembro de 2001 altera o inc. VI, do art. 84, conferindo-lhe a seguinte redação: *“Art. 84. (...) VI- dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.”*



decorrente de uma interpretação sistemática, conforme será demonstrado no desenvolvimento desse trabalho.”⁵⁹⁸

E arremata, em suas Conclusões, na mesma obra citada, às ps. 102-103, sobre quais as matérias que considerava interditas às medidas provisórias, a saber: “7. O art. 62 da CF/88 não indica, expressamente, quais as matérias que podem ser disciplinadas por medidas provisórias; diferentemente do que ocorria com o decreto-lei previsto na Constituição anterior. Todavia, essa omissão do texto constitucional não tem o condão de impedir o intérprete, que tenha presente as diretrizes, os princípios e os valores consagrados na CF/88, de extrair deles todas as consequências jurídicas necessárias para delimitar o instituto das medidas provisórias. 8. Assim, entendemos que as medidas provisórias não podem versar sobre as seguintes matérias: a) restritas às Emendas Constitucionais; b) àquelas reservadas à lei complementar; c) os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional; d) os atos de competência exclusiva da Câmara dos Deputados; e) os atos do Senado Federal; f) àqueles atinentes à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; g) ato que disciplinar sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; h) os planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos; i) matéria tributária; j) matéria penal.”

Enfim, o ponto que me parece importante é o de que, independentemente das inspirações internacionais destas medidas, o fato de elas virem a ser aplicadas no Brasil conduzem-lhes características específicas, que, paulatinamente, a jurisprudência, com o apoio da doutrina, continuará a construir.

Funciona, mais ou menos, como uma pessoa que vai morar em um outro País que não aquele onde nasceu e viveu. Evidentemente que os seus hábitos sofrem as influências das novas circunstâncias. A acomodação vai ocorrendo aos poucos.

Logo, não se pode, mesmo decorridos mais de dez anos da promulgação da Constituição brasileira de outubro de 1988, ainda delimitar, ao certo, esta competência privativa do Presidente da República.

⁵⁹⁸ CHIESA, CLÉLIO. Medidas Provisórias – o Regime Jurídico Constitucional. Curitiba. Editora Juruá. 1996, ps. 19-20.



6. Art. 167, § 3º.

“Art. 167. (...)

§ 3º. A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.” (grifei)

Quanto à abertura de crédito extraordinário, ela, naturalmente, decorre da imprevisibilidade de situações que, como tais, não foram dispostas no orçamento. O Texto Constitucional exemplifica ao que se refere: guerra, subversão interna, calamidade pública etc.

Nestas circunstâncias, o instrumento da medida provisória aparece como o mais adequado. Evidentemente que isto não afasta a competência do Poder Legislativo de autorizar a abertura de créditos extraordinários, tal como recomenda o § 2º, do mesmo artigo, que diz: “§ 2º. Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente.”

7. Art. 246.⁵⁹⁹

“Art. 246. 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.”

⁵⁹⁹ A Reforma Constitucional de setembro de 2001 conferiu-lhe a seguinte redação: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive.” Portanto, este dispositivo foi limitado no tempo. Um dos motivos foi o da preocupação do Governo Federal de, em realizando uma Reforma tributária, ainda dispor das medidas provisórias para regulamentá-la.



7.2 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Este artigo era de uma extrema peculiaridade, não apenas pela vedação das medidas provisórias às matérias constitucionais decorrentes de Emenda a partir de 1995. É, também, fundamental insistir dizendo que este mesmo dispositivo foi aprovado duas vezes, em duas Emendas distintas, que têm a mesma data. As Emendas n^{os} 06 e 07, ambas de 15.08.95.

É isto mesmo, a partir de 1995, tudo o que vier a ser, regularmente, alterado na Constituição do Brasil não poderá vir a ser passível de medida provisória. Esta é uma limitação importante, sobretudo dado o grande número de Reformas Constitucionais que soem ocorrer, no Brasil; haja vista, por exemplo, as chamadas Reformas Administrativa (Emenda n^o 19, de 05.06.98) e Previdenciária (Emenda n^o 20, de 15.12.98), que tiveram grande relevo e extensão. Além destas, ainda mais recentemente, foram promulgadas as Emendas Constitucionais n^{os} 21 e 22, ambas de 18.03.99, tratando de temas diversos.

O que, no entanto, em oportunidades outras, venho indagando são dois pontos que quero deixar, no momento, registrados:

- a) se a Constituição chegou ao exagero de ver aprovado um mesmo artigo duas vezes, também, entre as suas matérias, há aquelas que vêm repetidas em mais de um artigo (por exemplo: educação). Ora, se um destes vier a ser alterado por emenda a partir de 1995, e os outros não o forem, poderiam estes últimos servirem de fundamento de validade para novas medidas provisórias ?
- b) se um artigo alterado por Emenda tratasse, originalmente, de dois ou mais assuntos, e apenas um houvesse sofrido alteração, estaria o outro impossibilitado de vir a ser regulado por meio de medida provisória, mesmo estando manifestamente presentes os requisitos constitucionais para a sua adoção – relevância e urgência ?

Estas indagações as fiz ao analisar a contribuição social do salário educação, que foi alterada pela Emenda Constitucional n^o 14, de 1996. No artigo publicado, concluí pela necessidade de considerar o caso concreto, onde dei prevalência, em minha interpretação, aos dispositivos constitucionais relativos ao direito fundamental à educação.

A educação é reconhecida, constitucionalmente, como um direito de todos e um dever do Estado (arts. 205 e ss.), havendo o não oferecimento do ensino obrigatório pelo



Poder Público, ou mesmo a sua oferta irregular, de importar em responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º)⁶⁰⁰. Afinal, a cidadania é construída com a melhoria da qualidade de ensino e com a universalização do atendimento escolar.

Enfim, mesmo nesta perspectiva preambular, não se pode deixar de advertir que este dispositivo vem sendo um dos maiores obstáculos para a aprovação de um novo regulamento jurídico-constitucional para as medidas provisórias.

Explicando melhor o que digo.

Acaso o Governo pretenda aprovar mais uma Reforma Constitucional tributária, a permanência do art. 246, na redação em que se encontrava, significaria que nada que estivesse nela contido poderia ser regulamentado por medida provisória; o que, efetivamente, não é o objetivo governamental.

Assim, eram oferecidas, ao menos, duas alternativas para ultrapassar o obstáculo, dado que este artigo foi uma exigência do Congresso Nacional quando da edição das Emendas Constitucionais das privatizações.

Eis as alternativas:

- a) simplesmente, revoga-se o dispositivo;
- b) transmite-se para ele uma eficácia temporária, aplicando-se apenas a Emendas Constitucionais dentro de um certo período de tempo.

8. Art. 25, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

“Art. 25. (...)

§ 2º. Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.”

⁶⁰⁰ Constituição do Brasil “Art. 208. (...) § 2º. O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”



7.2 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Mais uma demonstração de que o Decreto-lei e a medida provisória não são realidades coincidentes, ao menos no Brasil; embora possam ser havidas como próximas funcionalmente.

Daí, a necessidade de depuração do sistema jurídico nacional dos Decretos-leis ainda não convertidos, que, acaso editados a partir de 03.09.88, foram transformados em medidas provisórias.

Na época, a doutrina mais imediata à promulgação constitucional, concluía que estas medidas provisórias, se não fossem aprovadas em 30 dias, perderiam a eficácia, não se pondo em discussão mais intensa a possibilidade ampla da reedição.

Ou melhor dito, a Constituição de outubro de 1988 transferiu atribuições e prerrogativas do Poder Executivo para o Legislativo, interferindo, até mesmo, no regime jurídico, dos Decretos-leis em tramitação à época em que foi promulgada (05.10.88).

Isto tudo para propiciar uma maior equivalência e independência entre os Poderes.

Assim, além de, liminarmente, eliminar a inclusão automática dos Decretos-leis na ordem do dia do Congresso Nacional, determinou que o decurso de prazo (silêncio) provocasse a rejeição do instrumento construído no autoritarismo que se encerrava.

Relembrando, ainda, que, no *caput* deste artigo e no § 1º, vieram dispostas previsões que não devem ser esquecidas, como aquela que determinava a rejeição do Decreto-lei, editado até 02.09.88, por decurso de prazo; invertendo o que naquele momento vigia, embora resguardasse os atos já praticados no período de espera do pronunciamento congressional.

É o que diz as Disposições Transitórias da Constituição de 1988: “Art. 25. *Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I- ação normativa; II- alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.* § 1º. *Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I- se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados*



pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias, a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II- decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados; III- nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes.” (grifei)

9. Art. 73, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

“Art. 73. Na regulação do Fundo Social de Emergência não poderá ser utilizado o instrumento previsto no inciso V do art. 59 da Constituição.”

Este dispositivo não constava na redação original da Constituição de outubro de 1988, sendo inserido, no Texto Constitucional transitório, pela Emenda Constitucional de Revisão nº 01, de 01.03.94.

Na verdade, este Fundo é matéria extremamente polêmica; e, também por isto, a interdição da medida provisória.

Apenas para esclarecer o que seja, é de se dizer que os seus recursos, por imposição constitucional, deveriam ser aplicados, prioritariamente, no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação.

A crítica fundamental que se faz é a de que ele retira porção da receita que deveria ser repassada a Estados e Municípios. (Vide composição do Fundo Social de Emergência – Disposições Transitórias, art. 72, “caput”, incisos e §§).

Demonstrando o seu caráter polêmico, é de se frisar que já foi objeto de mais outra Emenda Constitucional: a Emenda Constitucional nº 10, de 04 de março de 1996.

Pois bem, diante destes artigos, apresentarei, a seguir, o Quadro demonstrativo de edições de Medidas Provisórias, por ano, até 10.11.98 (Dados do Serviço de Controle de Informações do Senado Federal):



7.2 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Ano	Total de edições	Total de edições mais reedições	Reedições com alteração	Transformadas em Lei
1988	15	15	0	11
1989	93	103	02	80
1990	89	163	20	74
1991	08	11	02	07
1992	07	10	01	07
1993	47	96	01	28
1994	91	405	37	40
1995	30	437	86	44
1996	39	648	69	15
1997	33	715	71	31
1998	05	125	0	0

(*) **Observação:** os dados atualizados aos 03.04.2001 demonstram que as medidas provisórias editadas já atingem um **total geral de 5.794**, dentre elas 2.609 no primeiro Governo de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO (01.01.1995 a 12.1998), e 2.373 no segundo Governo do mesmo Presidente (12.1998 a -----). (*) Estes dados podem ser retirados da Casa Civil da Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos – www.presidencia.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/Mp_governo.htm.⁶⁰¹

⁶⁰¹ Nesta mesma data, 03.04.2001, eram, contadas desde de 1946: a) 10.213 as leis ordinárias; b) 106 as leis complementares; c) e 13 as leis delegadas, sendo que a última lei delegada foi editada aos 27.08.1992. Afora mais uma outra, de mesma data, todas as 11 leis delegadas restantes são de 1962, ou de data anterior.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988

“O artigo 86 da Constituição espanhola declara inspiração no modelo italiano, e consagra a figura dos Decretos-leis, aliando-se com uma prática comum no Direito constitucional europeu, de onde estas normas se generalizaram durante o primeiro terço do presente século, sendo recolhidas pelos textos constitucionais posteriores à Segunda Guerra Mundial (artigos 77 da Constituição italiana de 1947, e 38 da francesa de 1958).” (LUQUE, LUIS AGUIAR e CANALES, RICARDO BLANCO. Constituição Espanhola 1978-1988. I. Centro de Estudos Constitucionais. 1988, p. 613)

I. Inicialmente, entendo que cabe fazer algumas observações importantes.

Primeiro, é a de que a análise do direito comparado se, por um lado, não deve ser tão genérica ao ponto de se perder na vaguidade e na imprecisão; por outro, pode sucumbir, no detalhamento, às verdadeiras circunstâncias de aplicabilidade nacional.

Neste tema, verifica-se, claramente, que o direito não se encontra simplesmente no texto escrito. Não basta conhecer a lei. Não basta conhecer a Constituição técnico-jurídica, deixando de lado a Constituição real e a batalha de condicionamentos recíprocos.

É tal como venho falando desde o início: é preciso confrontar o direito com a realidade ao seu entorno.

Reconhecendo as dificuldades, portanto, é que começo a rememorar o que já afirmei sobre o parlamentarismo, o presidencialismo e os sistemas *mistos*.

A uma primeira vista, poderia-se dizer que, no parlamentarismo, o Governo, sendo responsável perante o Parlamento, depende da sua confiança e do seu apoio para governar. Haveria uma responsabilidade política do Governo perante o Parlamento, e deste perante os eleitores.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Retirando o Parlamento a sua confiança no Governo, este último, simplesmente, cairia. Seria uma espécie de investidura de confiança. Advindo um voto de censura ou uma moção de desconfiança, a consequência seria a necessidade de um novo Governo.

Também poderia ocorrer que, em vez da exoneração dos membros do Governo, preferia-se apurar a confiança do povo, dissolvendo-se a Câmara, e se convocando eleições extraordinárias parlamentares.

Assim, instalada a crise, a mesma poderia vir a ser resolvida com menores traumas para a democracia, dado a flexibilidade do sistema.

Contudo, se este foi o modelo teórico mais difundido, parece ser ele incompleto diante da efetiva prática parlamentar.

Nos dias atuais, o parlamentarismo contemporâneo convive com quedas de Conselhos de Ministros não por falta de confiança parlamentar, mas pelo mero desfazimento das coligações partidárias que sustentam o Governo.

II. Como já foi visto, na República Federativa do Brasil, foram algumas as tentativas de implantar o sistema parlamentar de governo; isto sem êxito:

- a) a Emenda Constitucional nº 04, de 02.09.61 chegou a implantá-lo; mas foi logo revogada pela Emenda Constitucional nº 06, de 23.01.63, que restabeleceu o sistema presidencial;
- b) a Constituição de outubro de 1988, no art. 2º, do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, reservou o dia 07.09.93 (data oficial de independência) para o plebiscito que decidiria sobre isto. A Emenda Constitucional nº 02, de 01.09.92 alterou esta data para 21.04.93 (dia de Tiradentes, um herói e mártir nacional). O plebiscito ocorreu, e o resultado foi pela república e pelo presidencialismo. Neste dispositivo, ficou assegurada a gratuidade na livre divulgação do que seriam os dois sistemas, mediante os meios de comunicação de massa cessionários de serviços públicos.

Enfim, embora mantidos o sistema e a forma de governo, tenho comigo que não se deve atribuir ao presidencialismo a razão exclusiva das crises brasileiras, embora,



possivelmente, o parlamentarismo pudesse se manifestar como um instrumento prático com melhores contornos.

III.O debate nacional sobre a existência, ou não, do parlamentarismo no Brasil já foi, agora, resumidamente lembrado. Contudo, cabe, também, lembrar alguns outros pontos importantes, desde já registrando que, independente da opção que se tomou, o problema principal não está no se retirar o instituto das medidas provisórias do Texto Constitucional, mas o de transformar a aprovação destas medidas em um ônus do Presidente da República. Neste caminho, estaria a fixação de prazos, realmente, preclusivos.

Afinal, no presidencialismo, praticamente não se fala em confiança, não provocando a sua quebra a queda do Governo, ou algo similar, dado que o “impeachment”⁶⁰² é de tal modo traumático que, praticamente, nunca ocorre; além de possuir esquemas normativos bastante rígidos (crime de responsabilidade – vide arts. 85-86, da Constituição da República Federativa brasileira).

Ao menos pela tradição, confiança, simplesmente, é um assunto que não se encontra na pauta do poder, salvo na agenda dos grupos políticos que manifestam uma mais ferrenha oposição.

⁶⁰² Disse o atual Procurador-Geral da República brasileira, GERALDO BRINDEIRO, discorrendo sobre o caminho da maturidade de uma Nação: “A democracia brasileira, nos últimos dez anos, teve, sem dúvida, significativos avanços. As eleições presidenciais de 1989 e o impeachment em 1992, as eleições federais e estaduais de 1990, o plebiscito sobre presidencialismo e parlamentarismo em 1993, as eleições municipais de 1992 e 1996, novas eleições presidenciais, federais e estaduais em 1994 e 1998, e neste ano de 2000 as eleições municipais, permitiram pela prática democrática a aprendizagem do povo e governantes brasileiros.” (Artigo com o Título “A Democracia Brasileira e as Reformas Políticas”. Extraído do Boletim dos Procuradores da República. Ano III, nº 33, janeiro de 2.001, p. 03). A isto, acrescento, apenas, sobre o “impeachment” do ex-Presidente FERNANDO COLLOR, que a Câmara dos Deputados aprovou o processo de responsabilidade, e o mesmo foi afastado, temporariamente, por seis meses, assumindo, no seu lugar, o Vice-Presidente ITAMAR FRANCO. Aos 29 de dezembro de 1992, diante da evidente probabilidade de cassação, FERNANDO COLLOR renunciou. A despeito disto, o processo de “impeachment” continuou, e por 76 votos a três, este Presidente teve os seus direitos políticos cassados por 8 anos. Em 2000, tentou concorrer à Prefeitura de São Paulo; mas o Superior Tribunal Eleitoral o considerou inelegível.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Assim, no presidencialismo brasileiro, instalado um conflito entre o Governo e o Parlamento, e permitida a reedição, como o permite a prática legislativa autóctone, o Presidente poderia obstruir a votação, e da *não votação* não adviria qualquer encargo a mais para o Executivo.

Logo, em face das peculiaridades do presidencialismo no Brasil, os cuidados com as medidas provisórias presidenciais devem ser maiores do que os que precisariam ser adotados no sistema parlamentar; sobretudo quanto à reedição.

O que não significa dizer que, na reedição, como em quase tudo na vida, não haja pontos positivos e negativos.

Trava-se um debate entre a descrença popular (lado negativo) e a discutível possibilidade de aprimoramento do texto em face da demora (lado positivo).

No entanto, é preciso que se tenha que a possibilidade de reedição infinita é um enorme estímulo para a primeira edição. Regulamentar a reedição implicaria em estimular o Governo a não adotar medidas provisórias desnecessárias e sem negociações prévias à primeira edição.

E, afinal, negociar, é algo natural e pretendido em um Estado Democrático de Direito, tal como preconiza o art. 1, “caput”, da Constituição da República brasileira, entre os seus Princípios Fundamentais.

Enfim, não se deve discutir instituições políticas e jurídicas no vácuo.

IV. Contudo, considerando que, na elaboração da Constituição de um País, deva ser levado em conta de inspiração o direito comparado, vão, a seguir, Textos de algumas das principais Constituições do mundo, tomando-se em linha de análise a mais imediata influência no atual direito constitucional brasileiro.

1. **Constituição da Itália**, de 1947. “Art. 77. *O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos com valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adotar, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias, com força de lei, deve apresentá-las, no mesmo dia, para conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não*



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



*forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias, a partir da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.*⁶⁰³

Que os italianos falem sobre ela.

VEZIO CRISAFULLI e LIVIO PALADIN afirmaram que o Decreto lei é um ato do Governo, a ser adotado em casos excepcionais de necessidade e de urgência, equiparando-os às leis ordinárias, conferindo para eles a eficácia de leis ordinárias.⁶⁰⁴

Portanto, o “justo procedimento” ocorreria nestas circunstâncias.

ANGELO FAVATA entende o Decreto lei como uma providência com força de lei, emanada do Governo, e sem prévia delegação do Poder legislativo.

Justifica que encontra para o art. 77, da Constituição italiana, uma motivação relativa ao estado de necessidade e à urgência na emissão de uma certa norma. Contudo, sublinha que admite esta forma de legislar não apenas para situações de calamidade; mas também em matéria fiscal, exemplificando com o aumento de alíquotas.⁶⁰⁵

Também CARLO LAVAGNA debruçou-se sobre isto, dizendo que equiparava as medidas provisórias italianas (art. 77) aos tradicionais decretos leis; porém realçava que elas não lhe pareciam outra coisa senão os decretos leis regulados de *uma forma mais rigorosa ou diversa*.

E conclui que o termo lei, acrescentado ao de decreto, serviria para indicar o valor do ato, que tem um nível paritário ao da lei.⁶⁰⁶

⁶⁰³ Destaco sobre o parlamentarismo italiano a leitura dos arts. 55 (composição do Parlamento); 94 (moção de confiança e de desconfiança das Câmaras no Governo); 87 (possibilidade do Chefe de Estado – Presidente da República – convocar eleições para compor novas Câmaras).

⁶⁰⁴ CRISAFULLI, VEZIO e PALADIN, LIVIO. Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova. 1991, ps. 467-485.

⁶⁰⁵ FAVATA, ANGELO. Dicionário de Termos Jurídicos. Undicesima edizione aggiornata da FRANCESCO BARTOLINI. Casa Editrice La Tribuna – Piacenza, 1989, p. 115.

⁶⁰⁶ LAVAGNA, CARLO. Instituições de direito Público. 6ª ed., Torino. Unione Tipografico – Editrice torinese. 1986, p. 286.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



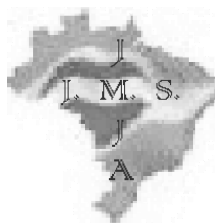
Dito isto, quero reportar-me especificamente a respeito deste artigo da Constituição da Itália, ressaltando dois pontos interpretativos de relevo.

São os seguintes:

- a) a referência expressa, no início do dispositivo aos “*decretos com força de lei ordinária*”. No Brasil, embora não haja a citação do termo “*lei ordinária*”, a doutrina costuma, ao meu ver equivocadamente, transpor esta restrição ao direito nacional. Na legislação brasileira, não havia qualquer motivo para isto⁶⁰⁷, senão previsão regimental do Congresso Nacional;
- b) a referência de que as medidas provisórias italianas são adotadas sob a responsabilidade do Governo, entendendo-se aí, naturalmente, a responsabilização política, que é uma característica de um sistema de governo parlamentar, dado que o “*impeachment*” é algo excepcional. No Brasil, onde prevaleceu o *presidencialismo*, não são reconhecidos institutos como moções de censura e de confiança, além da dissolução do Governo e do Parlamento. Logo, a despeito do fato de que este artigo constitucional muito se aproxime, em sua redação, do art. 62, da atual Constituição do Brasil, guarda com ele diferenças marcantes.

Enfim, sobre a reedição ou reiteração como descaracterizador do requisito da urgência, cabe destacar o que disse o Tribunal Constitucional italiano (Sentença 360, de 24.10.1996), firmando a impossibilidade deste procedimento, porquanto: a) transmutaria em permanente a natureza provisória da medida urgente; b) transferiria para o âmbito do comum a valoração extraordinária dos requisitos da necessidade e da urgência; c) atingiria

⁶⁰⁷ O fato de o art. 62, da Constituição da República brasileira (Texto originário) afirmar que as medidas provisórias têm força de lei, vindo a palavra *lei* isolada, daí se retirava que não poderia ter força de lei complementar, dado que estaria ausente a segunda expressão. Ocorre que, por exemplo: a) no art. 5º, inc. II, do mesmo Texto Constitucional, diz-se *que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*; e, sem dúvida, que a previsão encampa a lei complementar; b) no art. 195, § 4º e § 7º a palavra *lei* também aparece solteira, e se trata de lei complementar. A minha conclusão, portanto, é a de que o sistema constitucional completo é que define se a matéria é de lei ordinária ou complementar; e não um artigo isoladamente. Aduzindo ao que foi exposto, registro a necessidade sentida pelo legislador constituinte, quando, na Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, fez registrar que passava a ser vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III).



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



a certeza do direito, pois seria desmedida a duração temporal do instituto e lançaria o resultado final do procedimento para o espaço de uma incômoda insegurança.

Outro Acórdão, deste mesmo Tribunal Constitucional, que acredito mereça destaque, refere-se à sua competência para verificar o respeito aos requisitos de validade constitucional, quanto à pré-existência das preliminares da necessidade e da urgência. Nele, precisa-se que o controle judicial da legitimidade difere do exercido pelo Parlamento, no momento da conversão do decreto-lei em lei. Foi o Acórdão nº 29, de 1995, que julgou como contrário à Constituição um decreto-lei que careceria do pressuposto da urgência.

2. Constituição da Espanha, de 1978. “Art. 86. 1. *No caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá editar disposições legislativas provisórias, que tomarão a forma de **Decretos-leis** e que não podem atingir a regulamentação das instituições básicas do Estado, nem aos direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, ou ao regime das Comunidades Autônomas bem ao Direito eleitoral geral.* 2. *Os Decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e à votação pela totalidade do Congresso dos Deputados, convocado no caso de não estar reunido, no prazo de 30 dias seguintes à sua promulgação. O Congresso deverá pronunciar-se expressamente dentro do referido prazo sobre a sua convalidação ou derrogação, para o que o Regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário. Durante o prazo estabelecido anteriormente, as Côrtes poderão tramitá-los como projetos de lei seguindo o procedimento de urgência.*”⁶⁰⁸

Com a palavra os espanhóis.

Começo com LUIS AGUIAR DE LUQUE e RICARDO BLANCO CANALES reproduzindo o que pensam.

Eles ressaltam que a extraordinária e urgente necessidade não podem ser entendidas de forma rígida, pois não se confundiriam com uma situação de perigo grave ou uma excepcional ameaça para o sistema constitucional ou para a ordem pública.

⁶⁰⁸ Destaco os seguintes artigos da Constituição espanhola: arts. 1º, 3 (Estado espanhol como uma monarquia parlamentarista); 62, f (atribuições do rei, entre elas a de expedir decretos); 112 (moção de censura); 114 (o problema da confiança e da moção de censura).



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Note-se, portanto, o abrandamento dos requisitos prévios de admissibilidade.⁶⁰⁹

Amparando esta afirmação, apontam jurisprudência (sentencias 29/1982, de 31 de maio e 111/1983, de 02 de dezembro).

JAVIER PEREZ ROYO também leva o Decreto lei para o centro da sua análise, considerando-o uma instituição fundamentalmente italiana e espanhola.

Adverte, porém, que deve merecer uma regulamentação bastante restrita, evitando que seja um caminho amplo e aberto contra o monopólio da titularidade do Poder Legislativo.⁶¹⁰

Ainda sobre a Espanha, rememoro a Constituição de 1931, que foi a primeira a reconhecer os Decretos-leis.

No entanto, bem antes disto, já se o havia cogitado, no art. 20, do Projeto de Leis Fundamentais de BRAVO MURILLO, de 1852, que foi concebido enquanto uma norma excepcional fundada em razões de urgência. De fato, o dispositivo foi utilizado no Governo Provisório do General SERRANO, embora sem amparo normativo, havendo acudido-se do estratagema da convalidação parlamentar posterior.

Além disto, deve-se recordar de que mesmo tendo sustento legal anterior restritivo, pois o Decreto lei constituía uma norma excepcional e de alcance restrito, pelo menos até que a Casa Legislativa sobre ele se pronunciasse, foi largamente utilizado por FRANCO, que buscava anteparo jurídico no art. 13, da “Lei Constitutiva de Cortes, de 1942”.

Enfim, se o Tribunal Constitucional espanhol chegou a considerar possível controlar juridicamente a existência dos pressupostos habilitadores do Decreto-lei, podendo concluir pelo seu uso abusivo ou arbitrário, desde que, em seu entendimento, os órgãos políticos não tenham se submetido às definições de relevância e necessidade (SS 29/1982,

⁶⁰⁹ LUQUE, LUIS AGUIAR DE. E CANALES, RICARDO BLANDO. Constituição Espanhola 1978-1988. I. Centro de Estudos Constitucionais. 1988, p. 615.

⁶¹⁰ ROYO, JAVIER PEREZ. As Fontes do Direito. Editorial Tecnos. Madrid. 1984. Col. Temas Clave de la Constitución Española, ps. 100-121.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



de 31.05 e 111/1983, 2-12⁶¹¹); no Brasil, a conclusão do mais elevado Tribunal, basicamente, é a de que não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios da relevância e da urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória.

Entretanto, não podem passar despercebidos três Acórdãos do Supremo Tribunal Federal brasileiro que permitem concluir que, em situações excepcionais, haveria a possibilidade da censura jurisdicional quanto a estes dois pressupostos.

Em dois dos Arestos, embora admitisse falar na censura jurisdicional destes requisitos, terminou por não discordar da iniciativa presidencial.⁶¹²

No entanto, houve um caso onde o Supremo Tribunal Federal brasileiro deferiu a liminar solicitada, não reconhecendo a urgência do juízo presidencial. Tratava-se da Medida Provisória nº 1577-6/97, que ampliou o prazo decadencial de dois para cinco anos quanto à propositura de ação rescisória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; assim como para as suas respectivas autarquias e fundações públicas. Além disto, fixou uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças indenizatórias de expropriação, que trouxessem valores, flagrantemente, superiores aos preços de mercado. Decidiu-se pela inexistência da preliminar de urgência quanto à ampliação, por medida provisória, das hipóteses de rescindibilidade, a reconhecendo duvidosa quanto à ampliação do prazo de propositura da ação rescisória.⁶¹³

⁶¹¹ Extraído da Constituição espanhola, 2ª ed., preparada por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, JUAN GONZÁLEZ RIVAS, JOAQUÍN HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO e JOSÉ LUIS GIL IBAÑEZ. Editorial Colex. 1993, p. 377.

⁶¹² Medida Provisória nº 111/89, que tratava da prisão temporária. Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 162. Julgamento em 14.12.89. Por maioria. Diário da Justiça. 19.09.97, p. 45525. Ementário Vol. 1883-01, p. 01. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Tribunal Pleno. Ver, ainda, Acórdão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a relevância e a urgência são questões políticas, ficando por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, ressaltando, contudo, a excepcionalidade da improcedência. Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1397. Julgamento em 28.04.97. Por maioria. Diário da Justiça de 27.06.97, p. 30224. Ementário Vol. 1875 – 02. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Tribunal Pleno.

⁶¹³ Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1753. Julgamento em 16.04.98. Unânime. Diário de Justiça 12.06.98, p. 51. Ementário Vol. 1914-01, p. 40. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno.



3. Constituição da França, de 05.10.58. “Art. 38. *Para execução do seu programa, o Governo pode solicitar ao Parlamento autorização para, mediante **decretos-leis (ordonnances)**, e durante um prazo limitado, tomar medidas que pertencem normalmente ao domínio da lei. Esses decretos-leis são aprovados em Conselho de Ministros, precedendo parecer do Conselho de Estado, e entram em vigor por virtude da sua publicação, mas caducarão se a proposta de lei de autorização não for apresentada ao Parlamento antes da data fixada pela lei de autorização. Passado o prazo a que se refere o nº 01 deste artigo, os decretos-leis apenas por lei poderão ser modificados no respeitante a matérias do domínio da lei.*”⁶¹⁴

Como foi dito há pouco, as diferenças entre os sistemas presidencialistas e os parlamentaristas, em que pese a ausência de purismo em cada um deles, ainda os distancia bastante. Reconduta-se, portanto, ao início deste Capítulo.

Contudo, a respeito deste artigo da Constituição francesa, também realço dois pontos.

São os seguintes:

- a) a necessidade de o decreto-lei ser “*aprovado em Conselhos de Ministros, precedendo parecer do Conselho de Estado*”. Esta exigência não se observa quanto à medida provisória brasileira. De fato, a Constituição brasileira, de novembro de 1937, detinha algum paralelo com este tipo de requisito; mas a atual não contém este pressuposto;
- b) na França, nos termos do art. 34º, da sua Constituição, observa-se o princípio da reserva de lei do Parlamento, cabendo uma ampla competência exclusiva para o Governo, que, mesmo em assuntos que extrapolem esta reserva, poderia partir para a concessão de autorizações (art. 38º).⁶¹⁵ No Brasil, não é cabível falar em competência exclusiva do Governo, sendo admissível, apenas nos termos do art. 61, da atual Constituição, falar-se em iniciativa privativa do Presidente da República para propor projetos de lei que

⁶¹⁴ Destaco os seguintes artigos da Constituição francesa: arts. 5º, 6º, 7º (atribuições do Presidente da República); 49 (programa de governo e moção de censura); 50 (moção de censura e demissão do Primeiro Ministro).

⁶¹⁵ Constituição da França. “Art. 38º. Para execução do seu programa, o governo pode solicitar ao Parlamento autorização para, mediante decretos-leis e durante um prazo limitado, tomar medidas que pertencem normalmente ao domínio da lei. (...)”



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



disponham sobre as matérias nele elencadas. Ocorre que a iniciativa é apenas uma das etapas de um procedimento legislativo, a ser encaminhado no Congresso Nacional.

Ainda sobre o direito francês, realço a teoria dos “*atos de governo*”, na jurisprudência do Conselho de Estado deste País, particularmente no que confere ao espaço entre o ato político e aquele submetido à judiciabilidade.

Esta teoria francesa parece situar-se no plano exclusivo da legalidade. As razões para isto, provavelmente, sejam as de que, na França, o controle de constitucionalidade das leis é recente, remontando à Constituição de 1958 e à criação do Conselho Constitucional, enquanto órgão judicante separado do Poder Judiciário.

Para vislumbrar a evolução do pensamento francês, creio que se possa fazer o seguinte resumo, dividido em quatro fases históricas⁶¹⁶:

- a) houve uma primeira fase, compreendida entre o Acórdão *LAFFITE*, de 1822, e o Acórdão *Príncipe Napoleão*, de 1875, onde o Conselho de Estado decidiu que não cabia recurso nem ao Poder Judiciário, nem à jurisdição administrativa, quando se estivesse a tratar de atos impugnados dizendo respeito à “*alta política*”; isto é, quando a Administração declarasse que havia agido com um “*objetivo político*”;
- b) desde 1875 até, aproximadamente, a Constituição francesa de 1958, onde o argumento do “*objetivo político*” foi deixado de lado, passando-se a sustentar que certos atos, mesmo que “*aparentemente administrativos*”, não implicavam, “*pela sua natureza*”, em nenhum debate pela via contenciosa, ou que “*em razão da sua natureza*” fugiriam a todo controle jurisdicional. Respeitosamente, parece haver estabelecido uma lista assistemática, e simplesmente empírica, de “*atos de governo*”, cujo exercício não permitiria um juízo de validade, nem uma responsabilização administrativa;
- c) sem uma exatidão matemática, a partir de 1945, o Conselho de Estado francês começou a admitir a judiciabilidade de alguns atos que, tradicionalmente, eram havidos como imunes ao controle judicial ou administrativo, como a proclamação do estado de sítio por uma autoridade administrativa e os decretos de extradição;

⁶¹⁶ Vide “*Le Conseil d’Etat*” – www.conseil-etat.fr.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



- d) atualmente, vem sendo compreendido que são de duas ordens os atos insuscetíveis de controle, quer pelo Poder Judiciário, quer pelo Conselho de Estado: d.1. aqueles que dizem respeito às relações entre órgãos estatais, fora da Administração Pública, como o Governo e o Parlamento; d.2. aqueles relativos às relações entre os Poderes Públicos franceses e as autoridades estrangeiras, tais como os tratados internacionais. Contudo, vale destacar que, mesmo quanto a estas duas exceções, a recusa do julgamento não é absoluta, de modo que a doutrina ousa falar, com uma fina ironia, em “*introuvable acte de gouvernement*”⁶¹⁷.

4. Constituição de **Portugal**, de 1976.⁶¹⁸ A Constituição de Portugal, de 1976, adota um sistema legislativo diverso do brasileiro (leis reforçadas, leis de autorização, leis-quadro, decretos-legislativos regionais etc.).

No entanto, vale apontar o art.112º, 2 e o art. 169º: “(Actos normativos) Art. 112. (...) 2. As leis e os **decretos-leis** têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos. (...) (Apreciação parlamentar de actos legislativos) Art. 169. 1. Os decretos-leis, salvo os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, podem ser submetidos a apreciação da Assembleia da República, para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a requerimento de dez Deputados, nos trinta dias subsequentes à publicação, descontados os períodos de suspensão do funcionamento da Assembleia da República. 2. Requerida a apreciação de um decreto-lei elaborado no uso de autorização legislativa, e no caso de serem apresentadas propostas de alteração, a Assembleia poderá suspender, no todo ou em parte, a vigência do decreto-lei até à publicação da lei que o vier a alterar ou até à rejeição de todas aquelas propostas. 3. A suspensão caduca decorridas dez reuniões plenárias sem que a Assembleia se tenha pronunciado a final. 4. Se for aprovada a cessação da sua vigência, o diploma deixará de vigorar desde o dia em que a resolução for publicada no Diário da República e não poderá voltar a ser publicado no decurso da mesma sessão legislativa. 5. Se, requerida a apreciação, a Assembleia não se tiver sobre

⁶¹⁷ VEDEL, Georges e DEVOLVÉ, PIERRE. Droit Administratif. 11ª ed., Vol I. Paris. Presses Universitaires de France. 1990, p. 511.

⁶¹⁸ A Constituição da República Portuguesa/1976, atualizada de acordo com a Lei Constitucional nº 01/20.09.97. Em abril de 2001, a Assembleia da República portuguesa obteve poderes de revisão extraordinária. Outras Constituições portuguesas: 1822; 1826; 1838; 1911; 1933.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



ela pronunciado ou, havendo deliberado introduzir emendas, não tiver votado a respectiva lei até ao termo da sessão legislativa em curso, desde que decorridas quinze reuniões plenárias, considerar-se-á caduco o processo. 6. Os processos de apreciação parlamentar de decretos-leis gozam de prioridade, nos termos do Regimento”. (extraído da Constituição da República Portuguesa – Lei do Tribunal Constitucional. Edição organizada por J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. 5ª ed., revista. Coimbra. Coimbra Editora. 1998, ps. 85 e 125).

Até o primeiro semestre de 1999, encontrei, junto ao Tribunal Constitucional português, cerca de 2.300 (dois mil e trezentos) casos envolvendo os Decretos-leis. Via de regra, as matérias discutidas distanciam-se daquelas que vêm suscitando o interesse mais aprofundado da jurisprudência brasileira em torno da medida provisória.

Pelo que pude concluir, as nossas atuais medidas provisórias, acaso possam ser comparadas com os Decretos-leis portugueses, mais adequadamente o seriam com aqueles consignados na Constituição de 1933, onde o Governo legislava para além do que lhe permitia a Constituição, dado a precariedade da fiscalização de inconstitucionalidade orgânica exercida, à época, pelo Parlamento. Assim se deu até 1945, quando se ampliou a competência legislativa do Governo, fazendo-se ceder a Constituição frente aos fatos.

Vea-se o comentário de PAULO MANUEL OTERO, em “A ‘Desconstrução’ da Democracia Constitucional” (extraído de Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976. Separata do Volume II. Coimbra. Coimbra Editora. 1997, ps. 616-617), quando faz uma síntese dos decretos leis na história constitucional portuguesa mais recente, a partir de 1933; e esclarece sobre a atual desnecessidade da ratificação parlamentar: “*Sem exagero, pode mesmo afirmar-se que a Constituição de 1976 fez, em matéria de ratificação parlamentar de decretos-leis, o que a Constituição de 1933 nunca teve coragem de fazer: ligada por uma certa fidelidade ao espírito liberal, a Constituição de 1933 exigia sempre a ratificação para quase todos os decretos-leis, primeiro através de um acto expresse, depois de 1945, mediante uma ratificação tácita, acabando a revisão constitucional de 1982 por eliminar o tradicional instituto da ratificação parlamentar de decretos-leis. Neste contexto, sublinhe-se, a revisão constitucional de 1989 procedeu a novo reforço da posição dos decretos-leis governamentais, especialmente de todos aqueles que são elaborados ao abrigo da competência concorrential, limitando os poderes de intervenção fiscalizadora da Assembléia da República nos termos do art. 172º.*”



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



No *site* da Assembléia da República portuguesa, sob a epígrafe “*Constitucionalismo em Portugal – A Monarquia Constitucional – A República*”, vem disposto como a Assembléia Nacional portuguesa viu-se reduzida em funções com a ampliação das atribuições legislativas do Governo: “*Com a Constituição de 1933, a Assembléia Nacional tinha uma estrutura monocameral e era o único órgão de Soberania directamente eleito. Inicialmente caracterizado como órgão legislativo, a sua competência foi seriamente diminuída pela atribuição ao Governo da competência legislativa normal.*”

Ainda sobre o direito português, embora não a nível constitucional, vale registrar o art. 409º, do Código Administrativo, com a seguinte estipulação: “*Nos casos de extrema urgência e necessidade pública, pode o Governo Civil tomar as providências administrativas indispensáveis, solicitando, logo que lhe seja possível, a ratificação pelo Governo do actos que tiver praticado fora da sua competência normal.*”

Este dispositivo mereceu de DIOGO FREITAS DO AMARAL, em seu Curso de Direito Administrativo, Vol. I⁶¹⁹, algumas importantes observações, tais como: a) defende que a verificabilidade dos pressupostos de extrema urgência e necessidade pública pode ser feita pelos tribunais administrativos; b) destaca que as providências a serem tomadas são de índole administrativa, excluindo a prática de atos legislativos e jurisdicionais; c) admite que esta norma confira ao Governador Civil a possibilidade de “invadir competência alheia”, embora não lhe dê o direito de “praticar actos ilícitos ou actos ilegais quanto ao seu objecto ou conteúdo”, dizendo, ainda, que, quanto à forma, esses deverão, em princípio, respeitar às exigências legais, “ressalvadas as excepções decorrentes da teoria do ‘estado de necessidade’ que forem aplicáveis”; d) as providências administrativas do Governador Civil devem ser imediatamente executáveis, embora só venham a ser definitivas quando o Governo proceder a ratificação; havendo a recusa, elas entendem-se caducas.

Enfim, é devido considerar e respeitar as circunstâncias históricas e sociais de cada País.

5. Lei Fundamental da República Federal da **Alemanha**, de 1949. As linhas de nascença da Constituição alemã, de 1949 (Estado sob ocupação norte-americana, inglesa, francesa e soviética) e a brasileira de 1988 (a de maior participação popular do Brasil) são bem diferentes. Contudo, para efeito exemplificativo, colaciono: Art. 76. (Projetos de lei).

⁶¹⁹ AMARAL, DIOGO FREITAS DO. Curso de Direito Administrativo. Vol. I. Coimbra. Livraria Almedina. 1986, ps. 408-410.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



“(...)Um projeto de lei, que o Governo Federal⁶²⁰, a título excepcional, tenha classificado de particularmente urgente ao transmiti-lo ao Conselho Federal⁶²¹, poderá ser submetido ao Parlamento Federal⁶²² após três semanas, mesmo que o Governo Federal ainda não tenha recebido o parecer do Conselho Federal; logo que dê entrada ao referido parecer, o Governo Federal terá de transmiti-lo sem demora ao Parlamento Federal.” Art. 80. 1. *“O Governo Federal, um Ministro Federal ou os governos dos estados podem ser autorizados por lei a promulgarem decretos. Para tal, a lei deve determinar conteúdo, objetivo e extensão da autorização outorgada.”* Art. 80.A (Aplicação de determinações legais no estado de tensão). Art. 81. (Estado de emergência legislativa).⁶²³

Em termos de abreviada síntese, entendo que deva ser dito sobre as diferenças entre o Texto Constitucional brasileiro e o alemão, a começar pelo nome, pois, propositadamente, o alemão não foi designado de “Constituição”. É bem verdade que o Texto da *Lei Fundamental* já foi objeto de 42 (quarenta e duas) revisões constitucionais, a última aos 27 de outubro de 1994.

De fato, aos 23 de maio de 1949, quase quatro anos após a rendição incondicional das tropas alemãs, nasceu a Lei Fundamental alemã. Foram 12 anos de ditadura nazista, e mais quatro de governo militar pelas potências aliadas.

De destaque, aos 28 de junho de 1968, a entrada em vigor da legislação sobre o “estado de emergência”, renunciando as potências ocidentais ao direito de, em caso de emergência interna ou externa, assumirem as funções governamentais.

⁶²⁰ Constituição alemã: Arts. 62-69. (O Governo Federal é constituído pelo Chanceler Federal e pelos Ministros Federais. Atente-se para o *voto de desconfiança construtivo*, pois o Parlamento Federal só poderá pronunciar o voto de desconfiança ao Chanceler Federal, desde que eleja um sucessor).

⁶²¹ Constituição alemã: Arts. 50-53.a (Conselho Federal formado por membros dos governos dos estados);

⁶²² Constituição alemã. Arts. 38-49 (Parlamento Federal).

⁶²³ Vide, na Constituição da República Federativa do Brasil, os arts.136-141 (Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio); arts. 89-91 (Do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional); art. 60, § 1º (limite temporal para Emendas Constitucionais); arts. 34-36 (Da Intervenção).



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Assim, é natural que se entenda que o Presidente da República alemã, em face das experiências negativas da República de Weimar⁶²⁴, haja sofrido maiores restrições em suas competências, havendo-se, inclusive, prescindido da sua eleição direta pelo povo. O Presidente da República é eleito pela Assembléia Federal, que se reúne exclusivamente para elegê-lo.

Quanto ao Governo Federal, em face de um passado onde os grandes partidos radicais e antidemocráticos da esquerda e da direita chegavam apenas a acordos para evitar a formação de um governo moderado capaz de atuar, construiu-se, em torno da figura do *Chanceler*, um fortalecimento através do chamado “*voto de desconfiança construtivo*”; pois, para derrubá-lo, não basta a maioria parlamentar simples, mas a maioria do Parlamento tem, ao mesmo tempo, de escolher um novo Chanceler Federal.

Aliás, só o Chanceler Federal é responsável perante o Parlamento. Por esta razão, o voto de desconfiança do Parlamento Federal só pode ser dado contra o Chanceler, e nunca contra um de seus ministros, isoladamente.

Em suma, a eficiência da legislação alemã vem sendo bastante favorecida por um desenvolvimento econômico ascendente; o que tornou a República Federal da Alemanha uma comunidade estável⁶²⁵, e com uma clara tendência para o fortalecimento dos órgãos constitucionais do Poder Executivo.

⁶²⁴ A Constituição de Weimar, de 1919, chegou a ser chamada de “mãe de todas as Constituições” do período entre-Guerras, devendo-se a ela a constitucionalização dos direitos sociais e da economia. Ela, também, fixou, pela primeira vez, um compromisso entre o sistema de Governo parlamentar (responsabilidade do Governo perante o Parlamento), mantendo um Presidente da República diretamente eleito, com poderes institucionais próprios. Infelizmente, no entanto, algumas das suas direções favoreceram a instabilidade da República de Weimar; e a tomada do poder por HITLER.

⁶²⁵ Veja-se o “*zollverein*” alemão de 1834 (união aduaneira). Provavelmente, as dezessete “*Landers*” uniram-se porque precisavam de mercado. De fato, a tecnologia reduz distâncias, e termina exigindo a ampliação dos mercados. No século XX, o custo dos transportes caiu à cerca de dez por cento do seu valor no século XIX. Creio que a tecnologia, que reduz o mundo mediante uma escala acelerada nas comunicações e nos transportes, transforma a globalização em um seu produto, reestruturando, às vezes perigosamente, o próprio conceito de soberania.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Uma das justificativas para isto está no fato de que, cada vez mais, o Estado vem sendo chamado a atender tarefas relativas à previdência social (Estado assistencial), de onde adviria a necessidade de maiores e novas competências para o Executivo.

Enfim, com o advento da União Européia⁶²⁶, e com a potência econômica da Alemanha e dos EEUU, chega-se, mesmo, a se provocar sérias discussões sobre os efeitos de uma americanização mundial, e sobre uma versão moderna de “*germanização dos Estados Unidos da Europa*”.

Passados mais de cinquenta anos do surgimento da Lei Fundamental alemã, é de se dizer que vem tendo uma história de êxito.

Desmoronado o Muro de Berlim (1989-1990), e com a unificação, parece que as duras e terríveis lições da República de Weimar (1919-1933), lançada à ideologia nazista, trouxeram repercussões no direito positivo de efetivo relevo, entre elas: a “*moção de censura construtiva*”, onde a queda de um Governo só ocorre com a simultânea aprovação de um governo alternativo; a *cláusula de barreira* dos cinco por cento, vedando a eleição de deputados por diminutos Partidos de posição extremada; a interdição de Partidos inconstitucionais, que levou à ilegalidade o Partido comunista e o Partido neonazista; o afastamento do referendo como um instrumento do poder plebiscitário, etc.

Com isto, vê-se, mais uma vez, a Alemanha reunificada; e adotando a Lei Fundamental da “*República de Bona*” - que, no início, não passava de uma Lei Constitucional provisória da parte da Alemanha ocupada pelos aliados ocidentais - como a Constituição de um País reunido, com a sua capital em Berlim, a velha capital prussiana.

Esta Constituição tem exercido evidente influência nas demais Constituições dos Países europeus, elaboradas nas últimas décadas, costumando-se apontar, como exemplo, a Constituição portuguesa, de 1976 e a Constituição espanhola, de 1978.

⁶²⁶ Parece-me um tema de evidente realce a discussão de se a Europa, no seu caminho de homogeneização jurídica, deveria vir a ter uma só Constituição, a Constituição européia. Se assim o for, surgiria uma Federação ou um novo standard de organização de Estados. O fato é que níveis mais, ou menos, acentuados de proteção nacional podem vir a confrontar com esta visão de unidade, sobretudo se e quando a legislação supra-nacional consagrar direitos relativos à dignidade humana aquém dos já consagrados internamente nos Países átomos.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Pessoalmente, entendo que a América Latina, e dentro dela o Brasil, não precisa, nem deve renegar a experiência estrangeira, assimilando, do modo que lhe parecer conveniente, tanto os exemplos da Europa, quanto os dos Estados Unidos da América do Norte.

Tome-se em conta, nesta linha, o Parlamento latino-americano (Parlatino)⁶²⁷, entre cujos princípios e propósitos estão postulados como a defesa da democracia e a integração latino-americana.

Não são necessárias tentativas de imitação, ou que se adote uma única matriz constitucional.

O mundo precisa conviver com a multilateralidade, pode passar sem excessivas padronizações escravizantes a um tom monocórdico, que, muitas vezes, desconhece as realidades sociais de incidência.

Contudo, ainda sobre o direito alemão, vale realçar a postura do Tribunal Federal Constitucional, quando usou da sua competência para estabelecer a própria competência (Kompetenz-Kompetenz), frente à Lei Fundamental de 1949, proclamando, aos 31 de julho de 1973, o *princípio da auto-limitação de seus próprios poderes jurisdicionais*.

Mas o próprio Tribunal Federal germânico preocupou-se em explicar que esse *judicial self-restraint* não implicava em “*uma redução ou enfraquecimento de suas competências, mas antes a recusa de fazer política; isto é, a recusa de interferir no campo constitucionalmente estruturado e delimitado da livre atuação política*”. É o chamado

⁶²⁷ Aos 7 de dezembro de 1964, em Lima, Peru, após uma longa luta desde a metade do século XX, o Parlamento Latino-Americano foi constituído. Na “*Declaração de Lima*”, subscrita nesta data, diz-se que ele é “*uma instituição democrática de caráter permanente, representativa de todas as tendências políticas existentes em nossos corpos legislativos; e está encarregado de promover, harmonizar e canalizar o movimento em direção à integração.*” Trata-se de uma organização regional, permanente e unicameral, composta pelos Parlamentos Nacionais da América Latina, eleitos democraticamente mediante sufrágio popular, de cujos Países hajam subscrito o respectivo Tratado de Institucionalização, aos 16 de novembro de 1987, em Lima, Peru, e aqueles cujos Estados aderiram posteriormente, ou que ainda venham a aderir. A admissão de novos membros é da competência exclusiva da Assembléia. Os órgãos do Parlamento Latino-Americano são: a) a Assembléia; b) a Junta Diretiva; c) as Comissões Permanentes; d) a Secretaria-Geral. São idiomas oficiais do Parlamento Latino-Americano: o espanhol e o português.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



campo da “*reserva, aos demais órgãos constitucionais, de um espaço garantido de livre atuação política.*”⁶²⁸

Analizando esta jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, KLAUS STERN acentuou os problemas provenientes daquilo que chama de “*americanismo*”. Para ele, a recepção dessa doutrina não deixa de suscitar problemas, se ela significar mais do que uma simples referência aos limites funcionais ou de competência da jurisdição constitucional.

Portanto, salvo melhor juízo, a atual doutrina alemã rechaça a teoria norte-americana da “*political question*”, tal como se extrai também de KLAUS SCHLAICH.⁶²⁹

Apenas para rememorar, esclareço que a controvertida doutrina da “*questão política*”⁶³⁰ tem origem no célebre precedente “*Marbury v. Madison*”, de 1803.

Parte da afirmação de que ou a Constituição tem hierarquia superior, sendo imune às mudanças através de meios ordinários, ou ela se situa no mesmo nível hierárquico dos atos legislativos, e pode ser mudada quando for da conveniência dos legisladores. Assim, o

⁶²⁸ Extraído de KLAUS STERN. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 2ª ed., Munique, C. H. Beck, 1984, p. 135.

⁶²⁹ Vide KLAUS SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, 3ª ed., Munique, C. H. Beck, 1994, nº 469; *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Luchterland, 1989, vol. 2, p. 1009.

⁶³⁰ Vide DANIELA^a FARBER, WILLIAM N. ESKRIDGE, PHILIP P. FRICKEY. *Constitutional Law – Themes for the Constitution’s Third Century*. West Publishing, St. Paul. 1993, p. 1040. Aqui, os autores acusam esta doutrina de amorfa e de despida de qualquer conteúdo, pelo menos da maneira como vem sendo aplicada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte. Há mesmo quem defenda que a simples interferência da Justiça, muitas vezes, poderia transformar uma questão política em judicial. Em agosto de 2.001, no Estado de Pernambuco - Brasil, surgiu um interessante caso concreto. Tratava-se de um Deputado estadual que havia tido o seu mandato cassado por falta de *decoro parlamentar*, pois se considerou que o mesmo tinha mentido perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito. Ocorre que ele recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado que, embora dizendo que não estava entrando no mérito da ausência, ou não, do *decoro parlamentar*, tratou de reconduzi-lo ao cargo de Deputado, alegando que o procedimento de cassação havia descumprido com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, a despeito de a Casa Legislativa procurar demonstrar o contrário, mediante a apresentação das peças formuladas pelo advogado do Parlamentar e anotações taquigráficas da defesa em Plenário. Vale notar que este caso, sendo bastante glamuroso, recebeu uma intensa cobertura da mídia local.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Juiz MARSHALL sublinha o princípio de que não se pode presumir que alguma disposição constitucional seja desprovida de efeito. Logo, o Poder Legislativo não tem competência para mudar a Constituição mediante uma simples lei ordinária.

As conclusões do caso “*Marbury v. Madison*” podem ser assim resumidas:

- a) o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América do Norte estende-se a todos os casos suscitados à luz da Constituição;
- b) no regime da separação dos Poderes, a Constituição firma competências exclusivas bem definidas para cada um dos órgãos políticos do Estado. Logo, os atos de competência do Poder Executivo, considerados “*políticos*”, não podem ser exercidos senão pelo próprio Executivo, estando defeso ao Poder Judiciário invadir esta competência;
- c) não se pode excluir do Poder Judiciário o poder-dever de julgar se o exercício dos atos de competência exclusiva, ou “*política*”, do Legislativo e do Executivo obedecem às prescrições constitucionais.

Como é possível observar⁶³¹, durante os cerca de duzentos anos seguintes a este precedente histórico, a doutrina das “*questões políticas*” recebeu da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana variadas interpretações, tais como em se tratando de relações exteriores e declaração de guerra (caso do Vietnã), processo de Emenda à Constituição, garantia do regime republicano, *impeachment*, fixação do número de Deputados em razão da população representada e o denominado “*privilégio presidencial*” (caso NIXON).

Note-se que, em quase todas estas Decisões, a Suprema Corte norte-americana concluiu pela sua competência para examinar os atos impugnados, tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo; isto tomando em conta a Constituição.

Também relembro o caso “*Baker v. Carr*”, de 1962, onde o Tribunal referenciado decidiu por esclarecer dois pontos onde os casos posteriores a “*Marbury v. Madison*” tinham provocado um emaranhado de dúvidas, contradições e sutilezas.

⁶³¹ Visite-se o site www.law.cornell.edu.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



São eles: a) a exceção da “*questão política*” implica na relação existente entre o Judiciário Federal e os demais Poderes da União, e não na relação entre o Judiciário Federal e os Estados; b) a “*questão política*” refere-se à garantia constitucional da separação de poderes.

Mas, continua-se na análise do direito comparado, agora entre os países sul-americanos:

6. Constituição da **Argentina**, de 1994. Sobre a Argentina, merecem ser destacados os arts. 29 e 99, da Constituição de 1994 (conforme o Boletim Oficial de 10.01.95). O primeiro diz que *o Congresso não pode conceder ao Executivo nacional, nem as Legislaturas provinciais aos governadores de província, faculdades extraordinárias. Se assim o fizerem, advém a consequência de uma nulidade insanável; incidindo sobre os infratores a responsabilidade e a pena correspondentes aos traidores da pátria*. No art. 99, item 3, diz-se que **o Poder Executivo não poderá, em nenhum caso, e sob pena de nulidade absoluta e insanável, emitir disposições de caráter legislativo.**

Contudo, o art. 101, da Constituição argentina, estabelece: “Art. 101. (...) O Poder Executivo não poderá em nenhum caso, sob pena de nulidade absoluta e insanável, emitir disposições de caráter legislativo. Somente quando circunstâncias excepcionais tornarem impossível seguir os trâmites ordinários previstos por esta Constituição para a sanção das leis, **e não se trate de normas que regulem matéria penal, tributária, eleitoral ou o regime dos partidos políticos, poderá ditar decretos por razões de necessidade e urgência**, os quais serão decididos no acordo geral de ministros, que deverão referendá-los, conjuntamente com o chefe do gabinete dos ministros. O chefe do gabinete dos ministros, pessoalmente, e dentro de dez dias, submeterá a medida à consideração da Comissão Bicameral Permanente, cuja composição deverá respeitar a proporção das representações políticas de cada Câmara. Esta Comissão encaminhará o seu despacho em um prazo de dez dias ao plenário de cada Câmara para seu expresse tratamento, o que de imediato considerarão as Câmaras. Uma lei especial sancionada pela maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara regularará o trâmite e os alcances da intervenção do Congresso.”⁶³²

⁶³² Destaco, ainda, da Constituição argentina: Arts. 1º (forma representativa republicana federal de governo); 101 (além do que foi disposto, dispõe sobre moção de censura, atribuições do Presidente da Nação e do Gabinete de Ministros).



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



7. Constituição do **Chile**, de 1980. Sobre a Constituição do Chile (1980, com as reformas de 1997), nos arts. 32, 3º e 61, prevê-se: “Art. 32. São atribuições especiais do Presidente da República: (...) 3º. ditar, sob prévia delegação de faculdades do Congresso, decretos com força de lei sobre as matérias que a Constituição assinala. (...) Art. 61. O Presidente da República poderá solicitar autorização ao Congresso Nacional para ditar disposições com força de lei durante um prazo não superior a um ano sobre matérias que correspondam ao domínio da lei. Esta autorização não poderá compreender faculdades que afetem a organização, atribuições e regime dos funcionários do Poder Judicial, do Congresso Nacional, do Tribunal Constitucional, nem da Controladoria Geral da República. A lei que outorgue a referida autorização assinalará as matérias sobre as quais recairá a delegação e poderá estabelecer ou determinar as limitações, restrições e formalidades que se estimem convenientes. A Controladoria Geral da República, em razão disto, poderá rechaçar estes decretos com força de lei quando eles excedam ou contravenham a autorização referida. Os decretos com força de lei estarão submetidos, enquanto na sua publicação, vigência e efeitos às mesmas normas que regem a lei.”⁶³³

No Chile, portanto, permite-se ao Presidente da República editar **decretos com força de lei**, desde que com prévia delegação do Congresso, e por prazo não superior a um ano. Exceptuando-se a este tipo de regulamentação as matérias relativas à nacionalidade, cidadania, eleições ou plebiscito; além das garantias constitucionais e dos assuntos que exijam quórum qualificado para o seu disciplinamento. Acrescente-se às zona de proibição o regime jurídico, as atribuições e a organização dos servidores do Poder Judiciário, do Congresso Nacional, do Tribunal Constitucional e da Controladoria Geral da República, a quem compete fiscalizar os excessos do Executivo.

8. Constituição do **Paraguai**, de 1992: “Art. 238. Dos Deveres e das Atribuições do Presidente da República. São deveres e atribuições de quem exerce a presidência da

⁶³³ Na Constituição do Chile, merece atenção especial os seguintes artigos: Arts. 4º (República democrática); 87, 88 e 89 (Controladoria Geral da República, um organismo autônomo que exerce o controle de legalidade dos atos da Administração, fiscaliza o ingresso e as transferências de fundos do Fisco etc. O Controlador Geral da República é designado pelo Presidente da República, com o acordo do Senado, pela maioria dos membros em exercício, sendo inamovível do seu cargo. A idade máxima para ocupar este cargo é de 75 anos.)



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE
DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO
DO BRASIL



*República: (...) 5. Ditar decretos que, para sua validade, requerem o referendo do Ministro do ramo.*⁶³⁴

O **Paraguai**, como portador do Decreto-lei enquanto um instrumento legislativo à disposição do Executivo. Neste País, o Presidente poderá editar o **Decreto-lei** durante o recesso do Congresso, ou se o mesmo estiver dissolvido; devendo-se, contudo, submetê-lo, obrigatoriamente, ao Parlamento, na legislatura ordinária seguinte, dentro dos primeiros sessenta dias da abertura da sessão. Embora o Conselho de Estado deva ser ouvido, o seu pronunciamento não se apresenta vinculativo. (vide MERSAN, CARLOS. Derecho Tributario. 5ª ed., p. 51).

9. Constituição do **Uruguai**, de 1997. O Uruguai reconhece, na lei, a fonte da obrigação tributária. Entretanto, vale observar o art. 260, da sua Constituição (1997), que diz: “Art. 260. Os **decretos** dos Governos Departamentais, que tenham **força de lei** em suas jurisdições, poderão também ser declarados inconstitucionais, com sujeição ao estabelecido nos artigos anteriores (declaração de inconstitucionalidade e atribuições da Suprema Corte de Justiça).”⁶³⁵

Pois bem, até aqui, estudou-se o que já está ou esteve posto no regime jurídico brasileiro e de outros Países, e que, de algum modo, interferiram ou interferem no direito nacional.

Entretanto, como tudo na vida, o *direito é uma experiência quotidiana*.

E, como diz J. J. GOMES CANOTILHO, em sua CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR, “a Constituição tem sempre como tarefa a «realidade»”⁶³⁶.

⁶³⁴ Na Constituição do Paraguai, merecem ser observados os seguintes artigos: Arts. 1º (Estado unitário, indivisível e descentralizado. O seu Governo é a democracia representativa, participativa e pluralista, fundado no reconhecimento da dignidade humana); 194 (voto de censura das Câmaras para a remoção do Presidente da República).

⁶³⁵ Vale atentar, ainda, para os seguintes artigos: Arts. 77, 9 (eleições presidenciais e das Câmaras do Poder Legislativo); 147 (moção de censura das Câmaras a atos da administração e do Governo).

⁶³⁶ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra. Coimbra Editora, Limitada. 1982, p. 71.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Conforme defendo, não cabe o abandono nem da realidade, nem tampouco da Constituição. Além do mais, na experiência que tive, ao atuar no processo constituinte do meu Estado – e no de sistematização legislativa posterior, verifiquei o quanto pode ser rico observar o processo legislativo.

Daí, insistir em que o Brasil é um País presidencialista, havendo os Planos de Governo, normalmente veiculados por medidas provisórias (Plano Real, Plano de Estabilização econômica etc. O Plano Real demorou vários anos para ser aprovado pelo Congresso Nacional, e todos eles – Planos de Governo - lançaram um volume imenso de questões que ainda estão sendo decididas na esfera judicial, sendo exemplo mais recente do que digo o FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço)⁶³⁷, mesmo quando convertidos em lei, de dependerem, de maneira exclusiva, da coordenação do Presidente da República.

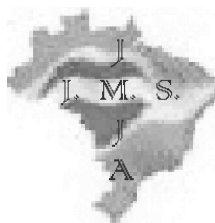
De tanto, ele poderá *executá-lo* bem ou mal, ou mesmo não executá-lo, no todo ou em algumas partes, sem que precise, neste âmbito, dar satisfações jurídicas a outro Poder, afora as prestações de contas financeiras e orçamentárias. Executando mal, continuará Presidente da República, e os Ministros continuarão Ministros, a depender da sua vontade e confiança.

No parlamentarismo, ao menos haveria a possibilidade de isto ser um tanto diferente, pois o Governo é responsável ante o Parlamento, dependendo da sua confiança e do seu apoio para governar.⁶³⁸

Assim, havendo a responsabilidade política do Governo perante o Parlamento, e deste perante os eleitores, acaso o Parlamento retire a sua confiança no Governo, ele poderá cair, ocorrendo a exoneração, dado que não há mandato ou investidura a tempo certo.

⁶³⁷ No Brasil do final dos anos 90 e início do século XXI, foi substituída uma temível inflação econômica por uma preocupante inflação normativa; o que não obstrui o potencial de desenvolvimento existente.

⁶³⁸ Vide, por exemplo, na Constituição de Portugal, revista pelas Leis Constitucionais 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97: arts. 171º e 172º (tratam da legislatura e da dissolução da Assembléia da República); art. 188º (trata do Programa de Governo); art. 194º (trata das moções de censura ao Governo sobre a execução do seu programa ou assunto relevante de interesse nacional) e art. 195º (trata das hipóteses que implicam em demissão do Governo, que são, entre outras: a rejeição do programa do Governo; a não aprovação de uma moção de confiança; a aprovação de uma moção de censura por maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções etc.).



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Trata-se de uma investidura de confiança. Perdida esta, poderia advir um voto de censura ou moção de desconfiança, constituindo-se um novo Governo.

Pode acontecer, também, que, em vez da exoneração dos membros do Governo, sem a confiança do Parlamento, prefira-se apurar a confiança do povo, dissolvendo-se a Câmara, e sendo convocadas eleições extraordinárias parlamentares. Por este mecanismo, a crise instalada poderia vir a ser resolvida com traumas, tanto quanto possível, menores; dado a maior flexibilidade do sistema.

Não desconheço, entretanto, que, no parlamentarismo contemporâneo, aliás como já foi dito, não sejam incomuns as quedas dos Conselhos de Ministros, menos por falta de confiança parlamentar; e mais pelo desfazimento de coligações partidárias que sustentam os Governos.

Isto não evita, porém, que se compreenda que, ao menos aparentemente, o sistema presidencialista esteja menos apto para enfrentar crises do que a alternativa parlamentar, permitindo, com isto, uma maior continuidade democrática. O menor grau de personalização do poder facilitaria a superação de um Governo mal sucedido.

É respeitando esta linha de raciocínio que tenho comigo que, pela sua fisionomia, tal como foi apresentada, as medidas provisórias estejam mais aproximadas do sistema parlamentar, onde o controle e a fiscalização permitiriam dizer não a estas iniciativas, sem provocar descontinuidades institucionais.

Imagine-se em que situação não estaria um Presidente da República que, começando o seu mandato, e não tendo a maioria no Parlamento, encaminhasse um Plano de Governo, por medidas provisórias, que têm caráter urgente; e elas fossem rejeitadas.

No entanto, no Brasil, as tentativas de implantar o sistema parlamentar não tiveram êxito.

Por isto, reconhecendo a realidade brasileira, e suscitando as medidas provisórias tantos dissensos, recorri à análise das propostas legislativas existentes. Afinal, mirando as noções nacionais e estrangeiras dos Decretos-Leis, estudando as previsões constitucionais sobre as medidas provisórias; e, agora, investigando as propostas legislativas, já será possível deparar-se com um quadro, embora abstrato, relativamente abrangente.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Desde já, advirto que não são poucas as propostas, limitando-me àquelas que considere mais destacadas quer pela importância que, pragmaticamente, receberam; quer pelo caráter de primazia cronológica. Evidentemente, por uma questão de síntese, apenas declinarei o teor do que vem sendo, institucionalmente, recebido como principal.

É o direito comparado não apenas no âmbito internacional, mas também nos âmbitos interno e temporal, mediante os estudos da história e da “*lege ferenda*”.

Primeiro, serão apresentados os Projetos de Emenda Constitucional.⁶³⁹

1. Proposta de Emenda Constitucional 00004/89. Deputado ADYLSO MOTA. 23.02.89.

Esta Proposta é de, simplesmente, suprimir o art. 62 e seu Parágrafo Único.

2. Proposta de Emenda Constitucional 00008/89. Deputado JORGE HARBAGE. 29.03.89.

Este Projeto altera o art. 62, da Constituição, definindo as matérias objeto de medida provisória, as condições para sua recusa pelo Presidente do Congresso Nacional e os prazos para apreciação, as hipóteses em que a medida perderia a eficácia e ressalva para o disciplinamento, como projeto de lei, da matéria de medida recusada, rejeitada ou não convertida em lei.

3. Proposta de Emenda Constitucional 0002/90. Senador MATA MACHADO e outros. 07.06.90.

Suspende a aplicação do art. 62 e altera o § 2º, do art. 64, da Constituição. Este parágrafo, atualmente em vigor, tem a seguinte redação: “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal

⁶³⁹ Vide o Título “De 2001 em diante”, onde analiso o processo de elaboração da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que forneceu nova regulamentação constitucional para as medidas provisórias brasileiras.



e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.”

4. Substitutivo apresentado pela Comissão Especial (Relator Senador JOSAPHAT MARINHO) para as Propostas de Emenda à Constituição nºs. 01, 04, 11, 20 e 65, de 1995, que dispõe sobre a questão do estatuto e da prática das medidas provisórias previstas no art. 62, da Constituição Federal (Diário do Senado Federal, de 20.06.96).

A respeito deste Substitutivo, foi apresentado o Relatório e a Análise decorrente do seu exame pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, nos termos do art. 101, do Regimento Interno.

O Relator foi o Senador JOSÉ FOGAÇA.

Antes de oferecer o que chamou de “Análise”, ponderou sobre o amplo debate, no âmbito do Congresso Nacional, tanto de Projetos de Lei quanto de Propostas de Emendas Constitucionais em torno da discussão sobre as medidas provisórias.

Em resumo, ficaram salientados alguns pontos, a saber:

1. São escassas as normas existentes sobre o instituto da medida provisória.
2. É do interesse público e da governabilidade, em um País como o Brasil, a manutenção, no regime jurídico, da medida provisória, embora haja a necessidade de serem revistas as condições e as formas de sua adoção, fixando-se mecanismos de modo a evitar a omissão ou o absenteísmo do Congresso, dado a necessidade democrática de uma decisão complexa entre o Poder Executivo e o Legislativo.
3. Estende-se para sessenta dias o prazo de vigência da medida provisória. Esgotando-se este prazo, deverá entrar, em regime de urgência, na ordem do dia da Câmara dos



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Deputados ou no Senado Federal, preservando-se o critério de alternância simples do início da tramitação.

4. A apreciação de medida provisória deveria ser feita separadamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
5. Ficaria vedada a reedição de medida provisória, desde que o Congresso Nacional, por Decreto-legislativo, fizesse cessar a sua eficácia e disciplinasse a garantia dos atos realizados na sua vigência.
6. Fica vedada a utilização de medida provisória em matéria penal e de lei delegada. Aqui, no Substitutivo, pareceu-me haver ocorrido um equívoco; pois, estando vedadas as matérias impassíveis de lei delegada à medida provisória, desnecessária é uma nova referência ao impedimento da adoção destas medidas à matéria reservada, constitucionalmente, às leis complementares. Isto porque, atualmente, já não é possível utilizar leis delegadas em se tratando de assunto de lei complementar (art. 68, § 1º, da Constituição de outubro de 1988).
7. Concluiu-se que não bastava alterar a Constituição, havendo, também, a necessidade de rever a Resolução nº 01, de 1989 – Congresso Nacional. Por isto, foi apresentado um Projeto de Resolução/96, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.
8. Fixaria-se a necessidade de o Presidente da República comunicar ao Presidente do Congresso Nacional a adoção da medida provisória, ao menos quarenta e oito horas antes de a haver publicado. A exceção a isto deveria vir fundamentada, na Exposição de Motivos da medida, pelo Presidente da República, em face da imprescindibilidade da preservação do interesse público.
9. Formaria-se uma nova Comissão Mista permanente única de Senadores e Deputados para a emissão de pareceres a supedanear a votação pelo Plenário de cada uma das Casas Legislativas. Esta Comissão, segundo o art. 3º, do Projeto de Resolução oferecido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, seria *integrada por dezessete Senadores e dezessete Deputados, e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade partidária ou de blocos parlamentares, incumbindo-lhe de apreciar todas as medidas provisórias*. Quanto às representações não contempladas, observaria-



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



se o sistema de rodízio, de maneira a se permitir que todos os partidos políticos ou blocos parlamentares venham a ser representados nesta Comissão Mista.

(Observação: é importante notar que as medidas provisórias apenas devem tratar de matérias relevantes e urgentes, resultando daí o interesse dos Parlamentares de participarem desta Comissão Mista).

Eis, em seguida, o Parecer do Senador JOSÉ FOGAÇA, onde, em um tom moderado, adverte sobre a escassez de regulamentação das medidas provisórias brasileiras, alegando que elas são importantes para a governabilidade; mas não devem ser nem subestimadas, nem tampouco supervalorizadas, não se permitindo, entretanto, desconhecer que a complexidade da vida social moderna delas não prescinde, podendo o Congresso Nacional manter uma papel ativo de convivência com este instituto.

É o registro histórico: “Com respeito às escassas regras ora vigentes em decorrência do art. 62 da Lei Maior, o projeto da Comissão Especial ofereceu um avanço considerável na questão, com fundamento no qual elaborou-se um novo substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 01, de 1995. Esse texto toma como referência Proposta da Comissão Especial (Emenda de Plenário nº 01 (Substitutivo) à Proposta de Emenda Constitucional nº 01/95 e às Propostas de Emendas Constitucionais nºs. 01, 04, 11, 20, 65, de 1995.

A cura do interesse público e da governabilidade faz da medida provisória um instrumento importante, que não pode ser subestimado nem supervalorizado. A ação do governo, em um país da complexidade do Brasil e requerendo que se enfrente, diuturnamente, uma gama considerável de questões de grande diversidade, não pode ser simplesmente privada do recurso à medida provisória. Deve-se, isso sim, considerar com realismo a necessidade de rever as condições e formas de sua adoção, bem assim os mecanismos de sua apreciação no Congresso Nacional. O papel ativo do Congresso no processo de tomada de decisão complexa, em conjunto com o Poder Executivo, no caso próprio das medidas provisórias, exige que se encontrem formas de atuação eficiente para o Parlamento, evitando-se o indesejável desvio em direção à omissão deliberativa ou ao absenteísmo.”

E, prosseguiu, apresentando as características do Substitutivo: “Caracteriza-se o substitutivo pelos elementos seguintes: a) estende o prazo de vigência da medida provisória para sessenta dias; b) institui uma comissão mista permanente, paritária e única, composta



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



de dezessete Deputados e dezessete Senadores, estruturada nos moldes da comissão mista permanente prevista para o orçamento, em conformidade com o art. 166, § 1º, da Constituição;⁶⁴⁰ c) a apreciação da medida provisória passa a ser feita separadamente, em cada Casa; d) esgotado o prazo de sessenta dias, a medida provisória entra, em regime de urgência, na ordem do dia da Câmara dos Deputados ou do Senado, observada a alternância simples de início de tramitação; e) fica vedada a reedição de medida provisória sempre que o Congresso Nacional aprove decreto legislativo declarando a cessação de sua eficácia e disciplinando a garantia dos atos realizados em sua vigência; f) interdiz-se igualmente a adoção de medida provisória versando sobre matéria penal, de lei delegada ou de lei complementar.”

Finalmente, apresenta a Proposta de Emenda Constitucional, precedida de uma breve Exposição de Motivos, onde destaca que, ao bem da formulação sistêmica da organização dos poderes no Brasil, não basta voltar as atenções para a reforma constitucional, pois o aspecto de dinâmica funcional do instituto não se esgota aí. Era preciso, também, reformular as regras internas do próprio Congresso Nacional para a apreciação destas medidas no interior das Casas Legislativas.

Disse tudo isto desta maneira:

“Para que haja um sistema orgânico de tratamento de medidas provisórias no âmbito do Congresso Nacional, cabe não apenas rever os enunciados prescritivos da Constituição Federal, mas igualmente as regras internas que o Congresso se deu, revendo-se a Resolução nº 01, de 1989, de forma a adequá-la ao novo

⁶⁴⁰ Constituição do Brasil. “Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. § 1º. Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados: I- examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; II- examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58” (...) “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º. Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. (...)”.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE
DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO
DO BRASIL



modelo. Dessarte anexa-se à conclusão deste Parecer, proposta de alteração da referida Resolução. (...) Nos termos das ponderações acima, enuncio meu voto: 1. pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 01, de 1995, na forma do substitutivo abaixo constante, bem assim pela prejudicialidade das Propostas de Emenda à Constituição nºs. 04, 11, 20 e 65, de 1995, e do Substitutivo da Comissão Especial, por estarem todos suficiente e adequadamente contemplados, quando e onde coube, no Substitutivo pelo qual ora se conclui; 2. Pela apresentação de Projeto de Resolução do Congresso Nacional, regulando a nova sistemática de apreciação de medidas provisórias e revogando a Resolução nº 01, de 1989 – Congresso Nacional.

Emenda à Proposta de Emenda à Constituição nº 01, (Substitutivo) de 1995 – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Altera o Parágrafo Único e acrescenta parágrafos ao art. 62, da Constituição.

Art. 1º. Renumere-se como primeiro e dê-se ao Parágrafo Único do art. 62, da Constituição da República Federativa do Brasil, a seguinte redação:

‘Art. 62. (...)

§ 1º. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei, no prazo de sessenta dias, contados da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Art. 2º. Acrescentem-se os seguintes parágrafos ao art. 62, da Constituição:

‘Art. 62. (...)

§ 1º. (...)

§ 2º. O Presidente da República comunicará ao Presidente do Congresso Nacional a adoção de medida provisória pelo menos quarenta e oito horas antes de sua publicação.

§ 3º. Excetuam-se à regra do parágrafo anterior os casos em que o sigilo ou a reserva, devidamente fundamentados na exposição de motivos, forem imprescindíveis à preservação do interesse público.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



§ 4º. As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, observado o critério de alternância simples.

§ 5º. Caberá a uma comissão mista permanente única de Senadores e Deputados examinar as medidas provisórias e emitir parecer antes de serem votadas na forma regimental, pelo plenário de cada uma das Casas Legislativas.

§ 6º. Se não for apreciada no prazo de sessenta dias de seu recebimento no Congresso Nacional, a medida provisória será colocada, em regime de urgência, na ordem do dia da Casa Legislativa em que se encontrar em tramitação, observada a alternância estabelecida no § 4º.

§ 7º. É vedada a reedição de medida provisória, no todo ou em parte, sempre que o Congresso Nacional, por proposição da comissão mista, aprovar decreto legislativo que declare a cessação de sua eficácia e discipline a garantia dos atos jurídicos realizados durante sua vigência.

§ 8º. Não serão objeto de medida provisória as matérias:

I- vedadas à lei delegada, como previsto no art. 68⁶⁴¹;

II- relativas ao direito penal;

III- reservadas à lei complementar.”

(Observação: na continuação do Substitutivo, vem um Projeto de Resolução do Congresso Nacional, alterando a Resolução nº 01, de 1989 – Congresso Nacional).

Finalmente, um texto que parece vem recebendo o manto do consenso junto ao Congresso Nacional (*Proposta de Emenda à Constituição nº 472-B, de 1997*).

⁶⁴¹ Constituição do Brasil. “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I- organização do poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II- nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III- planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. (...)”



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Nele:

- a) reposicionam-se as matérias objeto de decreto presidencial, que passaram a ser de lei com a atual Constituição, mas eram, tradicionalmente, de decreto (p. ex.: estrutura e atribuições de Ministérios);
- b) é estabelecida uma lista de assuntos vedados às medidas provisórias, retomando a técnica do sistema brasileiro constitucional de 1937, para os decretos-leis;
- c) exige, para a instituição ou majoração de tributos, que a medida provisória haja sido convertida em lei até o último dia daquele exercício financeiro em que foi editada, para produzir efeitos no seguinte; mas não esclarecendo a disciplina das contribuições da seguridade social;
- d) fixa novos prazos para a conversão em lei, e prevê, expressamente, uma única prorrogação⁶⁴²;
- e) disciplina o procedimento desta espécie legislativa durante o recesso congressional;
- f) prevê o exame, em separado, dos pressupostos de admissibilidade e do mérito de cada medida provisória;⁶⁴³
- g) prevê a utilização de decreto legislativo para as hipóteses de rejeição e de perda de eficácia da medida, mantendo ela, nestas circunstâncias, os seus efeitos até a edição do mesmo. Penso que uma solução alternativa para este difícil problema seria a de exigir do Congresso Nacional, quando da rejeição da medida provisória, ainda mais quando não houvesse direito anterior, que, simultaneamente, ele aprove o decreto legislativo. Uma espécie de “rejeição construtiva”;⁶⁴⁴
- h) repõe-se o sobrestamento da urgência do projeto de lei presidencial, indistintamente, para a sessão ordinária e para a extraordinária.

É com atenção que reproduzo a Proposta apontada:

⁶⁴² A restrição quanto à prorrogação estimula que se reflita sobre a primeira edição, incentivando os prévios debates e entendimentos.

⁶⁴³ Atualmente, esta exigência é regimental; e não constitucional. Ocorre que, em um mesmo ato, diz-se fazer os dois exames.

⁶⁴⁴ Este é um problema sério e de difícil resolução, ainda mais quando a matéria ventilada, na medida provisória, não possua disciplinamento no direito anterior. Talvez, uma alternativa fosse exigir, quando da rejeição, que o Congresso Nacional, simultaneamente, aprovasse o decreto legislativo. Uma espécie de “rejeição construtiva”.



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE
DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO
DO BRASIL



“Art. 1º.

Art. 48. (...)

X- criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

XI- criação de Ministérios e órgãos da administração pública;

(...)

Art. 57(...)

§ 7º. Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.

§ 8º. Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta de convocação.

(...)

Art. 61. (...)

§ 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II- disponham sobre:

(...)

e) criação de Ministérios e órgãos da administração pública.

(...)

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, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º.⁶⁴⁵

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

III- reservada à lei complementar;

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

V- que tenha sido objeto de veto presidencial pendente de apreciação pelo Congresso Nacional.

§ 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de tributos, excepto os previstos nos artigos 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 §§ 7º e 8º, perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações dela decorrentes.

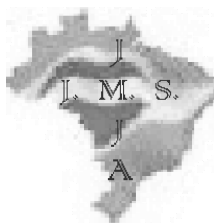
§ 4º. O prazo a que se refere o § 3º. Contar-se-á a partir da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º. As deliberações do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

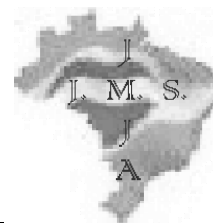
§ 6º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias, contados de sua prorrogação, sobrestar-se-ão todas as deliberações legislativas do Congresso Nacional e de suas Casas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a apreciação, observado o prazo previsto no § 3º.

§ 7º. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º. até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia da medida provisória, as relações jurídicas

⁶⁴⁵ Constituição do Brasil: “Art. 167. (...) § 3º. A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”



7.3. DIREITO COMPARADO E PROJETOS DE EMENDA QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 8º. Aprovado o 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.

(...)

Art. 64. (...)

§ 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

(...)

Art. 84. (...)

VI- dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;*
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;*

(...)

Art. 2º. Às medidas provisórias em vigor na data da promulgação desta Emenda Constitucional aplicam-se as regras vigentes na data de sua edição.

Parágrafo Único. A apreciação das medidas provisórias, referidas neste artigo deverá estar concluída no prazo de cento e oitenta dias, contados da promulgação desta Emenda Constitucional, sob pena de sobrestamento de todas as deliberações legislativas do Congresso Nacional e de suas Casas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a deliberação.”

7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988 ⁶⁴⁶

⁶⁴⁶ Vide o Título VII, “De 2.001 em diante”, onde se apresenta a nova regulamentação das medidas provisórias brasileiras. De fato, adiante estarão as principais idéias que antecederam a Reforma de setembro de 2001, e que ainda podem servir para novos e futuros aperfeiçoamentos constitucionais.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



“Enchentes provam que MP não poderia ser extinta – (...) Estavam equivocados aqueles que queriam simplesmente extirpar da Constituição o instituto das medidas provisórias. Fica claro agora que as MPs são necessárias, pois permitem resolver situações de emergência, que geralmente afetam os mais pobres, como é o caso dos flagelados do Sul. A votação desta medida provisória inicia nova realidade política, jurídica e institucional no País. Foram necessários 13 anos desde a Constituição de 1988 para que se chegasse a esta nova situação, em que o Presidente da República ainda pode editar MPs, mas só em caráter de total relevância e urgência.” (Senador JOSÉ FOGAÇA – um dos Relatores da Emenda Constitucional nº 32/11.09.2001. Extraído do Jornal do Senado, Ano VII, nº 1.387, Brasília, 24.10.2001, p. 10)

Também não são poucos os Projetos de Lei existentes⁶⁴⁷.

Considerando, portanto, a análise de direito comparado interno (direito posto e de “*lege ferenda*”), continuarei apresentando aquilo que entendo como de principal.

1. Projeto de Lei (Câmara dos Deputados). Deputado HAROLDO LIMA. 01.12.88.

Dispõe sobre o art. 62, da atual Constituição, proibindo a reapresentação de medida provisória que não tenha sido convertida em lei pelo Congresso Nacional, na mesma sessão legislativa.

De fato, a Constituição de outubro de 1988 já dispõe de dois dispositivos similares. Um diz respeito às Emendas Constitucionais rejeitadas ou havidas por prejudicadas (art. 60, § 5º). Outro refere-se aos projetos de lei rejeitados (art. 67).

⁶⁴⁷ Considero que, embora por força do art. 59, Parágrafo Único, da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, seja possível a adoção de lei complementar para dispor sobre os aspectos formais das medidas provisórias, tenho como necessária Emenda Constitucional para a fixação dos limites materiais, e para o estabelecimento de um prazo em que o Congresso Nacional discipline as relações jurídicas decorrentes da medida provisória que perdeu a eficácia. Vide Lei Complementar nº 95, de 26.02.98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Reproduzo estes artigos para que se possa melhor entender o que digo: “Art. 60. (...) § 5º. *A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.* (...) Art. 67. *A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional*”.

Quanto à referência constitucional ao que seja sessão legislativa, cabe reproduzir o art. 57, da atual Constituição: “Art. 57. *O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.* § 1º. *As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente, quando recaírem em sábados, domingos ou feriados.* § 2º. *A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.*”

2. Projeto de Lei (Senado Federal). Senador IRAM SARAIVA. 28.03.89.

Fixa critérios para definir os casos de urgência e de relevância previstos no art. 62, da atual Constituição.

3. Projeto de Lei (Câmara dos Deputados). Deputado FREIRE JÚNIOR. 14.06.89.

Define a relevância e a urgência, de forma a evitar o abuso da edição de medidas provisórias.

4. Projeto de Lei (Senado Federal). Senador ITAMAR FRANCO (Foi, posteriormente, Presidente da República do Brasil). 08.03.89.

Inclui entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República a inobservância do art. 62, da atual Constituição, regulando este dispositivo.

É de se esclarecer que a atual Constituição da República, no art. 85, dispõe sobre os crimes de responsabilidade, dizendo: “Art. 85. *São crimes de responsabilidade os atos*



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: I- a existência da União; II- o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III- o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV- a segurança interna do País; V- a probidade na administração; VI- a lei orçamentária; VII- o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo Único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.” (grifei)

A questão que, aqui, salta-me à mente é a de que, via de regra, aqueles que contraditam a regulamentação do art. 62, da atual Constituição, mediante lei, conduzem-se com o argumento de que este dispositivo não se refere à regulamentação legal, estando, por isto, maculada de inconstitucionalidade qualquer iniciativa, em lei, de regulamentação.

Ocorre que, sendo crime de responsabilidade atentar contra a Constituição da República, e fixando-se, como é curial, a exigência de lei específica para tratar destes crimes, é de se refletir sobre o assunto. (Ver, também, o art. 59, Parágrafo Único, da atual Constituição).⁶⁴⁸

Afinal, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inc. XXXIX), estando o direito penal em uma seara de estrita legalidade, ou de tipicidade cerrada.

5. Projeto de Lei Complementar (Câmara dos Deputados). Deputado PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO. 04.04.90.

Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das medidas provisórias.

6. Projeto de Lei Complementar (Câmara dos Deputados). Deputado TARSO GENRO. 07.05.90.

Dispõe sobre a relevância e a urgência prevista no art. 62, da Constituição Federal, definindo como casos urgentes e relevantes, para a adoção das medidas provisórias, aqueles

⁶⁴⁸ Constituição do Brasil. “Do Processo Legislativo. Disposição Geral. Art. 59. (...) *Parágrafo Único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*”



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



que possam causar danos irreparáveis à economia nacional, ameaçar a existência da União e a forma federativa do Estado.

Na Justificativa do Projeto, afirma-se que a aparente liberdade do Executivo para a adoção das medidas provisórias perverte o Estado de Direito, porquanto possibilite a invasão das prerrogativas do Poder Legislativo.

Sem fronteiras bem definidas, torna-se difícil a harmonia entre os Poderes. Defende a postura que determina a interferência do Congresso Nacional na formação de um “juízo de valor”, tanto jurídico, quanto político, no reconhecimento da urgência e da relevância.

Defende, ainda, a divisão da responsabilidade política entre o Congresso Nacional e o Presidente da República.

No sentido da Justificativa, realço alguns artigos do Projeto, a saber:

“Art. 1º. São considerados casos urgentes e relevantes, que autorizam a adoção de medidas provisórias, os que podem proporcionar danos irreparáveis à economia nacional, ameaçar a existência da União e a forma federativa do Estado.

(...)

Art. 3º. A adoção da medida provisória deverá ser acompanhada de exposição de motivos circunstanciada e preliminar das razões que justifiquem a relevância e urgência, bem como as consequências decorrentes da omissão presidencial, caso não utilize as prerrogativas inscritas no art. 62 da Constituição Federal.

Art. 4º. Nos primeiros cinco dias do prazo previsto no art. 62, Parágrafo Único da Constituição Federal (Texto originário), o Congresso Nacional apreciará e votará, preliminarmente, sem prejuízo da apresentação de emendas, o reconhecimento, ou não, da urgência e relevância.

Parágrafo único. Se a urgência e a relevância não forem aprovadas, a medida provisória será tida como rejeitada, baixando o Presidente do Congresso Nacional ato declarando insubsistente a medida, feita a devida comunicação ao Presidente da República.”

Nas palavras do Deputado TARSO GENRO, é a Justificativa que apresenta:



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



“O presente projeto tem por meta vincular a urgência e a relevância, previstas na Constituição Federal para a edição de medidas provisórias, a determinadas situações que ele especifica.

A aparente liberdade que tem o Executivo, em face da omissão da lei, de definir a seu juízo as situações previstas no Texto Constitucional, perverte o Estado de Direito e possibilita a invasão das prerrogativas do Legislativo.

O esmaecimento das fronteiras, no caso das medidas provisórias, entre os poderes da Presidência e as prerrogativas do Congresso, pode levar à instabilidade institucional, ofensiva à harmonia entre os poderes, minando a estrutura constitucional.

A necessidade de que o Congresso interfira, num prazo curto, sobre a formação de um ‘juízo de valor’ político e jurídico por parte do Executivo, no que se refere à adequação das medidas que ele teve a iniciativa de editar, é que inspira a regulamentação de uma manifestação prévia de reconhecimento da urgência e da relevância. A partir daí a responsabilidade passa a ser dividida, politicamente, entre o Congresso e o Presidente. Sala das Sessões, 19 de abril de 1990 – TARSO GENRO.”

Ainda dentro do Projeto de Lei Complementar do Deputado TARSO GENRO, dou destaque ao art. 2º, que impossibilita o Presidente da República de adotar **medidas provisórias em situações com caráter de definitividade. Acaso assim proceda, poderia vir a responder por crime de responsabilidade.**

Diz o art. 2º, do Projeto: “Art. 2º. O Presidente da República não poderá adotar medidas provisórias que constituem situações definitivas, em face dos efeitos jurídicos e factuais irreversíveis que elas proporcionam. Parágrafo Único. Na hipótese de se configurar o previsto no caput deste artigo e rejeitada a medida provisória, conforme o art. 4º, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados emitirá parecer para os efeitos dos arts. 85 e 86, da Constituição Federal (Da Responsabilidade do Presidente da República).”

7. Projeto de Lei Complementar (Câmara dos Deputados). Deputado NELSON JOBIM (hoje, Ministro do Supremo Tribunal Federal). 21.02.90.

Dispõe sobre a edição e o processo legislativo das medidas provisórias. Foi retirado pelo autor.



8. Projeto de Lei (Senado Federal). Senador MÁRCIO LACERDA. 13.03.90.

Dispõe sobre a tramitação da medida provisória, entendendo que ainda não estava assegurada a adequada aplicabilidade do art. 62 da atual Constituição.

9. Projeto de Lei Complementar (Câmara dos Deputados) Deputados NELSON JOBIM, ADYLSO MOTA, PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, JOSÉ SERRA e HAROLDO LIMA. (PLP 00223-b, DE 1990).

Este Projeto enfrenta os mais discutidos temas sobre o instituto da Medida Provisória, e, o que é mais importante, pretende oferecer soluções para os mesmos, considerando as realidades jurídica e política.

Entre os seus tópicos, merecem, no meu sentir, destaque para:

a) fixa as matérias onde não cabem as medidas provisórias, a saber:

“Art. 2º. A medida provisória somente poderá ser utilizada em matérias reguláveis por lei ordinária, ficando vedado emendar, modificar ou complementar a Constituição e tratar de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas.

Art. 3º. Não serão, também, admitidas medidas provisórias que:

I- tratem de legislação sobre a qual é vedada a delegação legislativa pelo Congresso Nacional (art. 68, § 1º, da Constituição Federal):

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

b) nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

c) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento;

II- contenham matéria que constitucionalmente preveja a necessidade de autorização do Congresso Nacional para a prática dos atos pelo Presidente da República;

III- matéria penal;

IV- disponham sobre contas correntes bancárias e depósitos de poupança;



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS
PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA
ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



V- versem sobre matéria constante do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial nos trinta dias imediatamente anteriores à publicação da medida.”

b) no caso de haver sido inadmitida a Medida Provisória, por falta de relevância ou urgência, veda-se a sua reedição na mesma sessão legislativa, autorizando, contudo, a sua imediata conversão em projeto de lei, ao qual será dada a urgência constitucional (art. 64, § 2º). A reedição ficaria permitida na hipótese de inércia do Congresso por apreciar a medida que lhe foi apresentada, no prazo constitucional; desde que ocorra no dia subsequente ao término do prazo determinado.

É a redação proposta:

“Art. 4º. Inadmitida medida provisória pela falta de pressupostos de urgência e relevância, converter-se-á o seu texto em projeto de lei de iniciativa do executivo, que será apreciado nos termos dos parágrafos do art. 64, da Constituição Federal.

(...)

Art. 8º. Medida provisória rejeitada não poderá ser reeditada, no todo ou em parte, na mesma sessão legislativa, facultada sua apresentação na forma de projeto de lei.

Art. 9º. Medida Provisória não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo constitucional de 30 (trinta dias), poderá ser reeditada uma só vez e no dia subsequente ao final do referido prazo. Parágrafo Único. Na hipótese de não ser apreciada, após sua reedição, aplica-se o artigo anterior.”

Pessoalmente, sobre esta matéria, acolho e sugiro, de agora, o seguinte:

I.a medida provisória, não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 (sessenta) dias, deveria, apenas no dia subsequente ao encerramento deste prazo, poder ser reeditada. O prazo de eficácia da medida reeditada seria limitado a 30 dias;

II. a medida provisória rejeitada por haver considerado o Congresso Nacional como inexistentes os pressupostos de *relevância e de urgência*, deveria ser, automaticamente, convertida em projeto de lei, ao qual ficaria assegurado o regime



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



de urgência, tal como hoje está consignado no § 2º, do art. 64, da Constituição de outubro de 1988;

III. a medida provisória, rejeitada pelo Congresso Nacional por algum outro motivo, poderia, ainda na mesma sessão legislativa, ser reapresentada; desde que, obviamente, compatível com a Constituição; porém, expurgada dos defeitos encontrados pelo Congresso, se o fundamento da rejeição permitir esta adequabilidade.

c) fixa um prazo de sessenta dias para o Congresso Nacional editar o Decreto Legislativo necessário à regulamentação das relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida em lei, total ou parcialmente⁶⁴⁹.

Já reconhecendo a possibilidade de o prazo não vir a ser cumprido, determina, desde logo, que, nesta hipótese, conservar-se-ão os efeitos da medida provisória na parte não convertida.

É o texto proposto: “Art. 11. *Não convertida, total ou parcialmente, em lei uma medida provisória, o Congresso Nacional editará, no prazo de sessenta dias, Decreto Legislativo dispondo sobre as relações jurídicas dela decorrentes.*

Parágrafo Único. Não editado Decreto Legislativo dentro do prazo referido no ‘caput’ deste artigo, as relações jurídicas decorrentes da medida provisória, total ou parcialmente, não convertida em lei, conservar-se-ão por ela regidas.”

A Justificativa deste Projeto consolidado de Lei Complementar diz o seguinte:

⁶⁴⁹ CARLO LAVAGNA, em sua *A Constituição Italiana comentada com as Decisões da Corte Constitucional*, adverte, ao se referir ao art. 77, terceira parte, desta Constituição, que o legislador, ao regulamentar retroativamente as relações, precisa ter em conta que não pode, de modo algum, prescindir de conceder pleno respeito às normas constitucionais. (Vide LAVAGNA, CARLO. *La Costituzione Italiana – commentata con le decisioni della Corte Costituzionale*, a cura di ANTONIO STEFANO AGRÓ, FRANCO GAETANO SCOCA e PAOLO VITUCCI. Torino. Unione Tipografica - Editrice Torinese. 1970, p. 744.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



“O presente projeto se constitui em uma fusão dos diversos projetos em tramitação na Câmara dos Deputados, com algumas modificações.

Basicamente, o projeto, após delimitar, pela técnica da vedação, as matérias suscetíveis de tratamento por medida provisória, enfrenta os temas relativos à redação das MP.

Dá um tratamento correto à hipótese de inadmissão da MP, por lhe faltar os pressupostos constitucionais de relevância e urgência, transformando-a em projeto de lei, ao qual lhe é dada urgência constitucional.

Veda a reedição da MP rejeitada, na mesma sessão legislativa. Autoriza, no entanto, a sua apresentação, pelo Governo, como projeto de lei. Desta forma, evita-se a aplicação da norma regimental que veda a reapresentação de proposição rejeitada.

Permite a reedição da MP não apreciada no prazo constitucional de 30 dias, desde que o seja no dia subsequente ao término do prazo.

O projeto, por seu texto, é auto-aplicativo, pelo que dispensa-se, nesta justificativa, maiores análises.

O que tem de importante o projeto é a regulamentação do uso da MP e a previsão de seus desdobramentos.

O projeto atende as questões jurídicas e políticas do presente momento da história brasileira, dando um tratamento consistente à matéria.”

(*) Sobre o Projeto de Lei Complementar nº 223, foi apresentado um **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação**. Neste Parecer, em sua parte final, afirma-se que os Projetos nºs. 220/90, de autoria do Deputado PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO e 229/90, de autoria do Deputado TARSO GENRO, foram atendidos pelo Substitutivo em que culmina os trabalhos desta Comissão.

Este Parecer traz aspectos de grande relevo, inclusive porque historia os trabalhos constituintes e pré-constituintes, revelando as origens constitucionais da medida provisória.

Aqui, são transcritas as palavras, proferidas à época, de vultos importantes da história brasileira mais recente, tais como: (a) NELSON JOBIM, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal; (b) TANCREDO NEVES, que chegou a ser eleito Presidente da República, morrendo antes de tomar posse; (c) MICHEL TEMER, que, mais tarde, chegou a ser Presidente da Câmara dos Deputados; (d) BERNARDO CABRAL, que foi o Relator da Constituinte; (e) NILSON GIBSON, que justifica, à sua maneira, a ausência das medidas



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



provisórias do rol das normas do processo legislativo até quase a última hora antes da promulgação constitucional.

Também, aqui, expõe-se a debate a tese de que a medida provisória independeria de qualquer regulamentação, havendo as iniciativas, neste sentido, de merecer a repulsa da inconstitucionalidade. A conclusão que se oferece pela improcedência desta postura é irrespondível.

Pois bem, passe-se a um resumo de tudo isto.

Primeiro, antes de chegar ao Parecer propriamente dito, declino o que, sobre as medidas provisórias ou os Decretos-leis, disseram *(as transcrições, a seguir, pertencem ao Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação. Sala da Comissão, 06 de junho de 1990. Deputado THEODORO MENDES. Relator⁶⁵⁰)*:

1. **TANCREDO NEVES** (ex-Primeiro Ministro e Presidente eleito do Brasil):

“O decreto, com força de lei, tem sido o instrumento, por excelência, da atividade legislativa do Poder Executivo. Ele absorve, praticamente, todo o trabalho do Legislativo. Usado e abusado constitui, hoje, na fonte do caos das leis em que se debate o País, traumatizando os princípios gerais do direito, violentando a norma jurídica e infringindo comezinhos princípios de técnica legislativa. A sua supressão pura e simples seria da maior importância para a disciplina, o aprimoramento e a consolidação do nosso sistema legal.”

2. **MICHEL TEMER** (jurista e ex-Presidente da Câmara dos Deputados):

“Se mantivermos as medidas provisórias, haverá a incapacitação do Legislativo para legislar amplamente. Invoca-se, aqui, o decreto-lei italiano. Mas ele é diferente. Lá sob o sistema parlamentarista, está dito.

O governo não pode, sem delegação da Câmara, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária.

⁶⁵⁰ SZKLAROWSKY, LEON FREJDA. Medidas Provisórias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991, ps. 104-107.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS
PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA
ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Quando em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei, deve remetê-las para apreciação do Congresso Nacional.

Ora, o que é responsabilidade do sistema constitucional ? É a responsabilidade política. Então, se um Ministro encaminha uma medida provisória, é sob sua responsabilidade. E o que é responsabilidade política no parlamentarismo ? É a queda do Gabinete, 'é a queda do Primeiro-Ministro'.

A respeito do “decreti-legge”, nada melhor do que, antes de mais nada, reconduzir o raciocínio para o fato de que, na Itália, o sistema de governo é o parlamentarista; enquanto, no Brasil, é o presidencialista.

É bem verdade que, tal qual assevera RAUL MACHADO HORTA, e como já foi salientado, é inadequado falar em um sistema de governo puro.

São as suas palavras: “(...) a organização constitucional contemporânea vem abandonando o regime de governo puro, para adotar o regime de governo misto, seja no âmbito do regime parlamentar como no do regime presidencial.”⁶⁵¹

Sendo assim, e não esquecendo da advertência de que, no Brasil, opera um presidencialismo histórico, vale, novamente, observar o que dizem os próprios italianos sobre este instituto do Decreto-lei.

VEZIO CRISAFULLI e LIVIO PALADIN, em *Comentário Breve à Constituição*, afirmam que ele é um *ato normativo emanado do Governo, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, equiparado às leis ordinárias, ou seja provido com a eficácia das mesmas.*⁶⁵²

ANGELO FAVATA, em *Dicionário dos Termos Jurídicos*, faz registrá-lo como uma providência com força de lei, emanada pelo governo, sem prévia delegação do poder legislativo. A justificativa que encontra para o art. 77, da Constituição italiana é a do estado de necessidade e a da urgência da emissão de uma determinada norma, admitindo-lhe o uso

⁶⁵¹ HORTA, RAUL MACHADO. Tendências atuais dos Regimes de Governo. Revista de Direito Público. Nº 84, outubro - dezembro 1987. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1987, p. 31.

⁶⁵² CRISAFULLI, VEZIO e PALADIN, LIVIO. Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova. 1991, ps. 467-485.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



não apenas em situações de calamidade, mas também em matéria fiscal, mediante o aumento de alíquotas.⁶⁵³

CARLO LAVAGNA, em suas *Instituições de Direito Público*, equipara as medidas provisórias do texto italiano (art. 77 – provvedimenti provvisori) aos já tradicionais Decretos-leis, afirmando que elas não seriam outra coisa senão os Decretos-leis regulados de uma forma mais rigorosa ou diversa. Argumenta, ainda, que o termo lei, acrescido ao de decreto, serve para indicar o valor do ato, que tem um nível paritário ao da lei.⁶⁵⁴

Enfim, a impressão que me fica é a de que todos estão com a pretensão do equilíbrio, e, em um País democrático, a aplicação das medidas provisórias precisa ser comedida; o que vai bem além do mero texto escrito.

Se se pretende utilizá-las para superar as obstruções das minorias, ou a lentidão do processo legislativo, acaso este efetivamente venha a ocorrer, diante da passividade de um Parlamento apático, que não faz jus ao mandato de que está investido, respeitando-se as necessidades da urgência, não haveria como taxar as medidas provisórias, ou os Decretos-leis, de abusivos.⁶⁵⁵

3. **NELSON JOBIM** (atualmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Foi o primeiro subscritor do Projeto em debate, e, por ocasião da discussão sobre as medidas provisórias, ainda em 19.03.88 – portanto, antes da promulgação da atual Constituição do Brasil, que é de 05.10.88 -, declarou a sua convicção de que as mesmas teriam espaço em sistema de governo parlamentarista):

“Não há (com a medida provisória) uma renúncia da capacidade legislativa desta Casa. O que há, realmente, Sr. Presidente e Srs. Constituintes, é a circunstância de que em situações emergenciais e de extrema gravidade se ponham e exijam intervenção do Estado

⁶⁵³ FAVATA, ANGELO. Dicionário de Termos Jurídicos. Undicesima edizione Aggiornata da FRANCESCO BARTOLINI. Casa Editrice La Tribuna – Piacenza. 1989, p. 115.

⁶⁵⁴ LAVAGNA, CARLO. *Instituições de Direito Público*. 6ª ed. Torino. Unione Tipografico - Editrice Torinese. 1986, p. 289.

⁶⁵⁵ LANGROD, GEORGES. *O Processo Legislativo na Europa Ocidental*. Fundação Getúlio Vargas. Instituto de Direito Público e Ciência Política. Rio de Janeiro. 1954, p. 107.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS
PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA
ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



de imediato, e esta intervenção se dará pelo Executivo que, graças a Deus, será um executivo parlamentarista.”

Embora a previsão sobre o parlamentarismo não se haja confirmado, é de se ressaltar, quanto à referência à situação emergencial ou de extrema gravidade, que isto, evidentemente, não pode ser levado ao exagero.

De fato, embora seja preciso fixar para as medidas provisórias contornos bem mais exatos, não será com exageros de nenhuma ordem que se atingirá o equilíbrio.

Como exemplo do que digo, cito a Espanha sobre este assunto, valendo recordar LUIS AGUIAR DE LUQUE e RICARDO BLANCO CANALES, que ressaltam que *a extraordinária e urgente necessidade não podem ser entendidas de forma rígida como sinônimos de um perigo grave ou uma excepcional ameaça para o sistema constitucional ou para a ordem pública.*⁶⁵⁶

Ainda referindo-me à Espanha, segundo JAVIER PEREZ ROYO, em suas *Fontes do Direito*, o Decreto-lei, que considera uma instituição fundamentalmente italiana e espanhola, não deve ser entendido como uma exceção aberta ao monopólio da titularidade do Poder Legislativo, cabendo aos textos constitucionais regulá-lo de maneira bastante restrita.⁶⁵⁷

4. **BERNARDO CABRAL** (Relator da Constituinte. Também ele confirmava que a medida provisória tinha por destino conviver em um sistema parlamentarista de governo):

“No parlamentarismo, o Primeiro-Ministro – e é ele quem encaminha ao Presidente da República – é o Procurador desta Casa, sob permanente confiança ou censura do Parlamento, conseqüentemente, qual o Primeiro-Ministro que adotaria medidas que agredissem o Parlamento ? Nenhum, porque ele cairia.”

⁶⁵⁶ Estes autores citam: sentencias 29/1982, de 31 de maio e 111/1983, de 02 de dezembro. Constituição Espanhola 1978-1988. I. Centro de Estudos Constitucionais. 1988, p. 615.

⁶⁵⁷ ROYO, JAVIER PEREZ. As Fontes do Direito. Editorial Tecnos. Madrid. 1984. Col. *Temas Clave de la Constitución Española*, ps. 100-121.



5. NILSON GIBSON (Deputado experiente, com vários mandatos, e que também foi Deputado Constituinte pelo Estado de Pernambuco. Ele, de maneira clara e sem subterfúgios, descortina o motivo de não aparecerem as medidas provisórias entre as normas do processo legislativo; isto até os trabalhos da Comissão de Redação final. Afora o fato de que desfere uma contundente crítica às medidas provisórias):

“A despeito da condenação de decreto-lei, por mais espantoso que possa parecer, o Projeto de Constituição não só assegura sua sobrevivência, como o amplia. Mais que isso, concebe um instrumento normativo mais violento, mais amplo e muito mais perigoso para os direitos dos cidadãos. Prevê o projeto medidas provisórias com força de lei. E tais medidas não são condicionadas nem dependem de pressupostos. Podem versar qualquer matéria: inquilinato, criação de tributos e outros encargos, direito penal, processual, instituições financeiras, casamento, sociedades anônimas etc. Sem campo é ilimitado. A despeito da repulsa generalizada, essa proposta contida no projeto vai caminhando com notável desembaraço”.

E NILSON GIBSON continua, na qualidade de Representante do Estado de Pernambuco, advertindo que a perda da eficácia da medida provisória pode investir-se menos como uma cominação contra o Executivo, e mais como uma sanção contra a sociedade. Outra tese que levantou foi a de que as medidas provisórias não estavam a constar, até a Redação final, e utilizavam um nome sem tradição no Brasil, de modo a esconder-se no Texto que viria a ser promulgado, evitando, com isto, polêmicas mais acirradas:

“Retrucarão os defensores dessa proposta que o texto determina a perda de eficácia das medidas provisórias, desde sua edição, se, em trinta dias⁶⁵⁸, não sobrevier a conversão. A experiência ensina que, nesses trinta dias, criam-se ou extinguem-se direitos, alteram-se relações jurídicas, paralisam-se negócios, engendram-se situações, forjam-se créditos, expectativas, fatos novos, fatos consumados, com força de lei, que jamais terão remédio, socorro, arranjo, conserto. A perda de eficácia prevista será uma sanção contra a sociedade, contra os atingidos em seus direitos, contra as instituições. Não será uma cominação

⁶⁵⁸ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



contra o Executivo que se desmanda, o Congresso que se omite e o Judiciário que tarda e, muitas vezes, convalida o abuso.

Não há como explicar essa presença teratológica no Projeto. Mas, do espírito de quem as propôs dizem bem duas circunstâncias: tais medidas não constam no rol de normas do processo legislativo, e não têm designação tradicional. Por quê? Exatamente para passarem despercebidas. Em benefício de quem? Tal arma é um perigo imenso para todos. Nas mãos de um governo extremista é algo de irresistível. Manejada por um fanático, ou desabusado, ou irresponsável, será um desastre.”

Conclui o Deputado, destacando que as medidas provisórias poderiam vir a se constituir em um instrumento de subversão da ordem, destruindo a segurança jurídica.

Tal como já foi dito logo no início destas última citações, todos estes pronunciamentos estão contidos no Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação que analisou o Projeto de Lei Complementar nº 223, de 1990.

No Parecer, ficam esclarecidas as intenções do Projeto, que são as seguintes:

- a) delimitar as matérias suscetíveis de tratamento por medida provisória;
- b) enfrentar o tema relativo à reedição das medidas provisórias;
- c) tratar das hipóteses da inadmissibilidade daquelas medidas provisórias que não tenham os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência.

Discutiu-se, inicialmente, no seio desta Comissão, se não existira embargo constitucional para regulamentar o art. 62, da atual Constituição do Brasil, mediante a utilização de lei complementar.

Isto porque existe uma corrente que defende que a *medida provisória* independe de regulamentação, afirmando-se que o legislador constituinte esgotou, no art. 62 e Parágrafo Único, a sua definição e as suas consequências.

A Comissão entendeu como, perfeitamente, adequada a utilização de lei complementar.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



O argumento utilizado foi o seguinte.

Na atual Constituição do Brasil, as leis delegadas vêm previstas no art. 68 e parágrafos. No tratamento constitucional que recebe, são feitas várias restrições à delegação ao Presidente da República pelo Congresso Nacional.

Se assim o é, qual o motivo que levaria o Presidente da República a solicitar a delegação congressional, com as restrições existentes neste procedimento legislativo, se pode ter à sua disposição, sem quaisquer limites, a medida provisória ?

A conclusão que daí se retira é a de que se tornaria letra morta o art. 68, da Constituição Federal; não podendo ser esta a intenção original.

Além do mais, no art. 59, Parágrafo Único, da Constituição vem disposto: “*Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*”⁶⁵⁹

Todo este debate revela o fato de que a medida provisória, no entendimento do Parecer da Comissão, é um instituto novo no sistema jurídico-constitucional brasileiro, sendo natural que acesse um período de consolidação.

Sobretudo quando se sabe, diz a Comissão, que o seu aparecimento, no Texto Constitucional, devia-se, em grande parte, ao fato de haver sido aprovada a tese parlamentarista pela Comissão de Sistematização.

Nesta altura do Parecer, argumentando contra a expectativa parlamentar, que, ao final, foi frustrada, disse a Comissão de Constituição, Justiça e Redação: “*O argumento do Relator da Constituinte, como se vê, não vale para o sistema presidencialista, afinal adotado pela Lei Maior, pois o Presidente da República não cai.*”

⁶⁵⁹ Esta Lei Complementar, atualmente, já existe. É a Lei Complementar nº 95, de 26.02.98 – Diário Oficial da união de 27.02.98. No seu art. 1º, vem registrado: “*A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar. Parágrafo Único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59, da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.*” (grifei)



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



É bem verdade que, nos termos do art. 10, do Substitutivo apresentado por esta Comissão, vinha disposto: “Art. 10. *Responderão por crime de responsabilidade os subscritores da medida provisória editada em desrespeito aos arts. 2º, 3º e 7º⁶⁶⁰, desta lei complementar.*”

No entanto, ainda no que foi chamado de *Complementação de Voto*, esta Comissão, por unanimidade, acatou a sugestão do então Deputado NELSON JOBIM, no sentido de suprimir este dispositivo, que determinava, como crime de responsabilidade, a edição de medidas provisórias fora das matérias por ela especificadas; ou na hipótese de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional.

Continuando com os trabalhos da Comissão de Constituição, Justiça e de Redação, ela reconhece que, apesar das opiniões em contrário, não se deve negar a um Estado moderno, em face dos múltiplos desafios que enfrenta, um mecanismo ágil, de pronta resposta aos problemas mais graves.

Com este raciocínio, conclui que o legislador constituinte não desceu a detalhes sobre a medida provisória, porque, pelo Parágrafo Único, do art. 59, da atual Constituição, permitiu, mediante *Lei Complementar*, o estabelecimento de uma regulamentação subconstitucional.

⁶⁶⁰ Estes dispositivos, do Substitutivo ao Projeto de Lei Complementar, apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e de Redação estavam assim grafados: “Art. 2º. *A medida provisória somente poderá versar sobre matéria regulável por lei ordinária, vedada a sua utilização para complementar a Constituição, tratar de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas ou para constituir situações definitivas, em face dos efeitos jurídicos e factuais irreversíveis que venha a proporcionar* Art. 3º. *Não será admitida, também, medida provisória que: I- trate de legislação sobre a qual é vedada a delegação legislativa pelo Congresso Nacional (art. 68, § 1º, da Constituição Federal); II- contenha matéria que constitucionalmente preveja a necessidade de autorização do Congresso Nacional para a prática de atos pelo Presidente da República; III- disponha sobre matéria penal ou tributária; IV- abranja, no todo ou em parte, matéria constante de projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial nos trinta dias imediatamente anteriores à publicação da medida; V- disponha sobre sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular (art. 22, inciso XIX da Constituição Federal). (...) Art. 7º. Medida provisória rejeitada não poderá ser reeditada, no todo ou em parte, na mesma sessão legislativa nem durante o recesso parlamentar, facultada sua apresentação na forma de projeto de lei.*”



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Nas palavras da Comissão: *“Por isso, sem perfilar com aqueles que, adotando posições mais radicais, pretendem expungir do texto de lei fundamental a figura da medida provisória, fazemos coro com os que defendem a tese de que o legislador constituinte não desceu a minúcias quando aprovou o texto que introduziu a medida provisória em nosso Direito:*

- a) porque se dirigia ao sistema parlamentarista de governo;*
- b) porque preferiu, com o parágrafo único do art. 59, deixar que a Lei Complementar o fizesse (como se faz agora).”*

Contudo, embora haja concordado, nas linhas gerais, com o Projeto de Lei Complementar analisado (o Projeto de Lei Complementar nº 223, de 1990) fez nele alguns reparos, sendo esta a razão do Texto Substitutivo que apresentou, e de onde consentiu por retirar o art. 10, há pouco citado, que dispunha sobre as situações de crime de responsabilidade presidencial.

Ao Texto Substitutivo, apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação, foram ofertadas várias Emendas em Plenário.

Salientarei apenas aquelas matérias que considero de maior relevo.

1. Entre as matérias vedadas à medida provisória, deveria-se incluir normas sobre *“processo penal”*. Atualmente, o art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”, da Constituição já reformada pela Emenda Constitucional nº 32/11.09.2001, assim procede.

2. Quando a medida provisória for apenas em parte aprovada pelo Congresso Nacional, nesta parte haveria a imediata conversão em lei; ficando a remanescente a depender da manifestação do Presidente da República, que poderá sancioná-la ou vetá-la, aplicando-se, quanto ao mais, o art. 66, da atual Constituição.

De fato, uma dúvida, aqui, pode surgir. É a seguinte. Normalmente, o veto presidencial fundamenta-se em inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS
PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA
ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Obviamente, a expressão *interesse público* é um tanto indeterminada e, por isto, abrangente. No entanto, cabe indagar se, na parte alterada pelo Congresso Nacional, teria o Presidente da República a faculdade de veto independente destas duas motivações (inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público).

3. A questão da reedição é uma constante nos debates sobre a medida provisória. Neste tema, foi proposta uma Emenda mantendo o prazo constitucional dos 30 dias, mas possibilitando uma única reedição a manter a sua eficácia por 60 dias. Pelo texto da Reforma Constitucional de setembro de 2001, o art. 62, § 10 tem a seguinte redação: “*É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada (1) ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo (2).*”

4. Suscita-se a dúvida sobre quem teria competência para convocar, extraordinariamente, o Congresso Nacional, na situação de a medida provisória vir a ser adotada durante o recesso. Esclarece-se que o Presidente da República convocará, dado que o Congresso não poderia autoconvocar-se, de acordo com o Autor da Emenda.

5. Busca esclarecer que, nas matérias que podem ser veiculadas por Decreto, não há nenhum sentido de proibi-la por medida provisória.

A preocupação de Emendas como estas, imagino, tem por escopo último, além da remuneração das Cadernetas de poupança, a matéria tributária.

Explico o que digo.

Nos termos do § 1º, do art. 153, da atual Constituição está disposto que é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos regulatórios externos (imposto de importação e de exportação), do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre operações financeiras (crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos e valores mobiliários).

Estas alterações de alíquota, que não precisam sequer observar o princípio da anterioridade (art. 150, § 1º), podem ser feitas por atos infralegais. Daí, ser incongruente



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



vedar à medida provisória esse espaço jurídico, dado que, de fato, ela chega mesmo a ser desnecessária.

6. Na hipótese de inadmissão da medida provisória pelo Congresso Nacional, requer que fique esclarecido que a iniciativa presidencial do Projeto de Lei não pode ser compulsória, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade.

7. Afirma-se que se era autoritário o decurso de prazo significando a aprovação do Decreto-lei, também é autoritário o decurso de prazo como hipótese de rejeição de medida provisória.

8. Opõe-se ao art. 10, do Substitutivo, que defende a paralisação dos trabalhos do Congresso se, no prazo de sessenta dias, não se deliberar sobre as relações jurídicas decorrentes da medida provisória que perdeu a eficácia.

São várias as Emendas que consideram excessivamente drástica este dispositivo.

Eis o art. 10: *“Inadmitida, nos termos do art. 4º desta Lei Complementar, ou não convertida, total ou parcialmente, em lei uma medida provisória, o Congresso Nacional editará, no prazo de 60 (sessenta) dias, Decreto Legislativo dispondo sobre as relações jurídicas dela decorrentes. Parágrafo Único. Nenhuma outra matéria será discutida ou votada pelo Congresso Nacional ou por qualquer de suas Casas enquanto não cumprido o disposto no caput.”*

9. Entende que é desnecessário incluir-se, na vedação à medida provisória, as matérias que, constitucionalmente, devem ser veiculadas por lei complementar; tendo em vista que o quórum específico de maioria absoluta (art. 69) já afastaria as medidas provisórias desta seara.

10. Entende como necessário o esclarecimento do termo inicial do prazo de cinco dias para a convocação extraordinária do Congresso Nacional, quando a medida provisória for editada durante o recesso. O termo proposto foi o da publicação no Diário Oficial da



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS
PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA
ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



União da medida. Pelo texto da Reforma Constitucional de setembro de 2001, o art. 62, § 4º tem a seguinte redação: “O prazo a que se refere o § 3º⁶⁶¹ contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.”

11. Defende que os atos do Presidente da República *ad referendum* do Congresso Nacional têm por instrumento adequado a Medida Provisória.

12. Entende que não se deve determinar que a matéria tributária não permite tratamento em medida provisória, inclusive porque a Constituição já possui uma Seção que trata *Das Limitações ao Poder de Tributar* (arts. 150-152), cabendo os direitos dos contribuintes conformarem-se nas normas existentes.

Assim, negar, pura e simplesmente, ao Poder Executivo a edição de medidas provisórias sobre matéria tributária seria temerário; pois retiraria dele o necessário poder de intervenção imediata.

Na Reforma Constitucional de setembro de 2001, o art. 62, § 2º adotou a seguinte 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.”

13. Pondera sobre a natureza emergencial da Medida Provisória, afirmando que o que é urgente e relevante hoje, pode não o ser mais adiante, antes da sua transformação em lei.

⁶⁶¹ É a redação do § 3º referenciado: “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.”

São os §§ 11 e 12: “§ 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.”



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



Assim, defende que o Poder Executivo possa ter a iniciativa de retirar, modificar ou suspender a eficácia da medida provisória editada. Com isto combate a permanência do art. 9º, do Substitutivo, que diz: “Art. 9º. *Desde a publicação a que se refere o art. 1º desta lei complementar, a medida provisória é insusceptível de retirada ou de revogação, ab-rogação, modificação ou suspensão de sua eficácia por outra medida provisória.*”

14. Defende que compete ao Presidente do Congresso Nacional, e não ao Presidente da República, a iniciativa da convocação extraordinária do Congresso Nacional quando da edição de medida provisória durante o recesso.

15. Combate qualquer iniciativa contrária à reedição das medidas provisórias, por considerá-las uma delegação constitucional extraordinária, que confere ao Poder Executivo a investidura de poderes de legislar, não cabendo à legislação subalterna restringir o que a Constituição não restringiu.

Contra este entendimento, foi exposto que se existe vedação constitucional à reapresentação do Projeto de Lei rejeitado na mesma sessão legislativa (art. 67), não há como se admitir a reedição de medida provisória rejeitada expressa ou tacitamente pelo Congresso Nacional.

Esta conclusão seria a única compatível com o princípio constitucional da autonomia dos poderes e com a possibilidade de regulamentação do art. 62, da Constituição de outubro de 1988, reconhecida pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação.

16. Defende a possibilidade de a medida provisória constituir situação definitiva, em face de seus efeitos jurídicos e factuais irreversíveis (havia dispositivo vedando a medida provisória nestas situações – art. 2º).

O argumento é o de que não pode a legislação infra-constitucional ir além das circunstâncias constitucionais da relevância e da urgência.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS
PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA
ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



17. Defende a possibilidade de mais de uma reedição, dado que considera que o silêncio do Congresso Nacional não deve alcançar caráter limitativo.

18. Impede que o Poder Executivo edite medida provisória tratando de matéria ainda sujeita à deliberação do Congresso Nacional, mesmo quando já houver ocorrido o veto pelo Presidente da República, dado que é da competência do Congresso Nacional apreciá-lo, derrubando ou mantendo-o⁶⁶². A Justificativa que se dá para esta Emenda é a de que se assim não o fosse estaria-se permitindo, ao Poder Executivo, atropelar a atividade legiferante.

19. Defende a tese de que se faz necessário dizer, textualmente, que uma medida provisória não pode subordinar os seus efeitos jurídicos a eventos futuros, a serem verificados para além do prazo constitucional de vigência, que é o termo final de sua apreciação; pois, assim procedendo, não estaria caracterizada a urgência.

Um exemplo nítido do que, aqui, pretende-se dizer é o da utilização de medida provisória em relação a **tributos** que, constitucionalmente, estão sujeitos ao princípio da

⁶⁶² Constituição do Brasil. “Art. Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º. O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º. O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias, a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. § 5º. Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º. Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias de que trata o art. 62, parágrafo único (perda de eficácia, desde a edição, das medidas provisórias). § 7º. Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.”



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS
PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA
ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



anterioridade pelo exercício financeiro anual (art. 150, inc. III, al. “b”), ou ao princípio da anterioridade nonagesimal das contribuições em favor da seguridade social (art. 195, § 6º).

Segundo a Jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, isto chegou a ser, perfeitamente, possível; desde que a medida provisória houvesse sido convertida em lei. Assim, contava-se o prazo da anterioridade a partir da edição da medida provisória convertida.

Veja-se o que digo:

“Recurso Extraordinário. Contribuição social sobre o lucro. Lei nº 7.856, de 25.10.1989, art. 2º. Elevação da alíquota de 8% para 10%. O prazo de noventa dias, previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, flui, no caso, a partir da data da Medida Provisória nº 86, de 25.09.1989, convertida na Lei nº 7.856, de 25.10.1989. A legitimidade de aplicação da nova alíquota, no exercício de 1990, sobre o lucro apurado a 31 de dezembro de 1989. Orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs. 197.790-3 e 181.664-3. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso Extraordinário nº 182.574. Rio Grande do sul. DJ 25.04.97, p. 15.219. Ementário Vol. Nº 1866-05, p. 1015. Relator Ministro NERI DA SILVEIRA. Julgamento da 2ª Turma em 25.02.1997. Unânime.” (grifei)

Atualmente, contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o cômputo do prazo, para efeito da anterioridade, desde a primeira edição.

20. Pede que se acrescente que a natureza urgente e relevante da matéria veiculada por medida provisória caracteriza-se pela necessidade absoluta de sigilo prévio e pela fulminante e imediata implementação das providências propostas. Esta seria uma condição essencial de uma medida provisória.

Assim, refuta o entendimento de que, como regra, haveria a necessidade de o Presidente da República comunicar ao Presidente do Congresso Nacional, com um certo prazo de antecedência, que iria editar mais uma medida provisória.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



21. Defende a impossibilidade de serem enxertados assuntos que não fazem parte do sentido global de conjunto de uma determinada medida provisória. Se existirem os requisitos para a edição de uma outra medida provisória, que assim se faça em relação a estes assuntos estranhos à primeira.

Refuta-se que os enxertos podem terminar por constituir um mecanismo de oportunidade, evitando-se que a matéria possa ser tratada, regularmente, pela via do Projeto de Lei. Assim, busca-se demonstrar a necessidade de o Congresso Nacional poder extrair de uma medida provisória alguns itens, caracterizando-se a adequabilidade da sua admissão parcial.

Enfim, é importante conhecer as diversas alternativas que vêm sendo pensadas com o objetivo de fazer evoluir a disciplina jurídica das medidas provisórias no Brasil.

No entanto, tão importante quanto isto é reconhecer que, já com o que se tem, é possível desenvolver uma melhor aplicação.

E isto não é assim apenas no Brasil.

Por exemplo, na Espanha.

A Constituição de 1931 foi a primeira a reconhecer o Decreto-lei, no art. 80.

No entanto, bem antes disto, já havia sido cogitado no art. 20, do Projeto de Leis Fundamentais de Bravo Murillo, de 1852 (concebido como norma excepcional baseada em razão da urgência), e utilizado no Governo provisório do General SERRANO, sem amparo normativo algum, embora haja acudido-se do mecanismo da convalidação parlamentar posterior.

Também quando teve sustento legal anterior restritivo, porquanto configurando o Decreto-lei o carácter de norma excepcional e de alcance provisório, pelo menos até que a Casa Legislativa sobre ele se pronuncie, foi largamente utilizado por FRANCO, que se escudava no art. 13 da “Lei Constitutiva de Cortes, de 1942”.

Por fatos como estes, é que, a despeito do grande relevo da fixação de limites materiais e formais; isto só não basta.



7.4. ASPECTOS E COMENTÁRIOS MAIS RELEVANTES DOS PROJETOS DE LEI QUE DIZEM RESPEITO AO ART. 62, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL



É preciso haver a consciência do equilíbrio quer em relação à autoridade que tem a competência para editá-lo, quer em relação ao Poder Legislativo que irá apreciá-lo, quer, também, em relação ao Poder Judiciário, que, embora não possa perquirir sobre o conteúdo político da decisão de emití-lo, poderá analisar as circunstâncias e os requisitos a que se encontra vinculado.⁶⁶³

⁶⁶³ Ver sentenças 29/1982, de 31.05, e 111/1983, de 02.12, ambas do Tribunal Constitucional espanhol. Ver, ainda: LUQUE, LUIS AGUIAR e CANALES, RICARDO BLANCO. Constituição Espanhola I. Centro de Estudos Constitucionais. 1988, ps. 613-616.

Ver, também, que o Tribunal Constitucional espanhol pode controlar juridicamente a existência dos pressupostos habilitadores do Decreto-lei, podendo concluir pelo seu uso abusivo ou arbitrário, não se submetendo à definição dos órgãos políticos no que se refere à **urgência e à necessidade**. (SS 29/1982, de 31-5; e 111/1983, 2-12). (Constituição Espanhola. 2ª ed. preparada por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, JOAQUÍN HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO e JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ. Editorial Colex. 1993, p. 377.

No Brasil, a despeito de não serem sindicáveis os atos políticos, não deve este conceito receber orientação ampliativa, de modo a afastar o controle judicial; o que, certamente, daria margem a exageros. O princípio da ubiquidade ou plenitude da tutela jurisdicional vem registrado na atual Constituição: “Art. 5º. (...) XXXV- a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” E: “Art. 5º. (...) XXXVII- não haverá juízo ou tribunal de exceção”.



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS

É a Resolução nº 01, de 25.04.1989, do Congresso Nacional que dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias cogitadas no art. 62, da atual Constituição do Brasil. Esta Resolução teve como Relator o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, e, na época, Deputado NELSON JOBIM.

Ela possui 22 (vinte e dois) artigos, havendo sido, parcialmente, alterada pela Resolução nº 02⁶⁶⁴, também de 1989, do Congresso Nacional.

Esta alteração resumiu-se a ampliar de seis para sete o número de Deputados e de Senadores incumbidos de compor a Comissão Mista, que tem a incumbência de examinar a medida provisória encaminhada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República.

É esta a redação que recebeu o § 1º, do art. 2º, da Resolução: “Art. 2º. (...) § 1º. A Comissão Mista será integrada por sete senadores e sete deputados e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade partidária ou de blocos parlamentares.”

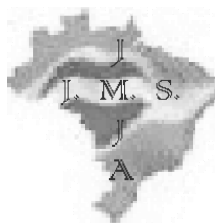
Por uma questão de método, primeiramente, analisarei os principais aspectos desta Resolução, para, só em seguida, estudar as propostas de alterações.

(Observação: os artigos citados aqui, quando desacompanhados da indicação do diploma normativo a que se referem, entenda-se como sendo da Resolução em análise)

É o que se fará.

RESOLUÇÃO Nº 01, DE 1989 – CONGRESSO NACIONAL. Aspectos principais.

⁶⁶⁴ Evidentemente que estas Resoluções precisam ser adaptadas ao novo regulamento jurídico constitucional das medidas provisórias (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



Após a publicação da medida provisória, adotada pelo Presidente da República, o Presidente do Congresso Nacional⁶⁶⁵ disporá de 48 (quarenta e oito) horas para distribuir os avulsos com o conteúdo da medida entre os Parlamentares.

Também neste prazo, deve designar uma Comissão Mista para estudar a medida editada, e fornecer, posteriormente, Parecer.

Esta Comissão deverá atender ao sistema de rodízio, de modo a que todos os partidos políticos e blocos parlamentares sejam beneficiados com o critério de representação proporcional. (art. 2º)

Na hipótese de o Congresso Nacional estar em recesso, quando da edição da medida, deve considerar-se automaticamente convocado. Assim, o Presidente do Congresso Nacional marcará sessão, que deve ser realizada no prazo de cinco dias, a partir da publicação da mesma no Diário Oficial da União (art. 2º, § 6º). Vide, também, o Título “*De 2001 em diante*”, onde comento a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que conferiu nova regulamentação às medidas provisórias brasileiras.

Com este procedimento, respeita-se o prazo constitucional dos cinco dias, e fica fixado um termo inicial, que não consta no “caput”, do art. 62, da atual Constituição do Brasil (Texto originário).

A medida provisória, encaminhada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, pode ser emendada (art. 4º). O prazo para Emenda é exatamente aquele dos cinco dias, a contar da publicação, no Órgão oficial, da medida.

A Emenda proposta deve vir acompanhada do texto que irá disciplinar as relações jurídicas decorrentes da sua aprovação.

A Emenda não pode conter matéria estranha àquela tratada na medida provisória em questão. Se o tiver, o Presidente da Comissão Mista deve indeferi-la liminarmente.

⁶⁶⁵ Constituição do Brasil. “Art. 57. (...) § 5º. A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternativamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.”



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



Da decisão do indeferimento liminar, caberá recurso para o Plenário do Congresso, que o decidirá por maioria simples, sem discussão ou encaminhamento de voto.

Feito o juízo de compatibilidade, passa a Comissão Mista a analisar os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência, apresentando o seu Parecer dentro dos cinco dias para a realização da sessão plenária. (art. 5º)

Aqui, dois caminhos podem ser seguidos.

Se o Parecer for pelo atendimento dos requisitos da urgência e da relevância, só será possível recurso se um décimo dos membros do Congresso Nacional, ou líderes que representem esta fração, subscrevê-lo.

Se o Parecer for pelo **não** atendimento dos requisitos da urgência e da relevância, será convocada sessão conjunta para deliberar sobre ele.

Chegando a questão da urgência e da relevância à análise do Plenário do Congresso Nacional, serão feitas duas sessões conjuntas⁶⁶⁶, realizadas em até dois dias imediatamente subsequentes ou ao Parecer que concluiu pelo não atendimento destes requisitos, ou ao recurso contra o Parecer que concluiu pelo atendimento dos mesmos.

Se o Plenário nada decidir, considera-se atendidos os requisitos da urgência e da relevância.

É uma espécie de aprovação dos requisitos da urgência e da relevância por decurso de prazo.

Ultrapassada a análise da urgência e da relevância, o Congresso Nacional examinará a matéria contida na medida provisória. (art. 6º)

Se a medida for rejeitada pelo Congresso, o seu Presidente a declarará insubsistente, comunicando o Ato ao Presidente da República.

⁶⁶⁶ Há uma evidente tendência do Congresso Nacional brasileiro no sentido de evitar as sessões conjuntas. Neste sentido, vide o Título “*De 2.001 em diante*”, que trata da Reforma Constitucional das medidas provisórias.



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



Nesta hipótese de rejeição, a Comissão Mista deve elaborar um Projeto de Decreto Legislativo, regulando as relações jurídicas provenientes do prazo de vigência da medida.

Afinal, nos termos do Parágrafo Único, do art. 62, da atual Constituição, a medida provisória tem eficácia desde a sua edição.

Também é possível que, superados os requisitos de admissibilidade (relevância e urgência), e examinando a Comissão Mista os aspectos constitucional e de mérito da medida, conclua pela sua aprovação total ou parcial. (art. 7º)

A aprovação ou a rejeição pode atingir, ainda, as Emendas eventualmente propostas à medida.

Em qualquer hipótese de o Parecer da Comissão mista sugerir a alteração do texto da medida provisória, deverá propor⁶⁶⁷:

- a) projeto de lei de conversão relativo à matéria;
- b) projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados. Este Projeto terá a sua tramitação iniciada na Câmara dos Deputados.

Sendo aprovado o Projeto de Lei de conversão, ele deve ser enviado à sanção do Presidente da República.

É preciso observar que, após a análise dos pressupostos da relevância e da urgência, passa-se ao exame da constitucionalidade. Só depois, é que se prossegue com a deliberação sobre o mérito.

⁶⁶⁷ Na hipótese de ser ultrapassado o prazo constitucional (Parágrafo Único, art. 62, da Constituição de outubro de 1988 – Texto originário), sem a conversão da medida provisória em lei; ou na hipótese de haver a rejeição da medida sem que o Congresso Nacional nada delibere sobre as relações jurídicas dela decorrentes, caberá a interposição do Mandado de Injunção, devendo ser fixado prazo para que se venha a suprir a omissão congressual, estabelecendo, desde logo, a possibilidade de ação econômica reparatória. Veja-se o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias brasileiras.



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



Se fôr possível, a Comissão Mista, encontrando defeito parcial de constitucionalidade, poderá apresentar Emenda saneadora do vício. (art. 10)

Há, ainda, a hipótese de a Comissão Mista designada ultrapassar os seus prazos sem apresentar Parecer sobre os requisitos de admissibilidade (relevância e urgência), ou sobre a constitucionalidade e o mérito da medida.

Neste caso, o Presidente do Congresso Nacional designará Relator, que emitirá o seu Parecer no prazo de vinte e quatro horas. (art. 8º)

A análise do mérito da medida é feita em conjunto; ou seja, “a discussão da proposição principal, das emendas e subemendas será feita em conjunto” (art. 12).

Encerrada a discussão, será votada a matéria (art. 13 e art. 14).

É possível o pedido de destaque, para votação em separado. Este requerimento deverá ser apresentado até o encerramento da discussão da matéria. (art. 15).

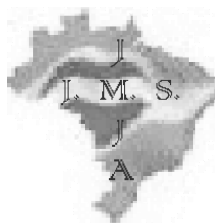
Faltando cinco dias para o encerramento dos trinta, previstos no Parágrafo Único, do art. 62, da atual Constituição (Texto originário)⁶⁶⁸, a matéria será apreciada em regime de urgência.

É de se recordar que trinta dias é o prazo constitucional de eficácia da medida provisória.

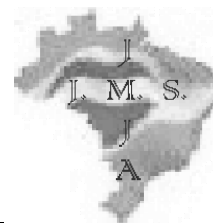
Encerrados os trinta dias, sem a deliberação do Congresso Nacional, a Comissão Mista deverá elaborar Projeto de Decreto Legislativo para disciplinar as relações jurídicas decorrentes.

Vale à pena insistir nisto. Diz o art. 17, da Resolução nº 01, do Congresso Nacional, que foi elaborada em 1989; portanto, logo após a promulgação da Constituição de 1988: “Art. 17. Esgotado o prazo a que se refere o parágrafo único do art. 62, da Constituição Federal, sem deliberação final do Congresso Nacional, a Comissão Mista elaborará Projeto de Decreto Legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes e que terá tramitação iniciada na Câmara dos Deputados.”

⁶⁶⁸ Vide o Título “De 2.001 em diante”.



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



Logo, o silêncio do Congresso Nacional, é havido como hipótese de perda de eficácia da medida.

E não poderia ser outra a interpretação imparcial do Texto da Constituição de outubro de 1988, que diz: “*As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias (...).*” (Parágrafo único, art. 62, da atual Constituição – Texto originário. Vide o Título “*De 2.001 em diante*”, onde é analisada a Reforma Constitucional das medidas provisórias).

No entanto, se a medida provisória houver sido aprovada, sem alteração de mérito, deverá ser encaminhada ao Presidente da República para publicação como lei. (art. 18)

Esta Resolução também admite a possibilidade de, por uma excepcional urgência, o Presidente do Congresso Nacional reduzir os prazos nela fixados, desde que não haja objeção do Plenário. (art. 19)

Aplica-se como diploma subsidiário, na apreciação das medidas provisórias, as normas gerais fixadas no Regimento Comum do Congresso Nacional. (art. 20)

PROJETOS DE RESOLUÇÃO. ASPECTOS PRINCIPAIS.

1. Projeto de Resolução do Congresso Nacional. Senador MÁRIO COVAS (atual Governador do Estado de São Paulo) e outros. 30.05.90.

Propõe que se altere o art. 5º, da Resolução nº 01, de 1989, do Congresso Nacional.

Este dispositivo disciplina a emissão do Parecer da Comissão Mista sobre a análise dos requisitos de admissibilidade (relevância e urgência).

Sem dúvida, este é um dos principais pontos de discussão em torno do tema *Medida Provisória*.



Atualmente, ele está assim disciplinado na Resolução nº 01/1989, do Congresso Nacional:

“Art. 5º. A comissão terá o prazo de cinco dias, contado da publicação da Medida Provisória no diário Oficial da União, para emitir parecer que diga respeito à sua admissibilidade total ou parcial, tendo em vista os pressupostos de urgência e relevância a que se refere o art. 62 da Constituição.

§ 1º. O parecer, em qualquer hipótese, e sem prejuízo do normal funcionamento da comissão, será encaminhado à Presidência do Congresso Nacional, para as seguintes providências:

I- no caso de o parecer da comissão concluir pelo atendimento dos pressupostos constitucionais, abertura de prazo máximo de vinte e quatro horas para apresentação de recursos no sentido de ser a Medida Provisória submetida ao Plenário, a fim de que este decida sobre sua admissibilidade;

II- no caso de o parecer da comissão concluir pelo não atendimento daqueles pressupostos, convocação de sessão conjunta para deliberar sobre a admissibilidade da Medida Provisória.

§ 2º. O recurso a que se refere o inciso I, do parágrafo anterior deverá ser interposto por um décimo dos membros do Congresso Nacional, ou líderes que representem este número.

§ 3º Havendo recurso, a Presidência convocará sessão conjunta, a realizar-se no prazo máximo de vinte e quatro horas do seu recebimento.

§ 4º. No caso do inciso II do § 1º, a sessão conjunta deverá ser realizada no prazo máximo de vinte e quatro horas, contado do recebimento pelo Presidente do Congresso Nacional, do parecer da comissão.

§ 5º. Se, em duas sessões conjuntas, realizadas em até dois dias imediatamente subsequentes, o plenário não decidir sobre a matéria, considerar-se-ão como atendidos pela Medida Provisória os pressupostos de admissibilidade do art. 62, da constituição Federal.”

Ainda sobre a relevância e a urgência, embora sejam conceitos jurídicos indeterminados (*a priori*), e que merecerão um desenvolvimento mais minudente em outro



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



espaço monográfico, defendo que, na análise do caso concreto (*a posteriori*), é perfeitamente possível ao Congresso Nacional verificar se estes requisitos existem ou não, cabendo ao Poder Executivo demonstrá-los a cada medida editada. (Exposição de Motivos)

De fato, todas as Propostas de Resoluções terminaram por se resumir a um Projeto Consolidado, que, entre outras medidas, apresentou sugestões de alterações ao Projeto de Resolução nº 01/1989, do Congresso Nacional, vindo a oferecer alternativa, inclusive para este art. 5º.

2. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Substitutivo oferecido pela Comissão Especial (Relator Senador JOSAPHAT MARINHO) às Propostas de Emenda à Constituição nºs. 01, 04, 11, 20 e 65, todas de 1995, relativas a Medidas Provisórias. Relator Senador JOSÉ FOGAÇA.

Como já foi visto anteriormente, esta Comissão apresentou não apenas Proposta de Emenda à Constituição, em torno do art. 62; mas também considerou necessário apresentar Projeto de Resolução do Congresso Nacional, regulando a nova sistemática de apreciação das medidas provisórias, defendendo que se revogue a Resolução nº 01, de 1989, do Congresso Nacional.

No Projeto de Resolução, estão dispostos dois artigos.

Ocorre que, no art. 1º, vem disposta uma nova redação, composta de vinte artigos, para a Resolução nº 01/1989, do Congresso Nacional.

Obviamente, que esta nova redação foi uma consequência da experiência obtida com a utilização, na prática, da Resolução em vigor; o que, por si só, já aponta as principais dificuldades quando do enfrentamento da análise de uma medida provisória no Congresso Nacional.

Passe-se ao exame do que de mais importante está na Proposta.



PROJETO DE RESOLUÇÃO nº (...), DE 1996, CONGRESSO NACIONAL. Aspectos principais.

(Observação: os artigos, quando indicados isoladamente, referem-se ao próprio Projeto em exame)

Prevê-se um calendário de tramitação de cada medida provisória. (art. 2º, § 1º), o que não chega a ser uma novidade, dado que isto já se encontra no art. 2º, § 5º, da atual Resolução.

Este calendário será fixado pela Presidência do Congresso Nacional, que dele dará imediato conhecimento às duas Casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal)⁶⁶⁹, em sessão do Senado ou em sessão conjunta do Congresso Nacional.⁶⁷⁰

Mantém-se a possibilidade de o Presidente do Congresso Nacional reduzir os prazos previstos na Resolução, desde que não haja objeção do Plenário. (art. 19)

Pretende-se alterar, mais uma vez, a composição da Comissão Mista, resguardando-se a proporcionalidade partidária ou dos blocos parlamentares, inclusive com a previsão do rodízio para as representações não contempladas. (art. 3º)

A nova composição seria de dezessete Senadores e de dezessete Deputados.

Diz o art. 3º, “caput”, do Projeto de Resolução: “Art. 3º A Comissão mista é integrada por dezessete senadores e dezessete deputados, e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade partidária ou de blocos parlamentares, incumbindo-lhe apreciar todas as medidas provisórias adotadas com base no art. 62 da Constituição.”

⁶⁶⁹ Constituição do Brasil. “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Parágrafo Único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.”

⁶⁷⁰ A comunicação, ao Presidente da Câmara dos Deputados, será enviada, por Ofício, antes da sua leitura em plenário. (art. 2º, § 2º).



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



A indicação dos nomes para compor a comissão mista independeria da existência de medidas provisórias em tramitação, devendo ocorrer dentro de dez dias, contados do início da sessão legislativa. (art. 3º, § 2º)

A Constituição de outubro de 1988, no art. 57, “caput”, dispõe: “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.”

Torna-se obrigatória a renovação da Comissão Mista a cada sessão legislativa.

Esclarece-se que o Presidente eleito da Comissão Mista, para o exame de medidas provisórias, tem a faculdade de designar para as funções de Relator um Deputado ou Senador que a integre como titular, observando a alternância entre as duas Casas, segundo a ordem cronológica da *primeira edição* da medida provisória a ser analisada. (art. 3º, § 6º)

Os Deputados e os Senadores que integrarem a Comissão Mista para o exame das medidas provisórias não poderão integrar, simultaneamente, outra Comissão Mista em funcionamento no Congresso Nacional. (art. 3º, § 7º)

Quanto à urgência e a relevância, dispõe-se uma nova redação para o art. 5º.

Várias características poderão ser detraídas. Destaco estas quatro:

1. Amplia-se de cinco para vinte dias o prazo para a emissão do Parecer sobre os requisitos da relevância e da urgência, quando o pronunciamento da Comissão Mista fôr total ou parcialmente contrário à admissibilidade da medida provisória.
2. O Parecer do Relator da Comissão Mista deveria ser distribuído com antecedência mínima de quarenta e oito horas da votação.
3. Sendo o Parecer contrário, é possível recorrer ao Plenário da Casa em que se iniciará a votação da matéria. O recurso deve ser subscrito por um terço dos integrantes da referida Casa Legislativa.
4. Se o Plenário da Casa Legislativa não se pronunciar, prevalece o Parecer da Comissão Mista. O mesmo critério será adotado na Casa Legislativa revisora. É uma espécie de decurso de prazo em favor do Parecer da Comissão Mista.

É a redação do que seria o art. 5º, da Resolução:



“Art. 5º. A Comissão terá o prazo de vinte dias, contado da publicação da medida provisória, no Diário Oficial da União, para se pronunciar contrariamente à admissibilidade total ou parcial da medida provisória, tendo em vista os pressupostos de urgência e relevância a que se refere o art. 62, da Constituição.

§ 1º. O parecer do Relator deverá ser publicado e distribuído em avulsos com a antecedência mínima de 48 horas da votação.

§ 2º. No caso de parecer contrário à admissibilidade de medida provisória, admite-se recurso ao Plenário da Casa em que se iniciará, pelo critério de alternância, a votação da matéria, firmado por um terço de seus integrantes.

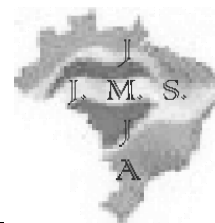
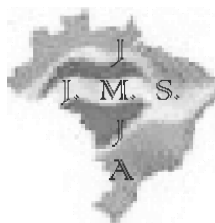
§ 3º. Havendo recurso, a Presidência da Casa, convocará sessão a realizar-se no prazo máximo de até três dias úteis do seu recebimento, para que o Plenário delibere sobre a admissibilidade da medida provisória, adotando a Casa revisora o mesmo procedimento e prazo, contado do recebimento dos autógrafos.

§ 4º. Se, em duas sessões, realizadas em até dois dias imediatamente subsequentes ao recebimento da matéria, o plenário da Casa Legislativa por onde se iniciar a votação não decidir sobre a matéria, prevalecerá o parecer da Comissão, aplicando-se o mesmo para a Casa revisora.”

Continuando. Permanece a ordem de análise da admissibilidade, da constitucionalidade e do mérito, podendo os Pareceres quanto à constitucionalidade e o mérito serem apreciados conjuntamente no prazo máximo de trinta e cinco dias. (art. 7º, § 1º.)

Se o Parecer for pela inconstitucionalidade total ou parcial da medida provisória, primeiro analisa-se esta questão, e, também, a Emenda saneadora, acaso ofertada pela Comissão. Só depois, será apreciado o mérito. (art. 11)

Se a Comissão Mista deixar escoar o prazo para apresentação do seu Parecer sobre a constitucionalidade e o mérito, será a medida provisória incluída na ordem do dia da Casa



Legislativa a que incumbir o início da votação pelo critério de alternância simples, e em regime de urgência. (art. 8º)

No art. 18, propõe-se uma maneira de evitar a reedição de medida provisória específica, dizendo: “Art. 18. *Com o fim de vedar a reedição de medida provisória específica, no todo ou em parte, poderá a Comissão Mista apresentar projeto de decreto legislativo que declare a cessação de sua eficácia, e normatize a garantia dos seus atos jurídicos realizados durante a sua vigência.*”

A aplicação subsidiária seria das normas gerais estabelecidas no Regimento Comum, tal como é atualmente, e mais: em caso de omissão também do Regimento Comum, aplicariam-se os Regimentos das duas Casas do Congresso Nacional, prevalecendo, em caso de conflito, o Regimento do Senado Federal. (art. 20)

Quanto ao funcionamento da Comissão Mista de Exame das Medidas Provisórias, além da Resolução que se apresenta, seriam aplicadas, subsidiariamente, as normas das Comissões Permanentes e Temporárias das duas Casas do Congresso Nacional, prevalecendo, em caso de conflito, o Regimento do Senado Federal. (art. 20, Parágrafo Único).

Enfim, neste momento, recorro-me das palavras de J. R. MONTERO GIBERT e J. GARCIA MORVILLO, que, em *O Controle Parlamentar*, destacam, ao lado da possibilidade de o Executivo, em circunstâncias determinadas, ter a faculdade de editar normas com força de lei, o fato de que é preciso observar a primazia do Parlamento na produção destas normas.

Além do mais, mesmo em relação às medidas editadas pelo Poder Executivo, cabe ao Legislativo exercer o controle da urgência, da necessidade, da constitucionalidade e do juízo político do mérito⁶⁷¹.

E a Constituição do Brasil merece ser assim interpretada, sem que nisto haja nenhum esforço hermenêutico.

⁶⁷¹ GIBERT, J. R. MONTERO e MORILLO, J. GARCIA. *O Controle Parlamentar*. Madrid. Editorial Tecnos S/A. 1984, p. 93.



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



Os direitos e as garantias individuais, que constituem cláusulas constitucionais irremovíveis (art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição de outubro de 1988), e que não permitem, sequer, que seja objeto de deliberação a proposta de Emenda tendente a abolí-los, podem ser, perfeitamente, perquiridos tanto pela análise procedimental do Congresso, quanto também pelo Poder Judiciário.

Afora o fato de que o Presidente e o Vice-Presidente da República juraram cumprir a Constituição (art. 78, “caput”, da atual Constituição).

E quando falo Poder Judiciário, não me refiro apenas ao Supremo Tribunal Federal, mas ao Judiciário brasileiro em todas as suas instâncias.

Evidentemente que, em face do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de o Judiciário aquilatar a presença, ou não, da urgência e da relevância, este controle reduz-se um tanto.

Veja-se o que disse o Supremo Tribunal Federal sobre isto, e também sobre a possibilidade da utilização de medidas provisórias em matéria tributária:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nova redação dada ao § 2º, do art. 21, da Lei nº 8.629/93, pela Medida Provisória nº 1.520/93. Alegada ofensa aos arts. 62; 150, I, III, “b” e § 6º; e 236, § 2º, da Constituição Federal.

Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória (cf. Ações diretas de Inconstitucionalidades nºs. 162, 526, 1.397 e 1.417).

De outra parte, já se acha assentado no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei (cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1.417). (...) Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1667/ Distrito Federal. Diário de Justiça 21.11.97, p. 60586. Ementário Vol. 1892, p. 315. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Julgamento do Tribunal Pleno em 25.09.97. Por maioria.” (grifei)



7.5. MEDIDAS PROVISÓRIAS E RESOLUÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL. ASPECTOS PRINCIPAIS



Portanto, a aferição da urgência e da relevância vem sendo entendida, no Brasil, como um ato de natureza política⁶⁷².

E sobre os atos políticos, parece consensual o que disse MARCELO REBELO DE SOUSA, embora ao se referir à Constituição portuguesa de 1976: “O sistema de fiscalização da constitucionalidade consignado na Constituição não abrange o controlo dos actos políticos «stricto sensu» (...).”⁶⁷³

⁶⁷² Em nota de rodapé anterior, referi-me ao Tribunal Constitucional espanhol, que já decidiu no sentido de que pode controlar, juridicamente, a existência dos pressupostos habilitadores do Decreto-lei, concluindo pelo seu uso abusivo ou arbitrário, não se submetendo à definição dos órgãos políticos no que se refere à urgência e à necessidade (SS 29/1982, de 31-5; e 111/1983, 2-12). Esta informação foi extraída de: *Constituição Espanhola. 2ª ed. preparada por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, JOAQUÍN HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO e JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ. Editorial Colex. 1993, p. 377.*

⁶⁷³ SOUSA, MARCELO REBELO. Estudos sobre a Constituição. Vol. III. (Coordenação de JORGE MIRANDA). *A adesão de Portugal à C.E.E. e a Constituição de 1976*. Livraria Petrony. 1979, p. 481.



7.6. MEDIDAS PROVISÓRIAS E FORÇA DE LEI

“A lei que serve de garantia da liberdade assenta na representação política e a reivindicação de no taxation without representation está ligada ao próprio despertar do governo representativo.” (MIRANDA, JORGE. Funções, Órgãos e Actos do Estado. Apontamentos de lições do Professor JORGE MIRANDA. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. 1990, p. 278)

Seria menos difícil saber o que vem a ser *força de lei*, se houvesse um maior consenso sobre o que, na verdade, vem a ser lei. São várias as acepções possíveis.

Por exemplo. As leis podem ser vistas no sentido de leis da natureza.

É assim que MONTESQUIEU começa o seu *Do Espírito das Leis*, afirmando que *“as leis, na sua significação mais extensa, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres possuem suas leis: a divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, o homem possui suas leis.”*⁶⁷⁴

Então, as leis da natureza são vistas como conseqüências necessárias.

De fato, isto me lembra de uma certa história que ouvi há algum tempo. É a seguinte.

Diz-se que ISAAC NEWTON, ao sentir a queda de uma maçã em sua cabeça, formulou a teoria da gravidade. Desta teoria, costuma-se imaginar que os corpos, em face da força gravitacional, devem cair em direção e sentido vertical para baixo.

No entanto, também se comenta que ALBERT EINSTEIN, em um determinado dia, estava na escada da sua casa, e, por uma distração, caiu.

⁶⁷⁴ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Obra citada, p. 41.



A partir deste fato, haveria concluído que, na realidade, os corpos não caem necessariamente para baixo, mas no sentido em que as forças existentes oferecem menor resistência.

Enfim, é preciso ter em conta uma outra perspectiva, no sentido de que até as leis da natureza variam a depender das circunstâncias. Até, na natureza, as *realidades* são relativas.

BOCHENSKI, em suas *Diretrizes do Pensamento Filosófico*, também argumenta nesta mesma linha, dizendo que “*princípios que são verdadeiros numa geometria (ex: euclidiana) são falsos em outra (ex: de Rieman ou de Lobatchevsky. Por isso quando hoje se pergunta a um geômetra se determinado princípio é verdadeiro ou falso, ele, por sua vez, pergunta: em qual sistema ?*”

E continua BOCHENSKI, dizendo: “*ao se perguntar se um determinado princípio lógico é verdadeiro ou falso, não se obtém resposta a não ser com referência a um determinado sistema lógico. Por exemplo, o conhecido princípio da exclusão do terceiro vale na assim chamada lógica clássica, de ARISTÓTELES, mas não na lógica do Prof. HEYTING*”.⁶⁷⁵

JOSÉ ORTEGA Y GASSET, em seu “*O que é a Filosofia?*”, discute a ilusão do racionalismo matemático, dizendo que o holandês BROUWER descobriu que o axioma lógico chamado de terceiro excluído não vale para as entidades matemáticas.⁶⁷⁶

De tal ordem que nenhum espanto ou desesperança deve causar a afirmação de PASCAL de que não se pode esperar validade universal das normas jurídicas, até porque, também as leis da natureza são relativas, e variam com as circunstâncias.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ BOCHENSKI, J. M. *Diretrizes do Pensamento Filosófico*. Editora Herder, 1961.

⁶⁷⁶ GASSET, ORTEGA Y. *O que é a filosofia ?* 6ª ed., revisada. Madrid. Alianza Editorial, S.A. 1988, ps. 95 e ss.

⁶⁷⁷ “*Quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade. Após alguns anos de posse, alteram-se leis, fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade alguém, erro além dos Pirineus.*” Extraído de KARL ENGISH. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. BAPTISTA MACHADO. 6ª ed. Lisboa. Fundação CALOUSTE GULBENKIAN. 1988, ps. 15-16.



*É a verdade eterna de cada tempo vivido.*⁶⁷⁸

De fato, no transcurso dos séculos XIX e XX, a jurisprudência vem realizando um papel de uniformidade real da interpretação das leis, promovendo a *segurança jurídica*, através da adaptação constante do direito às realidades da vida social, sem prejuízo da unicidade, mediante o controle de um Supremo Tribunal.

São, neste sentido, as palavras de JOHN GILISSEN, em sua Introdução Histórica ao Direito, realçando a importância da jurisprudência nos últimos tempos, ao contrário da desconfiança que sobre ela costumava aflorar: *“O papel da jurisprudência tem sido crescente no decurso dos séculos XIX e XX, tendo realizado uma uniformidade real na interpretação das leis, uma segurança jurídica acrescida pela sua própria fixidez e, apesar desta fixidez, uma adaptação constante às realidades da vida social. E, no entanto, a jurisprudência era pouco simpática aos chefes da Revolução Francesa. Robespierre teria querido apagar da língua francesa a palavra ‘jurisprudência’, pois ‘num Estado que tem uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra senão a lei.’ Ele colhera esta ideia em MONTESQUIEU, que via nos juízes ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’ (Esprit des lois, XI, 6).”*

Continua JOHN GILISSEN, destacando a importância unificadora da opinião dos Juízes: *“a uniformidade da jurisprudência é assegurada pela unicidade do Supremo Tribunal. Todas as jurisdições são submetidas ao controlo deste tribunal. Se jurisdições diferentes adoptarem soluções divergentes, acaba por acontecer que um ou outro dos litigantes submete a questão ao Supremo Tribunal. Isto é assim, pelo menos, para as questões de direito. Uma vez que os Supremos Tribunais não conhecem dos factos (...)”*⁶⁷⁹

E, considerando o tempo na concepção do que seja a *lei*, cabe lembrar das palavras de JORGE MIRANDA, destacando que a lei é um elemento inscrito no complexo e cambiante conjunto do poder.

Disse JORGE MIRANDA: *“As mais significativas concepções sobre o Estado e o direito projectam-se necessariamente em diversos entendimentos do que seja (ou deva ser) a lei. Recordem-se, assim, nos últimos séculos: - lei, ordenação da razão (S. TOMÁS DE*

⁶⁷⁸ Expressão utilizada por JOSÉ ORTEGA Y GASSET, em *O que é filosofia ?*. Obra citada, p. 21.

⁶⁷⁹ GILISSEN, JOHN. Introdução Histórica ao Direito. Obra citada. 1995, ps. 505 e 507.



7.6. MEDIDAS PROVISÓRIAS E FORÇA DE LEI



AQUINO, e, de certo modo, ainda SUAREZ); - a lei, vontade do soberano (HOBBS); - a lei, garantia da liberdade civil e da propriedade (LOCKE); - a lei ligada à divisão do poder e ao equilíbrio das instituições (MONTESQUIEU); - a lei, expressão da vontade geral (ROSSEAU); - a lei, vontade racional (KANT); - a lei, instrumento para a utilidade e a felicidade geral (BENTHAM); - a lei, manifestação imediata do poder soberano (AUSTIN); a lei, instrumento de domínio de classe (MARX, ENGELS); - a lei, escalão de normas imediatamente a seguir à Constituição (KELSEN); - o conceito político de lei (SCHMITT).

Mas a problemática da lei insere-se na problemática geral do poder. Com o conteúdo de lei contendem a organização da sociedade e do poder de a governar.”⁶⁸⁰ (grifei)

Ora, outras concepções importantes sobre a lei poderiam ser levantadas.

CARLOS BLANCO DE MORAIS, em suas AS LEIS REFORÇADAS, fala sobre elas nas monarquias absolutas, no constitucionalismo liberal, no Estado Social de Direito etc.⁶⁸¹

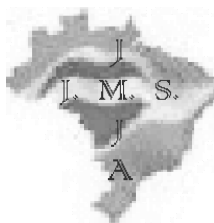
Em resumo, a partir da Idade Média (aproximadamente, entre os séculos V e XII), houve uma coexistência caótica de ordens jurídicas, com uma legislação predominantemente costumeira e difusa, e sob uma multiplicidade de formas e denominações (*lex, edicta, decreta, constitutiones* etc).

Depois (aproximadamente, entre os séculos XII e XIII), veio uma lenta prevalência das leis reais sobre as de cunho feudal, procurando-se limitar a conturbação legislativa, tendo, ainda, como característica o desenvolvimento do comércio e de um direito legislativo urbano.

Em seguida (aproximadamente, entre os séculos XIII e XVIII), com a preponderância do direito escrito, sobretudo, a partir do século XV, veio o fortalecimento do poder do monarca e o crescimento do poder econômico da burguesia mercantil. Neste

⁶⁸⁰ MIRANDA, JORGE. Manual de Direito Constitucional. Tomo V – Actividade Constitucional do Estado. Coimbra. Coimbra Editora, LDA. 1997, p. 125.

⁶⁸¹ MORAIS, CARLOS BLANCO. As Leis Reforçadas – as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos. Coimbra. Coimbra Editora. 1998, ps. 23-100.



estágio, o monarca personifica a soberania, nascendo uma lei apenas por ele promulgada e revogada. No monarca, estavam concentradas as funções de criar e de executar as leis.

Com o Iluminismo, centrado na razão, propõe-se separar as funções de criação e de aplicação da lei.

No Constitucionalismo liberal, a noção de *força de lei* implicava na posição hierárquica superior da norma legal sobre as demais normas, colocando-se, na *vontade geral do povo*, todo o poder político, inclusive o de legislar.

No Estado Social de Direito, a partir, sobretudo, do início do século XX, passou-se a fazer uma nova leitura da liberdade, da igualdade, da propriedade etc, atribuindo-se ao Estado uma ação intervencionista e prestacional.

Não mais satisfazia o Estado neutro.

Aqui, tenho em área de destaque o denominado *seguro social*.

Este *seguro* teve como importante marco histórico, ou pelo menos o mais difundido, o trabalho de BISMARCK, na Prússia e no Império alemão, merecendo especial relevo o seguro de doença (1883), de acidentes de trabalho (1884) e de invalidez e velhice (1889).

A sua gestão podia ser feita pelo Estado, ou por outras entidades (caixas mutualistas, associações patronais, autoridades provinciais); e não era lucrativa.

Assim, barateava-se o custo, compensando a insuficiência dos rendimentos dos trabalhadores e dos pequenos empresários, mediante um financiamento tripartido (quotas dos trabalhadores, contribuições patronais e subvenções do Estado).

Tudo isto com base em estudos estatísticos e em cálculos de probabilidades.⁶⁸²

De alguma maneira, o Estado, criando uma poupança forçada, assumia um papel mais compatível do que outrora impingia-lhe a neutralidade.

⁶⁸² FRANCO. A. L. SOUSA. Finanças do Setor Público – Introdução aos Subsectores Institucionais. AAFDL. 1991, ps. 74-75.



A maré social fez com que se abandonasse a neutralidade, ou mesmo a apatia.

PABLO LUCAS VERDU adverte sobre a necessidade de realizar-se a justiça de acordo com os valores sociais (“maré social”): “Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.”⁶⁸³

Mas ainda era insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, mesmo que com a roupagem de Estado Material de Direito, em busca do bem estar geral.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, por exemplo, encontra nele uma tendência à ditadura do grande capital, achando, por isto, que a expressão *Estado Social de Direito* está carregada de suspeição, o que não se resolveria nem mesmo se lhe anexasse a palavra democrático.

Diz JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre a necessidade de evoluir sempre, buscando realizar valores mais sofisticados de humanidade: “*Por tudo isso, a expressão Estado Social de Direito manifesta-se carregada de suspeição, ainda que se torne mais precisa quando lhe adjunta a palavra democrático, como fizeram as Constituições da República Federal da Alemanha e da República Espanhola, para chamá-lo Estado Social e Democrático de Direito. Mas aí, mantendo o qualificativo social ligado a Estado, engasta-se aquela tendência neocapitalista e a petrificação do Welfare State, com o conteúdo mencionado acima, delimitadora de qualquer passo à frente no sentido socialista. (...) O Estado Democrático. As considerações supra mostram o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático.*”⁶⁸⁴

⁶⁸³ VERDÚ, PABLO LUCAS. *A luta pelo Estado de Direito*. Bologna. Publicaciones del Real Colegio de España. 1975, p. 94.

⁶⁸⁴ SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Obra citada. 1995, ps. 117-118.



Em torno de toda esta discussão, veio a Constituição do Brasil de 1988 e optou pelo termo Estado Democrático de Direito (art. 1º, “caput”), imaginando-se que, com isto, haveria uma busca mais incisiva de transformação do status quo.

Ainda JOSÉ AFONSO DA SILVA, e após fazer um paralelo da Constituição de outubro de 1988 do Brasil com a Constituição de Portugal, sentencia, para, após, defender uma influência positiva da lei na realidade social.

Contra uma lei meramente normativa, mas merecendo ser atuante e interpretada conforme os direitos e as liberdades fundamentais: “(...) o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito, quando afirma que ele é ‘baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. (art. 2º, redação da 2ª revisão, 1989). (...) É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. (...) a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.”⁶⁸⁵

Tudo isto me faz concluir com NORBERTO BOBBIO que “ninguém hoje é capaz de ler tudo o que se escreve, nem mesmo sobre um tema minúsculo”, e, certamente, a lei não é um tema nem um pouco minúsculo.

Portanto, é fundamental estabelecer um critério; e segui-lo. Colhendo as lições de MARCELO REBELO DE SOUSA, que diz ser a lei um ato político e de cariz substancial e formalmente constitucional.

⁶⁸⁵ SILVA, JOSÉ AFONSO. Curso de Direito Constitucional Positivo. Obra citada. 1995, p. 120. De acordo com a Revisão constitucional de 1997, o texto do art. 2º é o seguinte: “Estado de direito democrático. A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e independência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”



Ou seja, a “lei” é um conceito de direito positivo, e não, tal como a norma jurídica, um conceito de lógica jurídica, universal. Sobretudo em um Estado democrático (respeito aos direitos fundamentais), *lei* é aquilo que a Constituição diz que é. Existe uma enumeração constitucional exaustiva sobre o que seja lei. Assim, não precisa ser geral e abstrata, basta que seja isonômica (v.g.: a lei que cria uma autarquia ou autoriza a criação de uma empresa pública ou sociedade de economia mista).

É o constitucionalista: “o acto legislativo, ou, se se preferir, a lei, é um acto de poder político do Estado. (...) O acto legislativo pode ser entendido como aquele acto do poder político do Estado que provém do órgão constitucionalmente competente, obedecendo a um processo constitucionalmente definido e revestindo a forma constitucionalmente prevista. O acto legislativo é, nestes termos, objecto de uma definição formal. Mas porquê ? Por que se optou por esta formalização de conceitos ? **Porque só é acto legislativo aquele que como tal a Constituição qualifica.** É a Constituição, ela própria, que recorre a um critério formal como suporte caracterizador do acto legislativo. Como, de resto, é também ela que opta por uma enumeração exaustiva dos actos legislativos (Art. 112º, nºs 1 e 6, da Constituição de Portugal). (...) A generalidade e a abstracção são exigidas pela Constituição apenas para certas leis – as relativas a direitos, liberdades e garantias (Art. 18º, nº 3) – mas não para todas as leis. Assim, no nosso direito, são múltiplas as leis dirigidas a regiões, categorias de cidadãos ou de grupos sociais (as chamadas leis-medida)” - grifei ⁶⁸⁶

Este é o critério que vou adotar: o de seguir a Constituição do meu País, o Brasil.

Dito isto, lanço-me à análise do art. 59, da atual Constituição de outubro de 1988.

Diz o art. 59: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I- emenda à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos; VII- resoluções.”

Merece nota, portanto, que, ao lado da Constituição e das suas Emendas, apenas foram denominadas três espécies de leis: as leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas.

⁶⁸⁶ SOUSA, MARCELO REBELO e GALVÃO, SOFIA. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª ed. revista e aumentada com base na Revisão Constitucional de 1997. Portugal. Publicações Europa-América.1998, ps. 40-41.



7.6. MEDIDAS PROVISÓRIAS E FORÇA DE LEI



As medidas provisórias não o foram. Por um motivo simples. Não foram chamadas de leis porque não o são.

As medidas provisórias não são leis.

As medidas provisórias apenas têm “força de lei”.

Além do mais, bem antes da Constituição de 1988, o Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 5.869, 11.01.73) já estabelecia, em seu art. 468, que a sentença de mérito, transitada em julgado, tinha força de lei⁶⁸⁷, nos limites da lide e das questões decididas. E sentença não é lei; cabendo, naturalmente, a sua reforma pelo órgão judicante superior.

É daqui que surge a questão de saber se a medida provisória, possuindo força de lei, teria a possibilidade de revogar uma lei a ela anterior.

Surgem, de imediato, três planos de discussões.

O primeiro é o de saber se outros atos, além da medida provisória, no direito brasileiro, têm força de lei. E quais os efeitos que recebem, particularmente na jurisprudência.

O segundo é o de saber a hierarquia das medidas provisórias no sistema jurídico brasileiro⁶⁸⁸. Sim, porque o fato de ela poder valer, em um determinado País que não o Brasil, apenas como lei ordinária, não interfere no critério que adoto.

⁶⁸⁷ Kelsen, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, traz um Capítulo cujo título é *Coisa Julgada (Força de lei)*. Nele, diz que a relação entre a lei, ou uma norma geral do direito consuetudinário, e uma decisão judicial pode ser interpretada da mesma maneira. A decisão judicial cria uma norma individual que deve ser considerada como válida, e, portanto, como legalmente obrigatória, enquanto não for modificada por um órgão competente. Claro está que existem recursos com efeito suspensivo, onde a própria interposição dos mesmos faz suspender os efeitos da decisão. Ver Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de EDUARDO GARCIA MAYNEZ. 2ª ed. revisada. México. Imprensa Universitária. 1958, ps. 188-189.

⁶⁸⁸ A respeito da lei complementar e da lei ordinária, no ordenamento jurídico brasileiro, defendo a tese de que não há uma relação de hierarquia entre ambas. Neste sentido, aponto o que disse o Ministro MOREIRA ALVES (Decano do Supremo Tribunal Federal), na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01 – Distrito Federal – Revista Trimestral de Jurisprudência 156/721, ao



7.6. MEDIDAS PROVISÓRIAS E FORÇA DE LEI



O terceiro é o de saber se ela revoga lei de sua mesma hierarquia.

Como se vê, são três assuntos bem polêmicos, de cujas conclusões podem ser retiradas consequências práticas de grande relevo.

Em temas como tais, não se deve sequer ter o desejo da unanimidade.

Passe-se ao estudo de cada um deles.

Atos com força de lei. Este é o assunto de agora.

São inúmeras os Acórdãos dos Tribunais brasileiros sobre isto.

Ficarei, tão somente, com uns poucos casos exemplificativos, retirados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a saber: a força de lei dos convênios tributários interestaduais; a força de lei da sentença de mérito transitada em julgado; a força de lei complementar, por recepção constitucional, das leis ordinárias.

São os Acórdãos:

tratar da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS): “(...) Essa contribuição poderia ser instituída por lei ordinária. A circunstância de ser instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar nº 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição por ela instituída – que são o objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou o sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.” (Extraído do Correio Braziliense. “Direito e Justiça” – “Lei Complementar e lei ordinária”. 12.07.99, p. 04. IVANI SILVA DA LUZ).



1. A primeira Decisão afirma que os Convênios interestaduais têm força de lei federal (também considera-se descabido o litisconsórcio entre Estados da Federação, por estarem submetidos a leis de organização judiciária próprias). A Segunda Decisão afirma que o Convênio nº 66, de 1988, tem força de lei nos termos do art. 34, § 8º (sistema tributário nacional), do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de outubro de 1988⁶⁸⁹.

“1. Consoante orientação traçada pelo Excelso Pretório, os convênios interestaduais têm força de lei federal; destarte, sua infringência viabiliza a interposição de recurso especial. 2. Impossível a formação de litisconsórcio passivo entre Estados da Federação porque cada qual está submetido às regras de competência das Justiças locais, estabelecidas em lei de organização judiciária próprias. Recurso Especial nº 60658/São Paulo. Diário de Justiça 21.09.98, p. 123. Relator Ministro PEÇANHA MARTINS. 2ª Turma. Por maioria.” (grifei)

“Tributário. Convênios. Natureza. Os Convênios são normas complementares das leis (Código Tributário Nacional, art. 100, IV), hierarquicamente inferiores a estas, de modo que sua violação não autoriza o Recurso Especial. O Convênio nº 66, de 1988, tem situação peculiar, porque, fundado no art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem força de lei até que seja editada a lei complementar ali prevista. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 86637/ São Paulo. Diário de Justiça 26.02.96, p. 4004. Relator Ministro ARI PARGLENDER. 2ª TURMA. Unânime.” (grifei)

2.A sentença de mérito transitada em julgado tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

⁶⁸⁹ Constituição do Brasil. Disposições Transitórias. “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 01, de 1969, e pelas posteriores. (...) § 8º. Se, no prazo de sessenta dias, contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS), os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”



“A sentença transitada em julgado, que não seja mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, que decidir total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas, com eficácia ‘erga omnes’ e efeitos ‘inter partes’, tornando-se imutável e indiscutível. Recurso Especial nº 156305/ Rio de Janeiro. Diário de Justiça 28.09.98, p. 66. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA. 4ª turma. Unânime.” (grifei)

*“A instância ordinária, antes de violar o **art. 468, do Código de Processo Civil**⁶⁹⁰, deu-lhe correta aplicação, pois, realmente, o processo de execução tem lastro e medida no título que lhe dá supedâneo, não sendo correto que, passado todo o processo de conhecimento, somente agora, por ocasião da fixação do ‘quantum debeat’⁶⁹¹, venha o recorrente suscitar créditos originados de pagamentos administrativos, que não estão abrangidos pela sentença, que, consoante prescreve o citado dispositivo processual, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”* (grifei)

3. Esclarece que, no direito brasileiro, é possível uma lei votada como ordinária ser recepcionada, pela nova Constituição, como lei complementar; tendo, por isto, a lei ordinária força de lei complementar. A questão não seria de hierarquia, mas de reserva constitucional, ou melhor dito, reserva de competência. Sobre isto, disse JORGE MIRANDA, referindo-se ao direito português: *“Da reserva de lei distingue-se a reserva de competência, nomeadamente a reserva de competência legislativa do Parlamento.”*⁶⁹¹

Pois bem, este é o Acórdão:

“Normas Gerais de Direito Tributário. Sempre que uma lei ordinária destoe de normas gerais de direito tributário inscritas no Código Tributário Nacional e em leis extravagantes (por exemplo, o Decreto-lei nº 406/1968), a incompatibilidade se resolve a favor do texto integrado em lei complementar ou com força de lei complementar, mediante juízo de inconstitucionalidade. A lei ordinária, nesse caso, ofende a Constituição por invadir competência que esta reservou à lei

⁶⁹⁰ Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 5.869, de 11.01.73). “Art. 468. A **sentença**, que julgar total ou parcialmente a lide, **tem força de lei** nos limites da lide e das questões decididas.” (grifei)

⁶⁹¹ MIRANDA, JORGE. Funções, Órgãos e Actos do Estado. Obra citada. 1990, p. 277.



complementar. Recurso Especial nº 98.0007129-6. Diário de Justiça 04.05.98, p. 146. Relator Ministro ARI PARGLENDER. 2ª turma. Unânime.”

Sobre esta última matéria, cabe registrar um trecho de um voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, JOSÉ DELGADO, que, ao analisar um dos temas mais palpitantes da jurisprudência brasileira dos últimos tempos (a compensação de créditos tributários nos tributos lançados por homologação), realçou o seu entendimento; embora, com altivez, haja submetido o seu entendimento à função uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando o seu ponto de vista em sentido contrário.

Veja-se o que digo, onde se cogita sobre uma relação de contradição ou de complementariedade entre o Código Tributário Nacional e o Código Civil:

“Tributário. Compensação. Crédito líquido e certo. Possibilidade. Correção monetária. (...) f) o instituto da compensação é originário do direito privado, cuja definição, conteúdo e alcance, nos termos do art. 109, do Código Tributário Nacional, devem ser respeitados pela Lei tributária; g) não se compreenderia, nessa linha, impondo tal exigência às demais leis, o Código Tributário Nacional fosse adotar, no seu próprio texto, outro conceito para a compensação em matéria tributária. Por isso, ou a compensação prevista no art. 66, da Lei nº 8.383/91, tem a mesma natureza da compensação prevista nos arts. 156, I e 170, do Código Tributário Nacional, ou aquela não pode subsistir em razão da contrariedade a este diploma legal, que tem força de lei complementar. (...) Homenagem ao entendimento da 1ª Seção, haja vista a vinculação à função uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça, com ressalva de ponto de vista pessoal em sentido contrário. Recurso da autarquia federal improvido. Recurso Especial nº 114656/Rio Grande do sul. Diário de Justiça 23.06.97, p. 29055. Relator Ministro JOSÉ DELGADO. 1ª TURMA. Unânime.”

Sem discutir o instigante tema da compensação de tributos lançados por homologação, cabe, aqui, resumir que este caso, repetido ao cansaço no Brasil, consistia no seguinte.

O Código Tributário Nacional foi votado como lei ordinária à época da Constituição de setembro de 1946.



7.6. MEDIDAS PROVISÓRIAS E FORÇA DE LEI



Este Código é do final de outubro de 1966 (Lei nº 5.172, de 25.10.66)⁶⁹².

Ocorre que, já em janeiro de 1967, surgia uma nova Constituição para o Brasil, que exigia lei complementar para tratar de normas gerais de direito tributário. Assim, à primeira vista todo um árduo trabalho estaria perdido.

Neste quadro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Código Tributário Nacional, que acabava de ser votado, deveria ser recebido, no novo ordenamento jurídico subordinado à Constituição de janeiro de 67, como se fosse lei complementar. Uma lei ordinária com força de lei complementar.

Ocorre que, em 1991, surgiu a Lei nº 8.383/91, que, no art. 66, fez surgir uma nova modalidade de compensação, não extintiva do crédito. Isto estava em manifesto combate com o Código Civil e com o Código Tributário Nacional (art. 170), que previam a compensação como uma das hipóteses de extinção de crédito.

Logo, para uns, não poderia uma lei ordinária, a Lei nº 8.383/91, fixar nova hipótese de compensação para além daquela prevista no Código Tributário Nacional, que tem força de lei complementar.

Para outros, era perfeitamente possível isto ocorrer, dado que a última palavra, por ser uma matéria de lei complementar ou ordinária, é da própria Constituição.

Pessoalmente, no caso, acredito que a solução que vem sendo estampada como majoritária (*aquela que admite a nova hipótese de compensação veiculada por lei ordinária*), é de difícil persuasão, ainda mais pelo fato de a Constituição de outubro de 1988 haver fixado, no seu art. 146, inc. III, “b”: “Art. 146. **Cabe à lei complementar:** (...) III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) b) obrigação, lançamento, **crédito**, prescrição e decadência⁶⁹³ tributários”. (grifei)

⁶⁹² Lei nº 5.172, de 25.10.66. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.*

⁶⁹³ Atenção toda especial merece o cômputo da decadência do Imposto de Renda de pessoa física, particularmente quanto ao seu termo inicial. É o procedimento de cálculo: a) ano base: X; b) ano da declaração: x+1; c) termo inicial do prazo de decadência: x+2. Esta forma de calcular o prazo de decadência decorre da premissa de que o imposto cogitado (IRPF), em regra geral, considera-se lançado por declaração do contribuinte, e não por homologação.



7.6. MEDIDAS PROVISÓRIAS E FORÇA DE LEI



Repita-se. Cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais atinentes ao crédito tributário.

Feitas todas estas ponderações, é, agora, de se partir para a perquirição sobre se cabe medida provisória, em matéria de lei complementar, segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

Entendo que caiba.

Defendendo a mesma posição encontram-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal MOREIRA ALVES e o jurista e ex-Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, HUGO DE BRITO MACHADO.⁶⁹⁴

Entre aqueles que discordam deste entendimento, soem fazer três alegações. A primeira é a de que a lei complementar detém quórum qualificado de maioria absoluta (art. 69). A segunda é a de que, no art. 62, que trata das medidas provisórias, há referência à *força de lei*, simplesmente; não estando dito *força de lei complementar*. Além do mais, como entre as matérias defesas às leis delegadas estão aquelas veiculadas por leis complementares (art. 68, § 1º), também por isto, não caberia medida provisória em se tratando de assunto deixado, constitucionalmente, para lei complementar.

Como disse ainda na Introdução, com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Portanto, o primeiro passo para tentar se responder a estas objeções é o de buscar ser imparcial frente ao direito positivo brasileiro, não cabendo ser desadvertidamente influenciado por disposições legislativas estrangeiras.

Reconhecido este pressuposto, reflita-se sobre o seguinte.

A base de tudo isto calca-se na argumentação de que, quando a Constituição do Brasil quis falar em lei complementar, ela o fez de maneira expressa.

⁶⁹⁴ Ver O Plano Brasil Novo e a Constituição. 1ª ed., ps. 83-100. Extraído de SZKLAROWSKY, LEON FREJDA. Medidas Provisórias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991, p. 77.



O que, decididamente, não foi o caso⁶⁹⁵.

Veja-se. Logo no art. 5º, inc. II está disposto: “Art. 5º. (...) II- *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*” (grifei)

É evidente que a expressão *lei*, neste dispositivo, não merece ser entendida apenas como lei ordinária. É preciso também incluir a lei complementar, para evitar o absurdo de estar permitindo a Constituição o descumprimento das leis complementares. Exatamente aquelas que têm um quórum qualificado.

Mais: no art. 174, § 2º, da atual Constituição, vem disposto: “Art. 174. (...) § 2º. *A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.*” (grifei)

Um pouco antes a Constituição havia dito no art. 146, inc. III, al. “c”: “Art. 146. *Cabe à lei complementar: (...) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.*” (grifei)

Ora, sem dúvida alguma, o tratamento tributário diferenciado é uma das principais formas de se apoiar e de se estimular o cooperativismo.

Assim, a lei prevista no art. 174, § 2º, toma a forma de lei complementar em face do disposto no art. 146, inc. III, al. “c”, ambos da Constituição de outubro de 1988.

E não se pára por aí, porquanto o art. 192, inc. VIII, da mesma Constituição ratifica o tratamento por lei complementar como o instrumento legal, constitucionalmente cabível, para apoiar e estimular o cooperativismo: “Art. 192. *O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive,*

⁶⁹⁵ “Na técnica constitucional brasileira, não se fala em lei constitucional, mas em emenda à Constituição; e a lei complementar à Constituição não é toda e qualquer lei que venha tornar eficaz ou desenvolver um princípio constitucional, mas apenas aquela que a Constituição qualifique como tal, expressa ou implicitamente (cfr. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Aplicabilidade*, ps. 218 e segs.; GERALDO ATALIBA NOGUEIRA, *Lei Complementar na Constituição*).” - grifei. (ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 10ª ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, p. 273).



sobre: (...) VIII- o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.”

Enfim, considero desnecessário continuar no garimpo de exemplos em que a Constituição, embora isoladamente adote a expressão lei, faz detrair, do seu conteúdo geral, que a lei à qual se refere é a lei complementar.

Não basta conhecer a norma isoladamente, é preciso conhecer o sistema em que ela se enquadra.

Ou, conforme diz CARLOS MAXIMILIANO, o verdadeiro intérprete é aquele abrangente, com visão larga do sistema que interpreta: *“o Direito é um todo orgânico; porquanto não seria lícito apreciar-lhe uma parte isolada, com indiferença pelo acordo com as demais. Não há intérprete seguro sem uma cultura completa. O exegeta de normas isoladas será um leguleio; só o sistematizador merece o nome de jurisconsulto; e, para sistematizar, é indispensável ser capaz de abranger, de um relance, o complexo inteiro, ter a largueza de vistas do conhecedor perfeito de uma ciência e das outras disciplinas, propedêuticas e complementares.”*⁶⁹⁶

Por isto, é preciso preservar a unidade da Constituição, atribuindo-lhe às suas previsões normativas um caráter sistemático.

Assim, quando se afirma que não cabe à medida provisória tratar de matéria reservada, constitucionalmente, à lei complementar, pelo fato de art. 62, apenas fazer referência à *força de lei*; e não à *força de lei complementar*, esquece-se que, em várias outras oportunidades, a Constituição referiu-se ao termo *lei* no sentido de lei complementar.

O que define isto não é um artigo isolado, mas todo o conjunto constitucional, que aponta no sentido a que me refiro.

Quanto ao fato de restar proibido às leis delegadas interferir em matérias reservadas à lei complementar, e a mesma proibição ser estendida às medidas provisórias, basta dizer que não é possível confundir medida provisória com lei delegada; pois são

⁶⁹⁶ MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. 9ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro. Editora forense. 1981, p. 195).



espécies normativas distintas. Haja vista a diversa previsão constitucional (art. 59, inc. IV para as leis delegadas e art. 59, inc. V, para as medidas provisórias. Art. 68, para as leis delegadas e art. 62, para as medidas provisórias)

Quanto ao quórum qualificado da lei complementar, mais qualificado é o quórum constitucional; e, certamente, não vai a lei complementar desdizer o que determinou a Constituição, sob pena de arcar com o vício da inconstitucionalidade.

Finalmente, não parece crível que sirva como vetor proibitivo às medidas provisórias, para que não intervenham na seara das leis complementares, o fato de localizarem-se, no art. 59, da atual Constituição, abaixo destas. Trata-se de questão meramente topográfica, de caráter insignificante. Se assim não o fosse, também as medidas provisórias não deveriam versar sobre matéria própria à lei ordinária; pois, no plexo do mesmo art. 59, também as medidas provisórias permanecem abaixo.

É tal como disse CLAUS-WILHELM CANARIS, em seu Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, decidir por uma interpretação em face da mera localização de um preceito é uma visão estreita, e, não poucas vezes, errada.⁶⁹⁷

Concluo: a medida provisória tanto pode versar sobre matéria de lei ordinária quanto também de lei complementar, não podendo o Regimento Interno do Congresso Nacional desautorizar a interpretação não preconceituosa e não antipatizante do Texto Constitucional.

Sendo assim, surge um outro tema para estudo. É o de se saber se uma medida provisória revoga lei, dado que tem a força de uma.

É a isto que se passará a seguir.

⁶⁹⁷ Aqui, veio-me à lembrança CLAUS – WILHELM CANARIS, em seu Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Dizia ele, ao tratar da interpretação sistemática frente ao BGB, e diante do tema da localização de um preceito: “*No entanto, apenas haveria aqui um ponto de apoio relativamente estreito e, além disso, não poucas vezes a localização de um preceito surge materialmente errada.*” (CANARIS, CLAUS-WILHELM. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de A. MENEZES CORDEIRO. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 158)



Note-se que não se está discutindo se a medida provisória, convertida em lei, revoga a lei anterior.

A medida provisória convertida deixa de ser provisória, e torna-se efetivamente lei. É isto o que prescreve o Parágrafo Único, do art. 62, quando assevera: “*Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias (...)*”. (Texto originário. Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias)

Portanto, se, dentro do prazo constitucional, o Congresso Nacional transformar a medida provisória em lei, estará, simplesmente, cumprindo um procedimento constitucional de criação legislativa; o que é, perfeitamente, regular.

Esta lei deve ser tratada naturalmente, sem preconceitos ou perseguições hermenêuticas.

Assim, cabe aplicar-lhe o previsto no art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.42), que diz: “*Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.*” (grifei)

Logo, a proibição dos efeitos repristinatórios (art. 2º, § 3º, da Lei de introdução ao Código Civil) apenas se coloca quando se trate de lei revogando lei.

Nesta hipótese, disse o preceito transcrito que, só por norma expressa, é que será possível a restauração da lei revogada.

Mas não é este o caso da medida provisória, que não é lei senão após a conversão.

De tanto, acaso não convertida, não haverá de se falar em repristinação da lei revogada. Isto por um motivo singelo: não houve revogação.

Medida provisória não revoga lei.



E o que faz, então, a medida provisória, acaso contradite a lei que lhe é anterior ?

A resposta é: suspende os seus efeitos.

A lei que se encontra em oposição àquilo que regulamenta a medida provisória fica subordinada a um evento futuro e incerto⁶⁹⁸, que é a conversão, pelo Congresso Nacional, no prazo constitucional.

No entanto, em relação à medida provisória, a não conversão funciona como uma condição resolutiva⁶⁹⁹, porquanto, desde a edição, ela já produz efeitos.

Explicando, novamente, o que digo.

A medida provisória opera os seus efeitos desde a edição, suspendendo os efeitos da lei que lhe for contrária; isto porque opera sob condição resolutiva. A condição resolutiva é a sua não conversão, pelo Congresso Nacional, no prazo constitucional de vigência.

A lei contraditada, no entanto, está sob condição suspensiva, pois acaso a medida provisória não seja convertida em lei naquele prazo, ela voltará a produzir efeitos.

O marco é um só: a não conversão da medida provisória em lei no prazo constitucional.

É isto o que penso.

Contudo, é preciso oportunizar alguns dos diversos autores que se pronunciaram sobre o assunto, desde a época dos Decretos-leis.

É o que farei em seguida.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ Código Civil brasileiro. “Art. 114. Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.”

⁶⁹⁹ Código Civil brasileiro. “Art. 119. Se for resoluto a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste, o direito por ele estabelecido, mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.”



1. PONTES DE MIRANDA: “Decreto-lei. (...) lei sob condição resolutiva (rejeitável dentro do prazo) ou decreto com eficácia adiantada em relação à deliberação do Congresso Nacional.”⁷⁰¹

2. GERALDO ATALIBA: “quanto à eficácia, o decreto com força de lei é bem diferente desta. É que a lei em regra – e salvo disposição dela própria em contrário – é, a partir de sua vigência, eficaz de maneira plena. Assim que posta, é plenamente eficaz. A publicação da lei integra-se no sistema jurídico e imediatamente produz o efeito de revogar definitivamente todas as normas de igual grau ou inferior, que lhe contrariarem os mandamentos. Estes efeitos são absolutos e inexoráveis. Revogada, os atos singulares praticados na sua conformidade persistem plenamente. E a sua revogação não revigora a lei anterior. Já o decreto-lei não tem a mesma eficácia. Embora o texto constitucional diga que tem vigência imediata – exatamente porque se trata de disciplinar matérias que requerem urgência, ou versam interesse público relevante – na verdade não possui a mesma eficácia. Efectivamente, a força de lei que lhe atribui a Carta Magna, no dispositivo da cabeça do art. 58, só lhe é conferida em caráter absoluto e pleno, após o decurso do prazo de sessenta dias, a que se refere o parágrafo único, que, exatamente, cuida de sua aprovação ficta pelo Congresso, ou ainda, a partir de sua aprovação efetiva, que deve dar-se antes. Porque os efeitos do decreto-lei, antes de sua aprovação – efetiva ou ficta, não importa – são sempre **precários**, porque dependentes de aprovação.” (grifei)⁷⁰²

3. IVO DANTAS: “Em várias passagens deste livro destacamos que os efeitos da Medida Provisória, até sua conversão pelo Congresso Nacional, são efeitos precários, exatamente, porque isto é o que determina a Constituição Federal, em seu art. 62, parágrafo único (...)”.⁷⁰³

⁷⁰⁰ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias.

⁷⁰¹ MIRANDA, PONTES DE. Comentários à Constituição de 1967. T. III. São Paulo. Editora Forense. 1987, p. 38.

⁷⁰² ATALIBA, GERALDO. Decreto-lei na Constituição de 1967. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1967, ps. 21-22.

⁷⁰³ DANTAS, IVO. Aspectos jurídicos das Medidas Provisórias. 3ª ed., revista e aumentada. Brasília. Editora Brasília Jurídica. 1997, p. 101.



4. PINTO FERREIRA: “(...) possui eficácia temporal limitada de trinta dias, tendo efeitos paralisantes e não revogatórios em face das leis que lhe são anteriores e conflitantes. Caso não se opere a conversão legislativa, fica restaurada a eficácia jurídica dos diplomas legislativos suspensos, afetados pela medida provisória. Tal restauração não se confunde com a repristinação, será ‘ex tunc’, isto é, desde a data da medida provisória não convertida.”⁷⁰⁴

5. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: *“Registre-se que as normas colidentes com a medida provisória – assim por ela revogadas – recobram vigência, caso não convertida em lei a medida provisória. Não se trata propriamente de efeito repristinatório, mas sim do fato de que, dependendo a medida provisória de conversão, está ela assim sujeita a uma verdadeira condição resolutiva. Assim, também a revogação que dela decorre está dependente da condição resolutiva, que é a conversão em lei da medida provisória.”*⁷⁰⁵

6. CAIO TÁCITO: *“até ser convertida em lei (o que lhe confere definitividade), a medida provisória não revoga a lei anterior, mas apenas suspende-lhe a vigência e a eficácia, que se restauram se não subsiste a medida provisória, tanto pela rejeição como pela inércia do Congresso, após o vencimento do prazo de apreciação. Fica, por essa exegese, superada a objeção de que a lei, quando revogada, somente é repristinada mediante norma expressa que a restaure.”*⁷⁰⁶

7. MICHEL TEMER: *“A edição da medida provisória paralisa temporariamente a eficácia da lei que versava a mesma matéria. Se a medida provisória for aprovada, se opera a revogação. Se, entretanto, a medida provisória for rejeitada, restaura-se a eficácia da norma anterior. Isto porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o*

⁷⁰⁴ FERREIRA, PINTO. Comentários à Constituição Brasileira. Editora Saraiva. 1992, p. 294.

⁷⁰⁵ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo. Editora Saraiva. 1990, p. 104.

⁷⁰⁶ TÁCITO, CAIO. *As medidas provisórias na Constituição de 1988*. Extraído da Revista de Direito Administrativo 176/6.



conteúdo daquela medida provisória, tornando subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a lei antes editada.”⁷⁰⁷

8. FRAN FIGUEIREDO: *“é simplesmente por intermédio de uma ficção jurídica, e através de condição resolutiva, que a Constituição lhe confere força de lei pelo prazo de 30 (trinta) dias. A condição resolutiva operará ou constitutivamente, consolidando seus efeitos, no caso de conversão em lei, ou negativamente, na hipótese da não-conversão da medida provisória em lei nesse prazo, quando seus efeitos serão desconstituídos ‘ex tunc’.”⁷⁰⁸*

Ainda mais alguns problemas precisam ser cuidados neste tema da medida provisória e a sua *força de lei*.

Imagine-se a hipótese de haver sido superado o prazo constitucional dos trinta dias (Parágrafo Único, do art. 62, da Constituição de outubro de 1988 – Texto originário), sem que tenha havido a conversão da medida provisória em lei. Ou, então, que a medida provisória haja sido rejeitada pelo Congresso Nacional.

Nestas situações, faz-se necessário que o Congresso Nacional delibere sobre as relações jurídicas decorrentes da medida, através de Decreto-legislativo.

Se ele permanecer omissa, cabe impetrar mandado de injunção.

Digo isto, por uma questão de pragmaticidade, em face do caráter restritivo que o Supremo Tribunal Federal vem imprimindo à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da atual constituição), negando-se a funcionar como legislador positivo.

Sobre o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal vem evoluindo, procedendo para além do mero aconselhamento, tal como, infelizmente, o faz em relação à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

⁷⁰⁷ TEMER, MICHEL. Elementos de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992, p. 142.

⁷⁰⁸ FIGUEIREDO, FRAN. *As medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro*. Extraído da *Revista de Informação Legislativa*, ABRIL/JUNHO 91, Nº 110, P. 146.



De fato, o Supremo Tribunal Federal vem fixando prazo para o exercício da função normativa, autorizando, na hipótese de descumprimento do prazo, o ajuizamento da ação econômica reparatória (MI nº 283/Distrito Federal. DJ 14.11.91, p. 16355. Ementário Vol. 12642, p. 01. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 135-03, p. 882. Relator ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno. Unânime. Ver, também, MI nº 355/94. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento pelo Tribunal Pleno do STF, em 07.10.94).

Esclarecendo melhor o que digo.

Ao reconhecer a mora legislativa, e deferir o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal vem determinando que:

- a) comunique-se aos órgãos competentes para o encaminhamento legislativo constitucional (Congresso Nacional e Presidência da República);
- b) assina prazo para o Congresso Nacional, e mais quinze dias para a sanção presidencial, quando for o caso, de modo que se ultime o processo legislativo reclamado;
- c) se ultrapassado o prazo, sem a promulgação da lei, reconhece ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação e reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrar;
- d) declara que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos que lhe for mais favorável.

Enfim, se a medida provisória não for convertida em lei no prazo constitucional, cessa-se a suspensão da lei que o Poder Executivo pretendia ver substituída, devendo o Congresso Nacional dispor, por Decreto-legislativo, sobre as relações jurídicas decorrentes da medida não convertida. Não regulando, cabe o mandado de injunção, ou, sem muita chance de êxito prático, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.



7.6. MEDIDAS PROVISÓRIAS E FORÇA DE LEI



Não havendo lei anterior, é que me parece adequada a solução oferecida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001.

É o art. 62, § 11, com a nova redação: “*Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º⁷⁰⁹ 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.*”

A conservação da eficácia de uma medida provisória rejeitada ou que padeceu pelo transcurso de prazo deve ser algo excepcional, sobretudo quando o tratamento por ela conferido for prejudicial ao cidadão, comparando-se com os termos da lei anterior com eficácia suspensa.

⁷⁰⁹ Constituição de outubro de 1988 com a redação da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001: “Art. 62. (...) 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. (...) § 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.”



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS

“Poder Legislativo estadual. (...) E medidas provisórias, podem as Constituições estaduais instituí-las ? Em edições anteriores, respondemos que nada justificava sua existência no âmbito estadual, mas não víamos proibição em que o fizessem. Até onde sabemos, os Estados (e também os Municípios) evitaram adotá-las. E hoje, ‘re melius perpenda’, achamos ponderável o argumento de que, sendo exceção ao princípio da divisão de poderes, só vale nos limites estritos em que foram elas previstas na Constituição Federal, ou seja, apenas no âmbito federal, não se legitimando seu colhimento nem nos Estados nem nos Municípios.” (DA SILVA, JOSÉ AFONSO. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1995, p. 578)

Este Capítulo pretende estudar a possibilidade de os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, bem como os Prefeitos municipais, editarem medidas provisórias, assim como faz o Presidente da República.

Aqui, não se pode desconhecer, no mínimo, duas circunstâncias importantes:

- a) a Constituição de outubro de 1988 apenas previu, ao menos expressamente, esta atribuição para o Presidente da República; pois assim começou o “caput”, do art. 62: “Art. 62. *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias (...)*”;
- b) em 1997, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, eram 5.507 (cinco mil, quinhentos e sete) Municípios no Brasil.

Esta matéria chegou a ser muito discutida quando da elaboração das Constituições estaduais, havendo posicionamentos favoráveis e desfavoráveis.



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



Diz o art. 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 11. *Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecendo os princípios desta. Parágrafo Único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva,, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.*”

Logo, é preciso observar em relação aos Estados-membros:

- a) a Constituição do Brasil de outubro de 1988 falava que as Assembléias Legislativas estaduais estavam investidas de *poderes constituintes*;
- b) embora com *poderes constituintes*, deveriam obedecer os *princípios* da Constituição Federal, sem esclarecer aquilo que deveria ser entendido como *princípios*.

Quanto aos Municípios, ficava disposto que deveriam ser portadores de Leis Orgânicas, as chamadas *Constituições* municipais; e estas Leis Orgânicas precisariam respeitar o estabelecido na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Disto apenas ficaram de fora os Territórios Federais, que não têm autonomia (art. 33, da atual Constituição)⁷¹⁰ e o Distrito Federal (art. 32, da atual Constituição)⁷¹¹, que,

⁷¹⁰ Constituição do Brasil. “Art. 33. *A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios. § 1º. Os Territórios poderão ser divididos em municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no Capítulo IV, desta Título (arts. 29-31). (...) § 3º. Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e Segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.*”

É interessante notar que o termo *lei*, estampado no “caput” deste artigo, veio isolado. No entanto, por interpretação sistemática, reconhece-se que se trata de lei federal, em face do previsto no art. 61, § 1º, inc. II, al. “b”, da Constituição, de outubro de 1988, que registra: “Art. 61. *A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta constituição. § 1º. São de iniciativa do Presidente da República as leis*



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



embora detentor de uma Câmara Legislativa, também é regido por uma Lei Orgânica, conforme previsão taxativa das Disposições Constitucionais Permanentes, devendo ser observados os princípios da Constituição Federal.

Ainda sobre os Municípios, restou, após a Constituição de outubro de 1988, um certo consenso no sentido de que eles compõem a Federação brasileira, em igualdade de condições, no âmbito interno⁷¹², aos Estados e ao Distrito Federal.

Conclusão que me parece acertada frente ao que dizem os arts. 1º e 18, da atual Constituição do Brasil, a saber: “Art. 1º. *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)* Art. 18. *A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*”

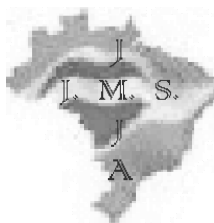
Assim, pela atual Constituição do Brasil, tenho que os Municípios são membros da Federação.

Contra este entendimento, costuma-se apontar, basicamente, duas objeções, além daquela de os Estados ficarem sem território próprio, acaso se conceda autonomia aos Municípios que o compõem:

que: (...) II- disponham sobre: (...) II- organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios.”

⁷¹¹ Constituição do Brasil. “Art. 32. O Distrito Federal, vedada a sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.”

⁷¹² Constituição do Brasil. Por exemplo: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VII- manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...) XIX- declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; (...) XXII- permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (...).”



a) não há, em regra, intervenção federal nos Municípios, mas estadual. É o que preconiza o art. 35, da atual Constituição: “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando (...)”;

b) o fato de a criação dos Municípios ficar por conta de lei estadual. É o que preconiza o art. 18, § 4º: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos**, nos termos desta Constituição. (...) § 4º. (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 12.09.96) A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, **dentro do período determinado por lei complementar federal**, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estatutos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.” (grifei)

A resposta que imagino deva ser dada está no próprio “caput”, do art. 18, que diz: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos** (...)” (grifei)

No entanto, não é o momento de se aprofundar esta discussão.

O importante, aqui, é procurar os argumentos favoráveis e contrários à edição de medidas provisórias pelos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e pelos Prefeitos municipais.

É o que se fará a seguir.

Primeiro, os argumentos favoráveis.

O Ato Institucional nº 02, de 1965, trazia, em seu art. 31: “Art. 31. A decretação do **recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores** pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele. **Parágrafo Único. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar mediante decretos-leis**, em todas as matérias previstas na Constituição e na lei orgânica.” (grifei)



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



O Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, trazia, em seu art. 2º: “Art. 2º. O Presidente da República poderá decretar o **recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores**, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º. **Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.**...”(grifei)

Portanto, estes dispositivos falavam em “Poder Executivo correspondente”.

Ora, o Poder Executivo correspondente nos Estados, com o recesso da Assembléia Legislativa, tem, na chefia, o Governador do Estado. Assim como o Poder Executivo correspondente, com o recesso das Câmaras de Vereadores, tem, na chefia, o Prefeito do Município.

Logo, havia a autorização para Decretos-leis estaduais e municipais no Ato Institucional nº 02, de 1965 e no Ato Institucional nº 05, de 1968.

Mais: o art. 59, da atual Constituição inclui, no processo legislativo, as medidas provisórias⁷¹³, tal como o art. 46, da Emenda Constitucional nº 01/69⁷¹⁴ e o art. 49, da Constituição de janeiro de 1967⁷¹⁵, o faziam com o Decreto-lei.

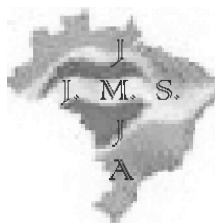
De tal ordem que a conclusão pela impossibilidade da expedição dos Decretos-leis durante a Constituição de janeiro de 1967, e a Emenda Constitucional nº 01/69 era devida ao art. 188 e art. 200, respectivamente, que tinham as seguintes redações:

Constituição de janeiro de 1967: “Art. 188. Os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais, findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente

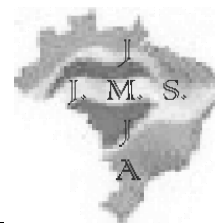
⁷¹³ Constituição de outubro de 1988. “Do Processo Legislativo. Disposição Geral. Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) V- medidas provisórias”.

⁷¹⁴ Emenda Constitucional nº 01/outubro de 1969. “Do Processo Legislativo. Art. 46. O processo legislativo compreende a elaboração de : (...) V- decretos-leis”.

⁷¹⁵ Constituição de janeiro de 1967. “Do Processo Legislativo. Art. 49. O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) V- decretos-leis”.



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



às Cartas estaduais. *Parágrafo Único. As Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, **proibidos os decretos-leis.***” (grifei)

Emenda Constitucional nº 01/69: “Art. 200. As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados. *Parágrafo Único. As Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, **proibidos os decretos-leis.***” (grifei)

Portanto, havia proibição expressa para os Estados editarem Decretos-leis, existindo, na época, forte corrente doutrinária que negava autonomia aos Municípios. De onde se concluía que a vedação atingia, também, os Municípios.

Assim, o standard legislativo federal⁷¹⁶ deveria ser seguido pelos Estados, ressaltando-se os Decretos-leis, em face da vedação expressa.

Ocorre que a Constituição de outubro de 1988 não traz nenhuma norma proibitória similar, colocando inclusive os Municípios em igualdade de condições com os Estados e com o Distrito Federal.

Por isto, determinados autores brasileiros concluíram pela possibilidade das medidas provisórias estaduais, distritais e municipais.

⁷¹⁶ Veja-se este Acórdão do Supremo Tribunal Federal: “(...) O tema da autonomia das unidades federadas, suscitado na perspectiva da nova concepção de federalismo consagrada pela vigente Carta Política, foi, no entanto, considerado de extremo relevo jurídico pelo Supremo Tribunal Federal (**Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 216-Paraíba**). A autonomia dos Estados-membros constitui um dos elementos essenciais à própria conceptualização do Estado Federal, cujo tipo histórico, variável na evolução do constitucionalismo brasileiro – federalismo dual ou dualista (CF 1891), federalismo de cooperação (CF 1934), federalismo de integração (Carta de 67) – enseja abordagens várias, quer a partir das múltiplas tendências já positivas na experiência constitucional comparada (federalismo de equilíbrio e federalismo hegemônico), quer de proclamações doutrinárias, tais como as que preconizam o federalismo de regiões. Impõe-se a suspensão cautelar de regras inscritas em Constituições estaduais, cujo conteúdo, normativo esteja em aparente desarmonia com o **modelo federal atinente ao processo legislativo**, até que a Suprema Corte defina a extensão e o alcance do poder constituinte dos Estados-membros.” (**Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 276-7 (Medida Liminar)**). Alagoas. Julgamento em 30.05.90. Relator Ministro CELSO DE MELLO). – grifei.



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



Alguns Municípios chegaram a adotá-las, como foi o caso de Indaiatuba, no Estado de São Paulo, que editou três medidas provisórias sobre matéria tributária, mesmo antes da promulgação da sua Lei Orgânica, e sem que, na Constituição do Estado de São Paulo, houvesse qualquer previsão.

Também cabe citar o Município de Campo Grande, no Mato Grosso do Sul, que fez constar, na sua Lei Orgânica, a possibilidade de o Prefeito editar medidas provisórias, embora a Constituição deste Estado, no art. 65, que disciplina o processo legislativo estadual, nada dissesse sobre as medidas provisórias.

Veja-se alguns dos expoentes da doutrina jurídica brasileira, em sentido favorável à edição das medidas provisórias estaduais, distritais e municipais. Entre eles, há aqueles que ressaltam que só seria possível a adoção da medida provisória municipal, acaso houvesse esta previsão na Constituição do Estado respectivo:

1. ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA: “Aludiremos, neste item, apenas às medidas provisórias federais. Nada impede, porém, que, exercitando seus poderes constituintes decorrentes, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal prevejam a edição de medidas provisórias, respectivamente, estaduais, municipais e distritais. A elas, ‘mutatis mutandis’, devem ser aplicados os princípios e limitações que cercam as medidas provisórias.”⁷¹⁷

2. CLÉLIO CHIESA: “Em que pese a opinião dos que pensam de modo diferente, ficamos com a posição de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, no sentido de que, observados os princípios e as limitações que cercam o instituto das medidas provisórias federais, podem, os Estados e o Distrito Federal, exercitando os seus poderes constituintes decorrentes, rever a edição de medidas provisórias (CF/88, art. 25).

No tocante aos Municípios, em havendo previsão na Constituição do respectivo Estado da possibilidade de o Governador legislar por intermédio de medidas provisórias, a Lei Orgânica do Município pode prever a possibilidade de sua

⁷¹⁷ CARRAZZA, ROQUE ANTÔNIO. Curso de Direito Constitucional Tributário. 2ª ed. revista e ampliada e atualizada pela Constituição Federal de 1988 de Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária. Editora Revista dos Tribunais. 1991, p. 157 (nota de rodapé).



edição pelo Prefeito. Todavia, se o instituto das medidas provisórias não estiver previsto na Constituição Estadual, o Município não pode adotá-lo, inteligência do art. 29 da CF/88⁷¹⁸.

Assim, por exemplo, é inconstitucional o inciso V, art. 35 da Lei Orgânica Municipal de Campo Grande – MS, que prevê a possibilidade de o prefeito editar medidas provisórias, pois a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, no art. 65, em que disciplina o processo legislativo estadual, não prevê o instituto das medidas provisórias como instrumento hábil para inovar a ordem jurídica, criando direitos e obrigações.”⁷¹⁹

3. LEON FEJDA SZKLAROWSKY: *“Moacir de Araújo Nunes também responde ser facultado ao prefeito utilizar-se de medida provisória, em vista do princípio da simetria, ‘segundo o qual aplicam-se aos Estados, Distrito Federal e Municípios as mesmas regras previstas na Constituição para a União, salvo expressa disposição em contrário’. Neste sentido, Mayr Godoy, Mário Jorge Rodrigues de Pinho e Michel Temer. Em sentido contrário, Edison Araújo Peixoto, litteris: ‘em que pese a respeitável opinião do Professor Celso Bastos (Estado, edição de 25.03.90), não comungamos com a possibilidade de os municípios poderem adotar medidas provisórias principalmente quando elas procuram regular matéria de natureza tributária’. Não temos dúvida, pois, de advogar a aplicabilidade das medidas provisórias aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, porque a Constituição não o proíbe; ao contrário pede-lhes que apliquem obrigatoriamente seus princípios, que não são exaustivos. Neste sentido, embora com desagrado, mas sem restrição da matéria e abrangência, Carlos Mário Velloso. (Revista de Direito Público 92/150).”⁷²⁰*

⁷¹⁸ Constituição do Brasil. “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) – vêm, em seguida, quatorze incisos. O art. 30 trata da competência municipal.

⁷¹⁹ CHIESA, CLÉLIO. Medidas Provisórias – o Regime Jurídico Constitucional. Curitiba. Juruá Editora. 1996, p. 95. Constituição do Brasil. “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. (...)”

⁷²⁰ SZKLAROWSKY, LEON FREJDA. Medidas Provisórias. Obra citada. 1991, ps. 71-72.



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



Assim, o argumento principal para aqueles que defendem, ou defenderam (como foi o caso de MICHEL TEMER, que reverteu a sua posição, como se verá mais adiante) as medidas provisórias estaduais, distritais e municipais é o de que não existe proibição expressa para que Estados, Distrito Federal e Municípios editem medidas provisórias.

A posição contrária fundamenta-se no princípio de que não se deve dar à exceção interpretação ampliativa. As normas de exceção devem ser interpretadas restritivamente, o que constitui um corolário do princípio da segurança jurídica. Ora, a regra seria a de que o Poder Legislativo legisle; e não o Poder Executivo.

Veja-se o que, neste sentido, diz MICHEL TEMER: “*As medidas provisórias só podem ser editadas pelo Presidente da República. Não podem adotá-las os Estados e os Municípios. É que a medida provisória é exceção ao princípio segundo o qual legislar compete ao Poder Legislativo. Sendo exceção, a sua interpretação há de ser restritiva, nunca ampliativa.*”

É com esta segunda posição que me filio.

Entendo que não se possa permitir a Estados, Distrito Federal e Municípios a utilização das medidas provisórias.

Primeiro, porque o art. 62, da atual Constituição do Brasil apenas se refere ao Presidente da República, já havendo uma certa tradição, mesmo em relação aos Decretos-leis, no sentido de que instrumentos como tais fiquem restritos à esfera federal.

Depois, porque, sendo a função legislativa precípua do Poder Legislativo, não cabe estendê-la ao Executivo, por uma trêmula intuição de implicitude. A exceção deve ser interpretada como exceção, e não como regra.

Ainda mais porque a realidade nacional não pode ser desconsiderada pelo intérprete.

O Brasil é um País com um número enorme de Municípios, que, a cada dia, aumenta mais. Imagine-se se cada Prefeito pudesse emitir as suas medidas provisórias. O caos seria completo.



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



Enfim, o incentivo à multiplicidade das medidas provisórias, por disposição inexistente, ou, na melhor das hipóteses, implícita, não considero recomendada para a realidade do Brasil, que se propõe a ser um Estado Democrático de Direito, com um sistema presidencialista de governo.

Mas não se pense que esta discussão limitou-se aos lindes da doutrina.

Não, não foi isto o que ocorreu.

Exemplo do que falo foi a Representação de Inconstitucionalidade nº 11.643-0/0, proposta pelo Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

Nela, ele pleiteou a declaração da inconstitucionalidade das Medidas Provisórias nºs. 01, 02 e 03, todas elas de 29.12.89, do Prefeito Municipal de Indaiatuba.

A matéria envolvida era a tributária.

Argumentou pela não auto-aplicabilidade do art. 62, da Constituição de outubro de 1988 em nível municipal, por inexistir, no ordenamento jurídico deste Município, regras procedimentais para a conversão destas medidas em leis.

O Presidente da Câmara Municipal, supedaneado em Pareceres de Juristas como CELSO RIBEIRO BASTOS, MAYR GODOY e MOACYR ARAÚJO NUNES sustentou a constitucionalidade das medidas, que se converteram em leis.

O Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi unânime, tanto em relação às questões processuais, quanto também em relação ao mérito.

Inicialmente, reconheceu possível a extensão do pedido de inconstitucionalidade, inicialmente feito em relação às medidas provisórias, às leis em que elas já haviam sido convertidas. (*Observação: normalmente, o Supremo Tribunal Federal, exige pedido expresso do Autor no sentido de promover a extensão, sob pena de extinguir o processo por falta de objeto*).

E mesmo que se tratasse, ainda, de medidas provisórias, considerou possível a Representação de Inconstitucionalidade, dado que medida provisória, no entendimento do Tribunal paulista, é lei especial dotada de vigência imediata.



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



Esta discussão surgiu porque o art. 125, § 2º, da Constituição de outubro de 1988, admite a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição estadual⁷²¹. Por isto, a perquirição da natureza jurídica da medida provisória.

Depois, afastou as preliminares de ilegitimidade *ad causam* e de inépcia da inicial.

No mérito, foi pela inconstitucionalidade das medidas, basicamente, dizendo que *medida provisória* tratava-se de providência excepcional, para casos de urgência e de relevância, cabendo somente ao Presidente da República.

Além do mais, o Tribunal de Justiça de São Paulo descortinou que a Constituição estadual não previu este instrumento legislativo, e a Lei Orgânica municipal também foi omissa.

E, ainda, acrescentou, entre os seus fundamentos, que o princípio da reserva legal impediria a utilização de medida provisória em matéria tributária.

Reproduzirei, a seguir, alguns trechos do Acórdão deste Tribunal, cujos argumentos vêm sendo os manifestamente predominantes no Brasil: “*estabelecida a medida provisória como providência excepcional em caso de urgência e relevância, não se a pode reputar processo legislativo inserido dentre os que se inspiram nos princípios constitucionais a serem necessariamente observados pelos Municípios. A excepcionalidade da medida conduz à restrição relativamente ao seu agente, ou seja, só o Presidente da República poderá editá-la, não o Governador do Estado, ou o Município. (...) em caso contrário, aí sim, estariam burlados os princípios constitucionais, a partir da independência e harmonia dos Poderes Legislativo, Executivo e judiciário (CF/88, art. 2º⁷²²). (...) Observe-se que as determinantes de urgência e relevância no plano estadual ou municipal não são quase nunca as mesmas do plano federal, como as relativas ao sistema*

⁷²¹ Constituição do Brasil. “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 2º. Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual, veda a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

⁷²² Constituição do Brasil. “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”



7.7. MEDIDAS PROVISÓRIAS. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS



econômico, por exemplo, que sugerem a adoção das medidas. (...) Seria temerário que se pudesse deixar a arbítrio de alcaides a edição de medidas provisórias nos Municípios, mesmo que houvesse autorização legislativa federal, estadual ou municipal.”⁷²³

Em suma: entendo que não caiba que se fale, no Brasil, em medidas provisórias estaduais, distritais e municipais.

Contudo, no julgamento da ADIn nº 625, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, mas com um único voto vencido do Ministro CARLOS VELLOSO⁷²⁴, concluiu que, em caso de relevância e urgência, desde que elas sejam convertidas em lei pelas respectivas Assembléias legislativas, é possível aos Governadores de Estados editarem medidas provisórias. Isto ocorre se a previsão constar na Constituição estadual, tal como se deu com o Estado de Tocantins. Observou o Ministro MARCO AURÉLIO que, apesar de observar “possíveis desvios de conduta” na utilização das medidas, era o direito constitucional do País que revelava a extensão da separação dos poderes. Daí, inexistindo qualquer dispositivo na Constituição brasileira que leve à conclusão de que os Estados não possam adotar esse meio de disciplina normativa, seguia a maioria. (vide o DOE/PE, 06.09.2002)

⁷²³ Tribunal de Justiça de São Paulo. Tribunal Pleno. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 11.643-0/0. São Paulo. Julgamento em 24.04.91. Relator Desembargador CARLOS ORTIZ.

⁷²⁴ Entendeu o Ministro que não deveria o Supremo Tribunal Federal conceder a faculdade de edição de medidas provisórias, que tantas preocupações trouxe à Corte, pois a função legislativa deveria ser exercida pelo Legislativo e só mediante autorização expressa poderia ser exercida pelo Executivo e pelo Judiciário.



7.8. MEDIDAS PROVISÓRIAS. LIMITES MATERIAIS. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PENAL⁷²⁵

“Uma Constituição escrita pode restringir a competência do órgão legislativo, não apenas pela especificação da forma e do modo de legislar (que podemos aceitar não serem limitações), mas pela exclusão absoluta de certas matérias do âmbito da competência legislativa, impondo assim limitações substantivas.” (HART, HERBERT. O Conceito de Direito. Tradução de A. RIBEIRO MENDES. 2 ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1994, p. 77)

Uma outra questão bastante importante sobre a medida provisória era a de saber, especificamente, se existiam certas matérias cujas regulamentações eram vedadas a elas.

Como se verá mais adiante, este tema provocou polêmicas quer em relação ao direito que estava posto, quanto também em relação aos debates legislativos atuais.

Há aqueles que defendiam que a Constituição tal como estava já impossibilitava a adoção destas medidas em matérias como a penal e a tributária.

Havia também aqueles que estendiam às medidas provisórias todas as proibições constantes para as leis delegadas, presentes no art. 68, da Constituição de outubro de 1988.

⁷²⁵ A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Na nova redação do art. 62, ficou estabelecida a vedação da edição de medidas provisórias sobre as seguintes matérias (§ 1º): nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal, processual penal e processual civil; 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, ressalvada a hipótese de atendimento de despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública; que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; reservada à lei complementar; já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.



O fato é que não existia consenso.

Por isto, e considerando a relevância do assunto, desenvolverei os meus argumentos retroagindo aos Decretos-leis, e aos limites materiais que apresentaram na história constitucional brasileira.

Antes disto, contudo, peço que se observe os critérios pelos quais passaram os seus limites.

Às vezes, foram fixadas matérias onde não cabiam os Decretos-leis. Em outras, fixadas hipóteses de cabimento. E, ainda, ocorreu de serem indicadas tanto as situações negativas, quanto também as positivas. Ou, dito melhor, foram fixadas situações de cabimento e de descabimento.

Mesmo com este desenrolar de fixações de limites materiais, isto não impediu que um dos mais prestigiados vultos da história mais recente do Brasil, TANCREDO NEVES (ex-Primeiro Ministro e Presidente eleito do Brasil), viesse a se pronunciar contrariamente a eles, e de maneira bastante incisiva.

Veja-se o que digo, os comentários a respeito do abuso e do trauma existente: “O decreto, com força de lei, tem sido o instrumento, por excelência, da atividade legislativa do Poder Executivo. Ele absorve, praticamente, todo o trabalho do Legislativo. Usado e abusado constitui, hoje, na fonte do caos das leis em que se debate o País, traumatizando os princípios gerais do direito, violentando a norma jurídica e infringindo comezinhos princípios de técnica legislativa. A sua supressão pura e simples seria da maior importância para a disciplina, o aprimoramento e a consolidação do nosso sistema legal.”⁷²⁶

Contudo, embora opiniões como esta não tenham sido isoladas, no período dos trabalhos constituintes, prevaleceu o art. 62, ao tratar daquilo que chamou de medidas provisórias.

Neste dispositivo, não eram firmadas restrições materiais expressas, cabendo ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário atuar na construção destes limites.

⁷²⁶ Extraído do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação ao Projeto de Lei Complementar nº 223, apresentado pelo ex-Deputado NELSON JOBIM aos 21.02.90.



Ao Poder Legislativo porque todas as medidas provisórias lhes são submetidas por imposição constitucional, devendo, por força regimental, tal como foi visto, formar um juízo sobre a relevância e a urgência; e, ainda, sobre a constitucionalidade e a oportunidade da medida.

Ao Poder Judiciário porque, segundo a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora esteja a considerar a relevância e a urgência como atos políticos; e, portanto, judicialmente, insindicáveis⁷²⁷, ainda lhe compete a análise da constitucionalidade da medida que lhe vier posta à apreciação.

Na verdade, os limites materiais das medidas provisórias constitui um assunto que, aos poucos, foi sendo delimitado.

O que é, sensivelmente, importante, basta lembrar do Projeto de Lei (Senado Federal) do à época Senador ITAMAR FRANCO (ex-Presidente do Brasil, e atual Governador do Estado de Minas Gerais).

Nele, propunha-se a inclusão, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 85), a inobservância dos requisitos constitucionais firmados para a edição das medidas provisórias.

Por isto, em face da relevância do tema, considero oportuno o estudo do que chegou a ser feito, no Brasil, a partir da Constituição de 1937, que foi a primeira a apontar os Decretos-leis e os seus limites. É bem verdade que a Constituição de Vargas foi pouco obedecida, sendo precária em sua vida prática, como já demonstrei anteriormente.

Era o que dizia a Constituição de 10 de novembro de 1937, em seus arts. 12, 13 e 14:

“Art. 12. O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.”

⁷²⁷ Salvo raríssimas exceções, tal foi o caso da extensão das matérias em função das quais caberia ação rescisória.



Art. 13. O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União. Parágrafo Único. Os decretos-leis, para serem expedidos, dependem de parecer do conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.

Art. 14. O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas. (Pela Lei Constitucional nº 09, de 28 de fevereiro de 1945, este artigo recebeu a seguinte redação: O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização da administração federal e o comando supremo e a organização das forças armadas.” (grifei)

Embora esta Constituição tenha recebido uma curta aplicação fática, dado as características deste período histórico nacional, note-se que ela utilizava o critério positivo, ao indicar as matérias sobre as quais os Decretos-leis poderiam ser expedidos (art. 14); e, também, o negativo, quando previa matérias em relação às quais ficava vedado o uso dos mesmos (art. 13).

Também o art. 180, da Constituição de novembro de 1937 é um bom exemplo do exagero da sua utilização. Com base nele, GETÚLIO VARGAS expediu uma Lei Constitucional.

Observe-se o que dizia o art. 180:

“Art. 180. Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.” (grifei)



Foi com base neste dispositivo que se expediu a Lei Constitucional nº 09, de 28.02.45, que chegou a ser chamada de *Ato Adicional à Carta de novembro de 1937*, sobre a qual já me detive anteriormente.

Obviamente um exagero, dado que, nos próprios termos do art. 13, al. “a”, não era cabível o Decreto-lei para modificar a Constituição.

Além do mais, mesmo o soberano deve cumprir com as suas próprias leis, tal como FRANCISCO CAMPOS (o autor da Carta outorgada de 1937) asseverou, conforme publicação no Diário do Poder Legislativo, de 27.02.46, p. 249.

A Constituição perderia o seu caráter constitucional se fosse dado ao Presidente da República a faculdade de modificar-lhe por simples força da sua própria vontade. É preciso que a Constituição seja uma regra normativa do poder. Só assim haverá alguma segurança no direito.

Como se vê, no regime da Constituição de novembro de 1937, as limitações eram tão relativas que custo a chamá-las de limitações.

Se os limites estavam na lei, isto apenas não bastava.

Depois deste período autoritário, retornaram os Decretos-leis tão somente em um novo período de exceção; agora, com os Atos Institucionais nºs. 02/65 e 04/66.

No Ato Institucional nº 02, de 27 de outubro de 1965, ressurgiu o Decreto-lei.

Neste Ato, afora o art. 19, que excluía de apreciação judicial o que fosse feito a seu título e em outros Atos Institucionais e Complementares, destaco, em relação aos limites materiais, os arts. 30 e 31.

Veja-se o que eles dizem:

“Art. 30. O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.



Art. 31. A decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele.

Parágrafo Único. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente, fica autorizado a legislar mediante decretos-leis, em todas as matérias previstas na Constituição e na lei orgânica.” (grifei)

Aqui, embora haja sido mencionada a matéria *segurança nacional*, isto não deve iludir em nada, dado que o conceito de segurança nacional era, na época, extremamente abrangente; não comportando limites precisos.

Também o Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966, referiu-se aos Decretos-leis em seu art. 9º, fixando, além do *limite amplo da segurança nacional (embora, fixando-se prazo)*, o relativo à possibilidade de dispor sobre matéria financeira e administrativa.

Veja-se o que digo:

“Art. 9º. O Presidente da República, na forma do art. 30, do Ato Institucional nº 02, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como Decretos-leis sobre matéria de segurança nacional, até 15 de março de 1967. § 1º Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente da República também poderá baixar Decretos-leis sobre matéria financeira. § 2º. Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir Decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.” (grifei)

Como se vê, em que pese a Constituição de novembro de 1937 e estes dois Atos Institucionais haverem convivido com períodos de fisionomia autoritária, mesmo eles, por vezes, estabeleciam, ao menos simbolicamente, limites de conteúdo.

Isto não foi diferente com a Constituição de janeiro de 1967, conforme se retira do seu art. 58, a saber:



“Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I- segurança nacional; II- finanças públicas. (...)” (grifei)

Veio o Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, e sem as amarras das aparências jurídicas, facultou ao Presidente da República poderes ilimitados para legislar sobre todas as matérias.

É o que dizia o art. 2º:

“Art. 2º. O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

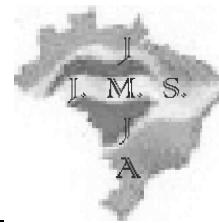
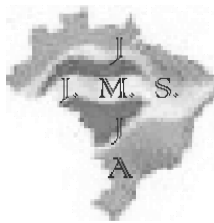
§ 1º. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. (...)” (grifei)

Note-se que este Ato foi duramente criticado, e atribuída, como já se demonstrou desde o início, poderes sem limites ao Presidente da República. Afora tudo o que fiz declinar, realço dispositivos desta ordem. Olhe-se o que diz o art. 3º: **“Art. 3º. O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.”**

Ou o art. 4º: **“Art. 4º. No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais (...)” (grifei)**

Basta de tentar demonstrar que o AI-5 caminhava *sem as limitações previstas na Constituição*.

Mas, veio a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969.



Nela, mais precisamente no art. 55, foram fixados contornos materiais para os Decretos-leis: segurança nacional; finanças públicas, acrescentando-se normas tributárias; criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

É o art. 55:

*“Art. 55. O **Presidente da República**, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, **poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I- segurança nacional; II- finanças públicas, inclusive normas tributárias; III- criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.**(...)”* (grifei)

Neste estágio da história das limitações materiais dos Decretos-leis, vê-se uma interrupção; e começa a história das medidas provisórias.

As suas origens, como já fiz questão de enfatizar, são completamente diversas daquelas do Decreto-lei, de nascedouro nitidamente autoritário no Brasil.

Porém, antes de apresentar aquilo que considero que sejam os seus limites materiais atuais, vejo, como ponto de referência importante, o que de maior destaque vem sendo proposto nas Casas Legislativas sobre o tema.

Não vou, aqui, senão destacar o essencial.

Primeiramente, cogito do Substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que teve por Relator o Senador JOSÉ FOGAÇA.

Veja-se a alternativa apresentada por esta Comissão em Proposta de Emenda Constitucional:

*“Art. 62. (...)
§ 8º. Não será objeto de medida provisória as matérias:
I- vedadas à lei delegada, como previsto no art. 68;
II- relativas ao direito penal;
III- reservadas à lei complementar.”*



Sem adentrar na oportunidade destas proibições, insisto apenas na atecnia existente nesta Proposta de Emenda Constitucional.

É a seguinte.

No momento em que assevera que não deve caber medida provisória em matéria interdita à lei delegada, é de se extrair, do próprio texto do § 1º, do art. 68, da Constituição de outubro de 1988, que não cabe lei delegada em matéria reservada à lei complementar.

Observe-se o que digo.

É o art. 68, § 1º: “Art. 68. (...) § 1º. **Não serão objeto de delegação** os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, **a matéria reservada à lei complementar**, nem a legislação sobre: (...)”. (grifei)

Portanto, salvo melhor juízo, parece-me desnecessário o inc. III, desta Proposta de Emenda Constitucional.

Contudo, estava de acordo com a necessidade de Emenda Constitucional para impedir que as medidas provisórias pudessem tratar das matérias reservadas à lei complementar. Isto porque, conforme já fiz questão de frisar, não é possível confundir, no processo legislativo brasileiro, medida provisória com lei delegada.

Comprovando esta necessidade, veio a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, dispondo: “Art. 62. (...) § 1º. **É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (...) III- reservada à lei complementar**”.

Vou adiante, dizendo que a imposição de novos limites materiais para a medidas provisórias só podiam e podem ser veiculados por Emenda Constitucional, descomportando Projetos de Lei neste sentido.



Com isto, não recuso a tese de que o art. 59, Parágrafo Único, da atual Constituição⁷²⁸ permita que Lei Complementar discipline questões de técnica formal, inclusive das medidas provisórias⁷²⁹.

Ela, de fato, já dispõe; pois a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998⁷³⁰, logo no seu art. 1º, esclarece que as suas disposições aplicam-se às medidas provisórias.

Isto não justifica, contudo, que, por lei complementar, possam ser fixados novos limites materiais que não os já previstos na Constituição.

O que poderia a lei complementar fazer seria, simplesmente, transpor, para um espaço específico (um artigo seu por exemplo), algo que já se encontra difuso no Texto Constitucional.

Não mais.

Se ultrapassar este limite, incorrerá em inconstitucionalidade.

⁷²⁸ Constituição do Brasil. “Art. 59. (...) Parágrafo Único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

⁷²⁹ O Decreto nº 2.954, 29.01.1999, dispõe: “Art. 17. As medidas provisórias terão numeração seqüencial, em continuidade às séries iniciadas em 1988. § 1º. Na reedição de medidas provisórias, serão mantidos os números originários a elas atribuídos, acrescidos do número correspondente à reedição, separado por hífen. (...) § 3º. Será atribuído número novo ao primeiro texto de medida provisória em edição.” Este dispositivo não vem sendo observado. Exemplo disto é a medida provisória nº 2.088-35, que não é uma mera repetição de outra. De fato, a verdadeira reedição procedeu-se em relação à medida provisória nº 1964-34. Em face destes expedientes, ou parece haver um descontrole do que se faz; ou, muito pior, má fé. Afinal, improbidade administrativa, férias de servidores públicos, tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência psíquica são assuntos inconfundíveis.

⁷³⁰ Lei Complementar nº 95, de 26.02.98.. “Art. 1º. A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar. Parágrafo Único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59, da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.”



Feita esta ressalva, mas por considerar a importância do Projeto de Lei Complementar nº 223, de 1990, apresentado pelos Deputados NELSON JOBIM, ADYLSO MOTA, PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, JOSÉ SERRA e HAROLDO LIMA, reproduzo o que disse sobre a necessidade de serem fixados limites materiais quanto às medidas provisórias.

Tratou do assunto no art. 2º e 3º, a saber:

"Art. 2º. A medida provisória somente poderá ser utilizada em matérias reguláveis por lei ordinária, ficando vedado emendar, modificar ou complementar a Constituição e tratar de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas.

Art. 3º. Não serão, também, admitidas medidas provisórias que:

I- tratem de legislação sobre a qual é vedada a delegação legislativa pelo Congresso Nacional (art. 68, § 1º, da Constituição Federal):

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

b) nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

c) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento;

II- contenham matéria que constitucionalmente preveja a necessidade de autorização do Congresso Nacional para a prática dos atos pelo Presidente da República;

III- matéria penal;

IV- disponham sobre contas correntes bancárias e depósitos de poupança;

V- versem sobre matéria constante do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial nos trinta dias imediatamente anteriores à publicação da medida."

Em torno desta Proposta e dos limites materiais que ela pretende, surgem algumas nuances, tais como se inserir, entre as proibições, por exemplo:

a) impedir medida provisória que abranja, no todo ou *em parte* (*frise-se esta peculiaridade*), matéria constante de Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional, e encaminhado à sanção presidencial nos trinta dias imediatamente anteriores à publicação da medida. É de se observar que a aprovação pode haver



reservado algumas inovações, que, naturalmente, estarão sujeitas ao veto presidencial. Argumenta-se que, mesmo o veto do Presidente da República, não é absoluto, podendo ser derrubado (art. 66, § 4º, da atual Constituição)⁷³¹;

b) impedir medida provisória sobre processo penal.⁷³²

Vistos, assim, os anteriores limites substanciais, embora muitas vezes artificiais e de mera aparência, dos Decretos-leis; e visualizadas as principais *propostas legislativas* nesta seara, é momento de partir para a procura do que já existe, na Constituição de outubro de 1988, enquanto critérios positivos e negativos sobre as medidas provisórias.

Algumas delas apontei quando do Capítulo sobre as *Medidas Provisórias na atual Constituição do Brasil*, como, por exemplo:

a) foi vedada a utilização das medidas provisórias para regular a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º, na redação da Emenda Constitucional nº 05, de 15.08.95);

b) pode ser feita, mediante medida provisória, a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (art. 167, § 3º);

c) foi vedada a utilização de medida provisória na regulamentação de artigo constitucional alterado por meio de Emenda promulgada a partir de 1995 (art. 246. Este artigo foi aprovado duas vezes. As duas aprovações decorreram das Emendas Constitucionais nºs. 06 e 07, ambas de 15.08.95). Contudo, a Reforma Constitucional, de 11 de setembro de 2001, limitou a proibição, dizendo: “Art.

⁷³¹ Constituição do Brasil. “Art. 66. (...) § 4 O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias, a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.”

⁷³² Ver o Capítulo sobre: *Aspectos e Comentários mais relevantes dos Projetos de Lei que dizem respeito ao art. 62, da Constituição da República brasileira de 1988*. Vide, também, o Título VII, *De 2.001 em diante*, onde comento a Reforma Constitucional de setembro de 2001, que trouxe para o art. 62, § 1º, inc. I, al. “b” a seguinte redação: “§ 1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I- relativa a: (...) II- direito penal, processual penal e processual civil”.



246. *É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive”;*

d) foi vedada a utilização de medida provisória na regulamentação do Fundo Social de Emergência⁷³³ (art. 73, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Demonstrando o caráter polêmico deste Fundo é de se realçar que o mesmo foi objeto, sucessivamente, de duas Emendas Constitucionais, a saber: Emenda Constitucional de Revisão nº 01, de 01.03.94 e Emenda Constitucional nº 10, de 04.03.96).

Ocorre que não é incomum existirem autores, no Brasil, que logravam encontrar, no sistema constitucional, várias outras restrições às medidas provisórias.

Apenas como exemplo do que digo, rememoro as conclusões de CLÉLIO CHIESA que apontava um leque delas antes mesmo da Reforma Constitucional de setembro de 2001: *a) matérias restritas às Emendas Constitucionais; b) reservadas às leis complementares; c) os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, assim como os privativos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; d) a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia dos seus membros; e) ato que regulamente questões sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; f) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos; g) tributos; h) matéria criminal.*⁷³⁴

Pois bem, além das três situações que delineei no Capítulo das *Medidas Provisórias na atual Constituição do Brasil*, e sobre as quais há pouco me referi, faço o seguinte complemento.

⁷³³ Repito que o Fundo Social de Emergência implica em recursos que, prioritariamente, devem ser recolhidos para o custeio das ações governamentais nos sistemas de saúde e de educação. Os Estados e os Municípios o criticam, fundamentalmente, porque ele retira porção da receita que lhes deveria ser repassada.

⁷³⁴ CHIESA, CLÉLIO. *Medidas Provisórias – o Regime Jurídico Constitucional*. Curitiba. Editora Juruá. 1996, ps. 19-20.



Tenho comigo que, ao contrário do que fez VARGAS, na sua exagerada utilização do art. 180, da Constituição de novembro de 1937, é evidente que não se pode mudar o Texto Constitucional por medida provisória; pois há todo um regulamento constitucional que seria descumprido (art. 60, da Constituição de outubro de 1988).

Quanto ao mais, também me parece claro que se o Presidente da República não dispuser de competência constitucional para a iniciativa de Projeto de Lei sobre uma matéria, também não poderá sobre ela regular pela via da medida provisória.

Assim, devem ser consideradas as suas iniciativas privativas (art. 61, § 1º, da atual Constituição⁷³⁵) e as concorrenciais.

Afora isto, pelo caráter de urgência que deve investir uma medida provisória, parecia-me incompatível, data venia ao Supremo Tribunal Federal, a sua utilização nos assuntos constitucionalmente submetidos ao princípio da anterioridade (art. 150, inc. III,

⁷³⁵ Constituição do Brasil. “Art. 61. (...) § 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I- fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II- disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta ou autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) (com a redação da Emenda Constitucional nº 18, de 05.02.98) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública; f) (com a redação da Emenda Constitucional nº 18, de 05.02.98) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.”



“b”⁷³⁶ e art. 195, § 6º⁷³⁷, ambos da Constituição de outubro de 1988. Ver também o art. 35, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷³⁸).

Atualmente, quanto à convivência entre a anterioridade e as medidas provisórias, é obrigatório gizar: “Art. 62. (...) § 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. (texto da Reforma Constitucional de 11.09.2001)*”

De onde se conclui não pela impossibilidade total de serem utilizadas medidas provisórias em matéria tributária; mas pela reflexão pela conveniência diante da exigência do prazo constitucional de espera.

Entretanto, ao contrário do que defendia, o Supremo Tribunal Federal pacificou o seu entendimento, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 32/11.09.2001, no sentido de

⁷³⁶ Constituição do Brasil. “Art. 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 houver instituído ou aumentado*”.

⁷³⁷ Constituição do Brasil. “Da Seguridade Social. Art. 195. (...) § 6. *As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.*”

⁷³⁸ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. “Art. 35. (...) § 2 *Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas: I- o projeto de plano plurianual, para vigência até final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa; II- o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa; III- o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.*”

Constituição do Brasil. Texto Permanente. “Art. 57. *O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro. § 1º. As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente, quando recaírem em sábados, domingos ou feriados. § 2º. A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.*”



que o prazo requisitado pelo princípio da anterioridade tributária devia computar o período a partir da edição da medida provisória, acaso a mesma venha a ser convertida em lei.

Um exemplo, entre tantos, está no Acórdão do Supremo Tribunal Federal, onde se diz: “O prazo de noventa dias, previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, flui, no caso, a partir da data da Medida Provisória nº 86, de 25.09.89, convertida na Lei nº 7.856, de 25.10.89. A legitimidade da aplicação da nova alíquota, no exercício de 1990, sobre o lucro apurado a 31 de dezembro de 1989. Orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs. 197.790-3 e 18.664-3. (...)” (Recurso Extraordinário nº 182.574. Rio Grande do Sul. Diário de Justiça 25.04.97, p. 15.219. Ementário Vol. 1866-05, p. 1015. Relator Ministro NERI DA SILVEIRA. Julgamento da 2ª Turma em 25.02.97. Unânime.)

De fato, isto não traz muita novidade, dado que, no regime jurídico submetido à Constituição de 1967/69, que consagrava o Decreto-lei, o Supremo Tribunal Federal já havia consentido na sua utilização em matéria tributária, embora apontasse a necessidade de se observar o que chamava de princípio da anualidade. (*Observação: a terminologia anualidade, aqui, vem confundida; pois a referência mais adequada seria à anterioridade, dado que o princípio da anualidade implica em que o tributo não deva ser cobrado em cada exercício financeiro sem prévia autorização orçamentária. E a última Constituição do Brasil a fazer esta exigência foi a de setembro de 1946, no art. 141⁷³⁹*).

Um exemplo significativo do que falo está nos Arestos do Supremo Tribunal Federal a respeito do FINSOCIAL, que foi matéria amplamente discutida no Poder Judiciário brasileiro, havendo sido pacificada a Jurisprudência no sentido de que Decreto-lei poderia criar e majorar tributos.

Veja-se o Acórdão:

⁷³⁹ Constituição de setembro de 1946. “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 34. Nenhuma **tributo** será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; **nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária**, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.” (grifei)



“FINSOCIAL. Decreto-lei 1940, de 25 de maio de 1982. Caracterizada a sua natureza tributária, legitima-se a observância do princípio da anualidade, art. 153, § 29, da Constituição Federal (1967769).

Pacificou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Decreto-lei, em nosso sistema constitucional, observados os requisitos estabelecidos pelo art. 55, da Constituição, pode criar e majorar tributos. Recurso Extraordinário nº 103778. Distrito Federal. Diário de Justiça 13.12.85, p. 23210. Ementário Vol. 1404-03, p. 354. Relator Ministro CORDEIRO GUERRA. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 18.09.85.” (grifei)

Contudo, no regime jurídico atual, pedindo respeitosa *venia*, isto pode implicar em, ainda mais, reduzir-se a segurança exigida do direito, dado que será, sempre, uma incógnita a aprovação de uma dada medida provisória.

Prosseguindo-se.

Não faz sentido dizer que não cabem medidas provisórias em matérias passíveis de regulação até mesmo por decreto, como é o caso do contido no art. 153, § 1º, que diz: “Dos Impostos da União. Art. 153. (...) *É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas do imposto de importação de produtos estrangeiros; do imposto de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; de imposto sobre produtos industrializados e de imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.*” Até mesmo porque estes tributos não se sujeitam ao princípio da anterioridade tributária., nos termos do art. 150, § 1º, da Constituição de outubro de 1988.

A questão, aí, não é de descabimento, mas de falta de interesse por utilizá-la.

Quanto à matéria penal, parece-me que, atualmente, ocorra um razoável consenso pela não utilização destas medidas quer para criar novos tipos penais, quer para aumentar penas (art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”).

Como um reforço do que digo, aponto o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e prestigiado penalista nacional, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, que é taxativo na afirmativa de que medida provisória não é lei, não podendo instituir crime ou agravar pena, embora haja a necessidade de se manter alerta a cidadania.



De fato, ele defende que se estenda a proibição da lei delegada, para tratar dos direitos individuais (art. 68, § 1º, II, da Constituição de outubro de 1988), às medidas provisórias, considerando estas uma espécie do gênero *lei delegada*.

Embora não concorde com o motivo jurídico exposto, também concluo pela inadequação das medidas provisórias para a criação de novos tipos penais e para a agravamento de penas. Esta era a minha postura inclusive antes da Reforma de setembro de 2001.

Isto porque a liberdade perdida jamais será reparada, apresentando-se insuficiente qualquer reposição econômica. A perda da liberdade é algo definitivo.

Quem a perdeu, e no intervalo que a perdeu, tem esta situação como inalterável; portanto, impassível por privação decorrente de um instrumento provisório. As medidas de caráter acautelatório, tal como vejo as medidas provisórias, não devem trazer consequências sem reposição equivalente.

Mas, ainda que com fundamentos diversos, reproduzo as palavras de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, que, defendendo para a medida provisória a natureza jurídica de lei delegada, conclui pela impossibilidade de delegação em se tratando de direitos individuais, tal como a liberdade: “A Constituição de 1988, no art. 62, substituiu o decreto-lei pela medida provisória, sem tradição no direito brasileiro, e não estabeleceu, de modo expresso, limites objetivos para a edição desta última, exigindo apenas ‘relevância e urgência’, requisitos genéricos e pouco confiáveis. Parece-nos, contudo, que a exigência de lei formal, em sentido estrito, permanece e deve permanecer, entre nós, por duas ordens de consideração: 1ª a medida provisória, pelos seus contornos constitucionais, é espécie do gênero ‘lei delegada’, de eficácia condicionada à expressa aprovação do Congresso Nacional; 2ª a Constituição veda delegação em matéria de legislação sobre direitos individuais (art. 68, § 1º), dentre os quais se destaca, de modo maiúsculo, o direito à liberdade, enunciado no ‘caput’ do art. 5º e explicitado em vários dos incisos da proclamação dos direitos e garantias fundamentais. Tal vedação será atingida, por via reflexa, se permitida a criação de tipos penais por medida provisória.”

E arremata FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, reforçando a necessidade de lei formal para a fixação de crimes e de penas, senão por outro motivo, ao menos por sofridas fundamentações históricas: “Ora, a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX). (...).



Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição em série dessas medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos ‘leis’ de segurança nacional, o que poderá sugerir, a qualquer momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por ‘medida provisória’. Fiquemos, pois, com o princípio da reserva legal em suas linhas tradicionais. Disso não teremos que nos penitenciar, um dia, como ocorreu em alguns países da Europa, em épocas de triste memória.”⁷⁴⁰

Enfim, quero dizer que, em nome do princípio da segurança jurídica, não pode haver a instituição de crime ou pena – nem tampouco a sua agravação – por via de medida provisória (art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”).

Feitas estas observações quanto aos limites materiais constitucionalmente fixados para as medidas provisórias, tal como o ordenamento jurídico nacional se encontra, passo a um outro tormentoso tema, que é o da responsabilização do Estado por medidas provisórias constitucionais e também inconstitucionais.

Antes disto, porém, anexo as principais mudanças no regime jurídico constitucional das medidas provisórias brasileiras.

⁷⁴⁰ TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1994, ps. 24-25.



PRINCIPAIS MUDANÇAS NA EDIÇÃO DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS BRASILEIRAS



Principais Mudanças na Edição das Medidas Provisórias Brasileiras

TEXTO ORIGINAL		EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001
30 dias	Prazo de Vigência	60 dias, prorrogáveis por mais 60
Podem ser reeditadas várias vezes	Reedição	Proibida
Não podem tratar de matéria penal nem assuntos que tenham sido objeto de emendas constitucionais, entre outros	Conteúdo das MP's	Além das atuais, não poderão versar sobre orçamentos, ativos financeiros, poupança popular, seqüestro de bens, temas regulamentáveis por meio de lei complementar, entre outros
30 dias, podendo ser reeditada	Prazo para Votação pelo Congresso	45 dias, sob pena de trancar a pauta de votações
As MP's são analisadas no Congresso por comissão mista de senadores e deputados	Tramitação	A tramitação sempre se iniciará pela Câmara e a votação será separada nas duas casas



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS

“A aproximação entre confiança e boa fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa fé.” (CORDEIRO, ANTÔNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES. Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, p. 1241)

Este tema vem sendo pouco explorado pela doutrina nacional.

Ora, é preciso ter confiança no direito veiculado pelo Estado.

Quando esta confiança é quebrada, é possível que existam consequências não apenas de foro interno.

Disse MARCELO REBELO DE SOUSA que *a Constituição podia e pode apontar um rumo, mas tudo depende da vontade política do legislador ordinário.*⁷⁴¹

Mas é perfeitamente identificável que o legislador subconstitucional não está livre.

Não pode desconsiderar os rumos constitucionais.

Estes rumos vêm sendo, substancialmente, ampliados na evolução do Estado de Direito, tal como leciona o mesmo MARCELO REBELO DE SOUSA, atingindo os direitos econômicos, sociais, culturais etc.

⁷⁴¹ SOUSA, MARCELO REBELO DE. Prefácio do Presidente do PSD a *Uma Constituição Moderna para Portugal (a Constituição da República revista em 1997, anotada por LUÍS MARQUES GUEDES)*, p. 23.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA: “O *Estado Social de Direito* *alarga substancialmente a regulamentação dos direitos económicos, sociais e culturais e tenta integrar a complexificação das tensões entre as classes sociais.*”⁷⁴²

Portanto, na edição de uma medida provisória é preciso ter em conta de preocupação os limites constitucionais.

HANS Kelsen, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, já advertia que o direito regula a sua própria criação, inclusive quanto ao conteúdo, estando a norma criada subordinada àquela que a autoriza.

Nas palavras de HANS Kelsen, *o direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo por que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. (...) A norma que determina a criação de outra é a norma superior a esta, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação constitui o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas.*⁷⁴³

Pois bem, isto faz retirar a indagação que justifica este Capítulo.

Sendo o Poder Executivo federal, na pessoa do Presidente da República (art. 62), o emitente das medidas provisórias, naturalmente estas poderão ser havidas tanto como constitucionais, quanto também como inconstitucionais; entendida a Constituição como a norma superior ou subordinante.

Havendo um prejuízo delas decorrentes, poderá haver, também, responsabilidade do Estado perante aquele que sofreu o dano ?

⁷⁴² SOUSA, MARCELO REBELO DE. Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português (Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-políticas na Faculdade de Direito de Lisboa). Braga. Livraria Cruz. 1983, p. 44.

⁷⁴³ Vide Kelsen, HANS. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. México. Editora Imprensa Universitaria, 1958, p. 146.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Em relação ao ato judiciário típico, que é a sentença, existe regulamentação específica no Código de Processo Civil brasileiro, o art. 133; e, na própria Constituição de outubro de 1988, o art. 5º, inc. LXXV.

Veja-se o que eles dizem:

“Constituição do Brasil.

Art. 5º (...)

(...)

LXXV- o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

“Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 5.869, de 11.01.73)

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz quando:

I- no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II- recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo Único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no número II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias.”

Portanto, o próprio juiz, que proceder dolosamente, chega a ter a responsabilidade legal de responder por isto, inclusive por perdas e danos.

E, quanto aos atos legislativos, existiriam consequências similares em relação ao Estado ou ao Presidente da República, ao editar uma medida provisória ? É a pergunta que se faz.

Como se verá mais à frente, ao menos na doutrina, as respostas são controversas⁷⁴⁴.

⁷⁴⁴ Veja-se o que diz MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, em sua *A Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, especialmente em torno do direito português: “CONCLUSÃO. 1. Uma reflexão global que se faça hoje sobre o tema da responsabilidade concluirá que ela está estreitamente ligada à cultura ocidental, apresentando-se como um conceito-chave da teoria do Estado de Direito moderno. Se, após o Renascimento, a sociedade forjou e moldou um conceito de poder, hoje imprescindível ao desenvolvimento social e



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



E não se pense que apenas se cogita de responsabilidade do Estado em razão de medidas inconstitucionais, pois chegam a existir defensores da dita responsabilidade por medidas provisórias constitucionais danosas.

A tradição maior neste assunto, no Brasil, não reside, obviamente, em torno das medidas provisórias, que se reportam a outubro de 1988 (data da promulgação do atual Texto Constitucional).

Por isto, tenho como, preliminarmente, aconselhável recordar do que vinha sendo lecionado quanto à responsabilidade por atos legislativos.

Ora, o ato legislativo mais típico é a própria lei, argumentando-se que, dificilmente, ela, na qualidade de norma abstrata e geral (*ver leis-medida mais adiante*), atuando sobre toda a comunidade, pudesse, singularmente, prejudicar o particular.

A ocorrência do prejuízo ao particular, em razão do ato legislativo, só por exceção poderia ocorrer.

Mesmo assim, haveria, ainda, a necessidade de se comprovar a culpa do Estado.

político; se, após as Revoluções Liberais, a sociedade procurou conciliar o poder com a liberdade, logo tornada uma conquista irreversível dos povos ocidentais, ao Estado Social de Direito coube tornar claro que ao poder e à liberdade era necessário acrescentar algo mais, se, na verdade, se pretende atingir o aperfeiçoamento da sociedade. Esse algo mais é a responsabilidade. Um dos grandes contributos do século XX para a compreensão e consciencialização da vida social e política reside no facto de construir o Estado de Direito por sobre uma ideia de equilíbrio entre poder/liberdade/responsabilidade. Estes conceitos, que emergem da comunicação, ligam os elementos da sociedade numa teia de relações estreitas, através de proposições de dever cujo cumprimento funda o clima de confiança indispensável à concretização da paz social através da justiça, finalidades por excelência do Estado de Direito. (...)

5. Na ausência de lei ordinária concretizadora, a jurisprudência portuguesa tem apreendido o normativo constitucional, reconhecendo a possibilidade do Estado ser responsabilizado por actos legislativos, políticos e jurisdicionais ilícitos, pese embora as dúvidas sobre qual a jurisdição competente para conhecer e julgar estas situações.” - Grifei (GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS. A Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas. Conselho Económico e social. Lisboa. 1997, ps. 91 e 95)



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



E, no regime democrático, sendo o próprio povo que escolhe os seus representantes para o Legislativo, e, também para o Executivo (sistema presidencialista de governo), ficaria a responsabilidade do Estado, por atos legislativos, no campo da culpa indemonstrável.

Ademais, trataria-se de um ato político; e, portanto, insindicável pelo Poder Judiciário.

Não é outra a opinião de HELY LOPES MEIRELLES, como declino a seguir, ao negar indenizações simplesmente com base em normas gerais e abstratas, prescindindo-se do exame de cada caso particular: *“O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade.”*⁷⁴⁵

E, continua o seu raciocínio, ressaltando a excepcionalidade de uma lei inconstitucional atingir o particular, causando-lhe prejuízo. Mesmo assim, adverte pela necessidade de comprovação da culpa do Estado, o que não seria aferível em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da atual Constituição), onde é o próprio povo que escolhe os seus representantes.

Ao final, ressalva um Acórdão do Supremo Tribunal Federal, onde se decidiu pela responsabilidade da Administração por Decreto havido como inconstitucional.

Novamente com a palavra HELY LOPES MEIRELLES: “Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular ‘uti singuli’, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessário se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se nos afigura indemonstrável, no regime democrático em que o próprio povo escolhe os seus representantes para o Legislativo. Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública, se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função

⁷⁴⁵ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 15ª ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1990, ps. 553-554.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



legislativa, e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agentes políticos ? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública, por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional. O que o Supremo Tribunal Federal já admitiu foi a responsabilização da Administração por ato baseado em decreto, posteriormente julgado inconstitucional (Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo. 20/42). Mas decreto, embora com efeitos normativos, não é lei, como erroneamente está dito na Ementa deste julgado.”⁷⁴⁶

Feitas as ponderações daquele que foi um dos mais divulgados administrativistas do Brasil, nas três últimas décadas, quero destacar dois pontos:

1. Na Constituição de outubro de 1988, estão previstas duas oportunidades onde são apontadas responsabilidades objetivas. A mais conhecida é a que se encontra no § 6º, do art. 37. A outra está no art. 21, inc. XXIII, al. “c”.

Veja-se estes dois dispositivos:

“Da Administração Pública. Disposições Gerais. Art. 37. (...) § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

“Da União. Art. 21. Compete à União: (...) XXIII- explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: (...) c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”.

Após este relato constitucional, tenho como demonstrada a inexistência de responsabilidade objetiva por atos legislativos, dado que não há nenhuma referência constitucional a isto. Contudo, reconheço a presença de opiniões contrárias, tais como vêm mais a seguir.

⁷⁴⁶ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 15ª ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1990, ps. 553-554.



2. Sobre a aparente afirmação de que toda lei é norma abstrata e geral, tal como o assevera HELY LOPES MEIRELLES nos trechos indicados.

Os autores portugueses naturalmente advertem que apenas certas leis exigem as características da generalidade e da abstração, esclarecendo o modo como deve ser entendida cada uma delas. Aqui, fala-se em *leis-medida*.

MARCELO REBELO DE SOUSA diz que o toque fundamental é a indeterminabilidade, e entendo como indeterminabilidade o cariz de isonomia: “A generalidade e a abstração são exigidas pela Constituição apenas para certas leis – as relativas a direitos, liberdades e garantias (art. 18º, nº 3) -, mas não para todas as leis. Assim, no nosso Direito, são múltiplas as leis dirigidas a regiões, categorias de cidadãos ou de grupos sociais (as chamadas leis-medida). (...) A abstração corresponde à indeterminabilidade das situações de facto a que a lei é aplicável, ao passo que a generalidade respeita à indeterminabilidade dos seus destinatários, sejam estes indivíduos ou entidades por eles constituídas. Uma e outra se fundam numa indeterminabilidade que é apurada no momento da criação da lei. E sublinhe-se que o que importa é, de facto, esta ideia de indeterminabilidade, e não a de indeterminação.” (grifei)

Continua o seu raciocínio, de onde retiro a mesma necessidade de isonomia, independente de a situação ser *a priori* indeterminável ou não: “Pode haver indeterminação e, no entanto, haver situações de facto ou destinatários determináveis, não se podendo então falar em abstração e generalidade. (...) O que interessa, portanto, é sempre a indeterminabilidade ou, por outras palavras, a insusceptibilidade de determinação. São, por isso, leis meramente formais as leis individuais e as chamadas leis-medida, ou seja, aquelas que são chamadas a resolver um problema levantado por uma situação concreta ou por um conjunto de situações previamente determinadas.” (grifei)⁷⁴⁷

Embora sob esta ressalva, ainda seria possível manter a idéia-matriz de HELY LOPES MEIRELLES, no que concerne à responsabilidade do Estado por atos legislativos, dado que, também quanto às leis chamadas *medida*, em um regime democrático, é o próprio povo que escolhe os seus representantes.

E são estes quem as criam.

⁷⁴⁷ SOUSA, MARCELO REBELO. Introdução ao Estudo do Direito. Obra citada. 1998, ps. 41 e 45.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Mas isto ainda permite alguns desenvolvimentos.

Por exemplo.

Utilize-se a idéia de LINCOLN de que a democracia, em sua forma representativa, implica em um governo do povo, pelo povo e para o povo⁷⁴⁸.

Ou como diz a Constituição do Brasil de outubro de 1988, no seu art. 2º, Parágrafo Único: “Art. 2º. (...) Parágrafo Único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ Sobre o que seja o povo, como ocorre em praticamente tudo em direito, há entendimentos variados. Por exemplo, é o que diz SANTI ROMANO: “O terceiro elemento essencial do Estado é o conjunto das pessoas que, pela sua dependência a ele, constituem-lhe os cidadãos ou os súditos permanentes, isto é, o povo. E por povo se entende não apenas os indivíduos que existem em um determinado momento, mas a sua coletividade, considerada em seu complexo e na sua unidade, que não se torna menor nem se modifica com a incessante mutação de seus componentes. (...) Nega-se que o povo seja um elemento do Estado através da consideração de que o elemento de uma pessoa jurídica deve ser aquele que constitui a sua vontade: portanto, não o povo, mas somente aquelas pessoas que são prepostas ao governo do Estado, isto é, o conjunto dos seus funcionários, seriam os seus elementos Naturalmente, tal opinião perde seu fundamento quando a definição do Estado como comunidade se delineia sem considerar a qualidade de pessoa jurídica, que ele pode não ter, não tem tido por muito tempo, e, em poucas ordenações, não tem nem mesmo presentemente. Dever-se-á acrescentar que tal opinião é contrária ao conceito do Estado, o qual resulta do direito positivo, assim como à tradição que sempre atribuiu grande importância a esse elemento, não só considerando-o, justamente, como o mais importante, mas também, às vezes, exagerando-o até ao ponto de fazê-lo coincidir com o próprio Estado; é evidente que os gregos designavam, frequentemente, um Estado com o nome plural de seus cidadãos (os Atenienses, os siracusanos etc.) e os romanos empregavam para tal fim também a palavra ‘populus’; analogamente, para os franceses ‘nação’ é sinônimo de Estado.” (ROMANO, SANTI. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de MARIA HELENA DINIZ. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1977, ps. 67-68).

⁷⁴⁹ Entre os instrumentos de exercício direto da democracia, tem destaque o referendo. A atual Constituição da República Portuguesa, no seu art. 115º, trata deste instituto, que apenas *pode ter por objeto questões de relevante interesse nacional, que devam ser decididas pela Assembléia da República ou pelo Governo através de convenção internacional ou ato legislativo* (art. 115º, 3). No item 4, do mesmo artigo constitucional, ficam dispostas as matérias sobre as quais há a exclusão do âmbito do referendo, a saber: *as alterações da Constituição; as questões e os atos de conteúdo*



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Ora, se um prejuízo advier ao indivíduo em face da deliberação do povo, nada mais natural seria do que responsabilizar o próprio povo pelos prejuízos sofridos.

Isto garantiria a todos, pois ninguém estaria imune aos danos.

De fato, todas as leis precisam atender a critérios de isonomia, sob pena de incorrerem em vícios de inconstitucionalidade por favoritismos e perseguições.

Desta ordem, mesmo não sendo necessário à lei ser geral e abstrata, precisaria ser isonômica; ou, dito de outra maneira, precisaria atender ao rumo constitucional.

Isso porque a isonomia não é apenas um direito, é também um dever, cabendo a todos contribuir com a sua parte para as despesas desta proteção.

Assim, se ninguém quer vir a ser lesado pelo Estado (direito), quando alguém o for, é razoável que todos arquem com as despesas desta proteção (dever), mesmo que, após, exerça-se o direito de regresso contra o responsável que houver agido com dolo ou culpa⁷⁵⁰.

Em outras palavras, é regra geral que a todo direito corresponda um dever.

São as palavras de MARTIM DE ALBUQUERQUE, em seu Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência, logo após haver feito referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (arts. 1º e 6º), e sublinhado o anseio constitucional americano de consagrar a igualdade: “Mas, em verdade, foi na América que pela primeira vez os textos básicos consagraram constitucionalmente a igualdade. É certo que a Constituição de 1787 se limita a abolir os títulos de nobreza (art. 1º, Seção 9, in fine) (...) Mas as constituições de alguns estados, no espírito da Constituição comum, colocarão as

orçamental, tributário ou financeiro; as matérias da competência da Assembléia da República; as matérias da reserva absoluta de competência legislativa, à exceção das bases do sistema de ensino.” O item seguinte (5) estabelece exceções a isto em face do relevante interesse nacional que deva ser objeto de convenções internacionais, à exceção de questões de paz e da retificação de fronteiras.

⁷⁵⁰ Constituição do Brasil. “Art. 37. (...) § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o **direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.**” (grifei)



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



outras pedras, as pedras complementares (ver, neste mesmo sentido, FERNANDO ALVES CORREIA, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade. Coimbra. Almedina. 1989, ps. 394-395)."

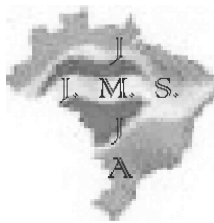
E, continua MARTIM DE ALBUQUERQUE, após apresentar o art. 1º, 1ª Parte da Constituição de Massachusetts de 1780⁷⁵¹, ratificando a mensagem isonômica do Texto Constitucional, e advertindo que não se deve pensar só nos direitos, sendo tão importantes quanto eles os deveres: *"Os artigos subsequentes contêm, aliás várias aflorações do princípio da igualdade, que, se vem concebido em sede direitos naturais, essenciais e inalienáveis; comporta, igualmente, enquadramento na área do dever. É este um aspecto que importa relevar. De feito, a Primeira Parte da Constituição de Massachusetts de 1780, subordinada à epígrafe «Declaração dos direitos dos habitantes da república do Massachusetts», contém, por exemplo, lado a lado com a afirmação do direito de todos à proteção da vida, da liberdade e da propriedade, a obrigação, consequente, de cada qual «contribuir da sua parte para as despesas desta proteção», bem como «prestar o seu serviço pessoal, ou em equivalente, quando for necessário»."*⁷⁵² (grifei)

Em resumo, não se pode pretender direitos se não forem assumidos deveres⁷⁵³.

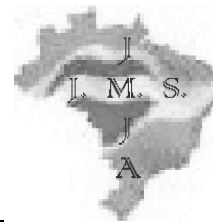
⁷⁵¹ *"Todos os homens nasceram livres e iguais, e têm certos direitos naturais, essenciais, e inalienáveis, e entre eles se deve contar primeiramente o direito de gozar da vida e liberdade, e o de defender uma e outra; depois destes, o direito de adquirir propriedades, possuí-las, e protegê-las, em fim o direito de obter a sua segurança e a sua felicidade."* (Constituição de Massachusetts, de 1780, art. 1º, Parte 1ª).

⁷⁵² ALBUQUERQUE, MARTIM DE. Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência (com a colaboração de EDUARDO VERA CRUZ – assistente da Faculdade de Direito de Lisboa). Coimbra. Livraria Almedina. 1993, ps. 45-47.

⁷⁵³ À parte do caminho que persigo, veja-se algumas reflexões sobre o assunto de JOSÉ CASALTA NABAIS, em O Dever Fundamental de pagar impostos – Síntese das principais Teses. Parte I – Introdução – Dos deveres fundamentais. Capítulo Preliminar – O tema dos deveres fundamentais: *"O tratamento constitucional e dogmático dos deveres fundamentais tem sido descurado nas democracias contemporâneas. O esquecimento a que têm sido votados os deveres fundamentais é manifestamente visível quando confrontado com o tratamento dispensado aos direitos fundamentais que dispõem hoje de uma desenvolvida disciplina constitucional e de uma sólida construção dogmática, e explica-se, basicamente e por via de regra, pelo ambiente de militantismo antitotalitário e antiautoritário que se vivia aquando da aprovação das actuais constituições. (...) O entendimento adequado dos deveres fundamentais rejeita simultaneamente os extremismos de um liberalismo que só reconhece direitos e esquece a responsabilidade comunitária dos indivíduos e de*



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



É uma questão de equilíbrio.

Os deveres decorrem dos direitos. Ou, dito de outro modo, o titular de um direito não deve perder de vista o reconhecimento e o respeito em relação ao direito do outro, necessitando compreender que a dignidade do outro deve ser tão exaltada quanto a sua própria.

A partir daí, é possível argumentar no sentido de que qualquer ação ou omissão que cause dano obriga que se indenize o prejudicado.

Se assim o é em relação aos particulares, há de se defender o mesmo em relação ao Estado.

Nesta linha de argumentos, é que se começa a pretender a responsabilidade do Estado pela edição de medidas provisórias inconstitucionais.

E não falo, agora, dos tais crimes de responsabilidade do Presidente da República (arts. 85-86, da atual constituição), conforme, anteriormente, já foi desenvolvido.

Refiro-me à tutela ressarcitória, conforme a preferência terminológica de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, em *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Ilícitos*.

Disse JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, a respeito das exigências para uma tutela ressarcitória: *“a violação das normas de competência ou de processo de formação das leis não é de per si um sacrifício grave e, por isso, não pode fundamentar autonomamente uma pretensão indemnizatória. Todavia, se porventura se constatar uma lesão grave e anormal da posição jurídica do cidadão, ocasionada por leis formalmente inconstitucionais, o fenómeno reparatório obedecerá aos mesmos princípios das leis constitucionais. Deverá reconhecer-se uma tutela ressarcitória quando os danos provocados por actos formal ou organicamente inconstitucionais foram de tal modo graves*

um comunitarismo que dissolve a liberdade individual numa teia de deveres.” (NABAIS, JOSÉ CASALTA. O Dever Fundamenta de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra. Livraria Almedina. 1998, p. 673).



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



que eles seriam indenizáveis mesmo no caso de serem impostos por actos irrefutavelmente válidos.”⁷⁵⁴

A contestação de que se isto é assim fora do Brasil, não significa que o seja no Brasil, merece a réplica de que *“o estudo dos direitos positivos estrangeiros, a que se dedicam as investigações de Direito comparado, pode fornecer úteis sugestões à interpretação, à aplicação, à integração, à valorização crítica e à construção de cada Direito positivo nacional (...) não só pelas semelhanças, mas até pelas diferenças as investigações de Direito comparado constituem para o jurista um meio de apurar o conhecimento da realidade jurídica e o humano sentido das proporções.”⁷⁵⁵*

Em outras palavras, o estudo dos direitos estrangeiros pode ser útil, sobretudo quando feito com a cautela de conciliá-lo com o espírito atualizado do direito nacional.

Se, antigamente, este raciocínio era válido⁷⁵⁶, tanto mais hoje com o fenómeno da globalização, que vem implicando na aproximação dos sistemas jurídicos.

É preciso que cada um dos sistemas seja feito conhecido, reduzindo-se as normais dificuldades de comunicação.

Feitas estas observações, continuo com o estudo, atentando para o que dizem alguns dos autores que se debruçaram sobre o tema em comento; ou seja, o prejuízo patrimonial, decorrente de atos legislativos, suscitando a consequente reparação econômica.

⁷⁵⁴ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra. Livraria Almedina. 1974, p. 158.

⁷⁵⁵ GUEDES, ARMANDO M. MARQUES. Ideologias e Sistemas Políticos. Lisboa. Instituto de altos Estudos Militares. 1981, ps. 303-304.

⁷⁵⁶ *“A história do direito é muitas vezes tratada com um condescendente desdém, por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são frequentemente acusados de pedantismo ... Uma apreciação deste género não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançamos no direito civil, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a única capaz de explicar o que as nossas instituições são as que e porque é que são as que existem. H. DE PAGE, Traité de droit civil belge, t. VI, Bruxelles 1942, 806”. Extraído de GILISSEN, JOHN. Introdução Histórica ao Direito. Tradução de A. M. HESPANHA e L. M. MACAÍSTA MALHEIROS. 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1995, p. 13.*



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



À frente, defende-se que o amplo acesso ao Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, não deveria encontrar restrições, ainda mais quando a lei houver sido declarada inconstitucional pelo próprio Poder Judiciário.

Na realidade, para a reparação patrimonial, bastaria a exigência da perquirição do caso concreto.

São exemplos representativos desta corrente de pensamento:

1. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI: *“a nulidade da lei ou de apenas alguns de seus dispositivos, por violar garantias constitucionais, justifica a responsabilidade quando, de sua aplicação, resultar prejuízo patrimonial. É a consequência lógica da aplicação de uma lei que, em todo ou em parte, é inexistente porque fere de frente a norma constitucional.”*⁷⁵⁷

2. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR: *“Se da lei inconstitucional resulta dano ao particular, caberá a responsabilidade ao Estado, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. Sendo a lei, em regra, comando genérico e abstrato, texto impessoal de generalidade máxima, o dano aos particulares emergirá de atos concretos praticados em decorrência da lei inconstitucional, exceto no caso raro de leis que determinem situações jurídicas individuais, que é a hipótese da ‘pseudolei em tese’, texto que, sob a forma de regra geral e abstrata, acaba enquadrando o caso particular. Imprescindível, porém, é que se verifique o nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido.”*⁷⁵⁸

3. YUSSEF SAID CAHALI: *“A lei inconstitucional legitima a pretensão indenizatória, pois neste caso a responsabilidade resulta virtualmente.”*⁷⁵⁹

4. AMARO CAVALCANTI: *“uma vez que apurado que, da execução de uma lei, nula, inconstitucional ou inválida, resultou lesão ao direito individual, já não*

⁷⁵⁷ CAVALCANTI, THEMÍSTOCLES BRANDÃO. Tratado de Direito Administrativo. 5ª ed. Rio de Janeiro. Editora Livraria Freitas Bastos. 1964, p. 437.

⁷⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Responsabilidade do Estado por ato legislativo, extraído da Revista de Direito Público, 71/64.

⁷⁵⁹ CAHALI, YUSSEF SAID. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1982, p. 226.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



seria lícito afirmar, ao menos de modo absoluto, que o Estado não deve indenização alguma pelo mal resultante do semelhante ato. (...) Decerto, declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, Estado ou Município a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo-se aquilo que indevidamente foi exigido, quer satisfazendo-se os prejuízos, provadamente, sofridos pelo indivíduo com a execução da leis suposta.”⁷⁶⁰

5. JUARY C. SILVA: “como princípio geral, as leis consideradas inconstitucionais devem acarretar a responsabilidade do Estado, na medida em que causem prejuízos, diretos ou indiretos, a outrem. (...) cabe ao prejudicado o acesso ao Judiciário, com o escopo de pleitear o ressarcimento dos danos sofridos, na conformidade dos princípios genéricos que denominam a teoria da responsabilidade do Estado. Sobre isso, não deve pairar dúvida, em relação ao moderno Estado Democrático de Direito, no qual todas as atividades se devem processar conforme o Direito. Editando lei inconstitucional, o Estado, através de seus órgãos legislativos, age contra o Direito, e daí o dever de arcar com o ressarcimento dos danos disso provenientes. Negar essa responsabilidade equivaleria a colocar a função legislativa acima do Direito, o que não é coerente com o moderno Estado de Direito, nem se justificaria de qualquer modo, assente que o Estado deve responder por seus atos, como Poder Público, sem distinguir-se entre as diversas funções mediante as quais ele atua.”⁷⁶¹

6. HÉLIO HELENE: “Em conclusão, sustentamos que o Estado é civilmente responsável por atos desempenhados pelos legisladores, na função específica de legislar, quando tais atos causarem danos aos particulares, quer se trate de dispositivo inconstitucional ou constitucional. No primeiro caso, o dever de ressarcimento tem por fundamento a própria ilicitude do ato legislativo que afrontar a Constituição; no segundo caso, tomará por fundamento a igualdade da distribuição dos encargos públicos, princípios de justiça e, pois, de equilíbrio social.

⁷⁶⁰ CAVALCANTI, AMARO. Responsabilidade Civil do Estado. Atualizado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS. Editora Borsoi. Rio de Janeiro. 1957, p. 313.

⁷⁶¹ SILVA, JUARY C. A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos. São Paulo. Editora Saraiva. 1985, p. 261.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Confiar a decisão sobre o ressarcimento de danos causados por ato legislativo parece a maneira mais adequada de enfrentar o problema, mesmo porque a divisão de poderes é um dos meios instrumentais de garantir o Estado de Direito. Só o Judiciário poderá corrigir os efeitos dos atos legislativos, no em que eles se afastem do critério de justiça.”⁷⁶²

7. RUI MEDEIROS: “o princípio do Estado de Direito pode, excepcionalmente, fundamentar uma pretensão autônoma de indenização contra o Estado legislador. Assim, deve admitir-se o direito à reparação dos danos, especialmente graves que resultem da violação não culposa de direitos, liberdades e garantias, em especial, se o exercício não pode ser suspenso em estado de sítio ou em estado de emergência (art. 19, 6, CRP).

Além disso, deve reconhecer-se o direito à indenização dos danos causados por actos legislativos inconstitucionais não culposos que afectem intencionalmente o conteúdo essencial de direitos subjetivos patrimoniais dos particulares.”⁷⁶³

E não se pense que a matéria haja ficado apenas nos meandros doutrinários.

O Supremo Tribunal Federal, embora de maneira não sequenciada, chegou a enfrentar o tema, tal como fiz observar anteriormente, através do indicativo de HELY LOPES MEIRELLES.

Por isto, tenho como oportuna a reprodução do Recurso Extraordinário nº 8.889, constante na Revista de Direito Administrativo 20/42, citado por HELY LOPES MEIRELLES.

O Ministro CORDEIRO GUERRA adotou, entre as suas razões de voto, a linha de raciocínio no sentido de que o ato concreto da aplicação da lei, acaso provoque prejuízos; estes serão, perfeitamente, ressarcíveis.

⁷⁶² HELENE, HÉLIO. Da responsabilidade do Estado por ato legislativo (Tese de Doutorado). Extraído de CLÉLIO CHIESA. Medidas Provisórias – o regime jurídico constitucional. Obra citada. 1996, p. 84. Nota de rodapé.

⁷⁶³ MEDEIROS, RUI. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Coimbra. Livraria Almedina. 1992, p. 331.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



As razões são extensas, mas como se costuma citar esta Decisão, ao se tratar da responsabilidade do Estado por atos legislativos, muitas vezes não demonstrando o seu exato teor, acredito que seja de boa recomendação esclarecer em que ela realmente consiste.

Trata-se de uma empresa de ônibus, ou de autocarro, como preferem os portugueses, que impetrou um mandado de segurança contra a cobrança de um tributo que considerava indevido. A punição pelo não pagamento, estatuída normativamente, foi a perda da licença; o que lhe causou prejuízos.

Note-se que isto era um contra-senso, dado que, fechado o estabelecimento, limitava o Estado a possibilidade de receber a prestação, na hipótese do seu êxito judicial.

Afinal, fechada a empresa (*sanção política*), seria mais difícil arranjar recursos para pagar a dívida que viesse a ser confirmada⁷⁶⁴.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, recorrendo ao Código Civil brasileiro (art. 158)⁷⁶⁵, decidiu em favor da indenização.

Note-se que houve um ato concreto, e foi ele que provocou o prejuízo indenizável.

⁷⁶⁴ “De fato, a **Súmula nº 323, do Supremo Tribunal Federal** enuncia que ‘**é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos**’. No entanto, para tornar operativo esse entendimento, a jurisprudência tem feito um discernimento entre ‘apreensão’ e ‘retenção’, admitindo, em linha de princípio, aquela, e considerando ilegal a retenção das coisas apreendidas **além do tempo necessário para assegurar a prova material da falta.**” – grifei. COSTA JÚNIOR, PAULO JOSÉ DA. e DENARI, ZELMO. *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*. São Paulo. Editora Saraiva. 1996, p. 80.

Ver, ainda, as Súmulas do Supremo Tribunal Federal nºs. 70 e 547, que vedam as chamadas *sanções políticas*: “**70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. (...) 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias, nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.**” (grifei)

⁷⁶⁵ Código Civil brasileiro. “Das Nulidades. Art. 158. *Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.*”



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Este posicionamento do Supremo Tribunal Federal faz surgir a perquirição de que, sendo tantas as medidas provisórias versando sobre matéria tributária, acaso uma delas venha a ser havida como inconstitucional pelo Poder Judiciário, haveria a responsabilidade do Estado pelos prejuízos concretos dela provenientes?

Ou, então, se o Congresso Nacional a recusasse pelo mesmo fundamento de inconstitucionalidade, haveria a responsabilidade do Estado pelos prejuízos sofridos em concreto?

Entendo que, na primeira hipótese, a resposta seja afirmativa.

Quanto à segunda hipótese, na melhor das perspectivas para o Estado, ainda restaria a confirmação da inconstitucionalidade pelo próprio Poder Judiciário.

Mas, volte-se à Decisão

É o seu teor.

“Responsabilidade civil do Estado. Declaração de inconstitucionalidade.

O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional.

Como se vê, quer do acórdão, quer da Declaração do voto do Desembargador PERCIVAL DE OLIVEIRA, a indenização foi negada pelo só fundamento de que os proprietários atingidos pelo procedimento fiscal não deveriam ter suspenso o tráfego de ônibus, cumprindo-lhe pagar a licença exigida, e repetir o indébito ulteriormente. (...) Esse fundamento é a premissa lógica da conclusão. Negou-se-lhe reparação, não porque esta não seja devida, por inexistente ou não provado o dano, mas por entender o ilustre Tribunal que os prejudicados deviam satisfazer a exigência fiscal e reclamar depois, solução pela qual deviam ter optado e menos gravosa ao Estado.

Entretanto, era direito deles resistir à imposição por meio de mandado de segurança, cujo objetivo era precisamente o de não pagar o tributo inconstitucional. Se dispunham desse meio coativo ou premonitório para coibir a prática ou a permanência da



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



ilegalidade, não estavam obrigados a sujeitar-se à exigência para depois obter a repetição do indébito.

A concessão pelo Supremo Tribunal Federal da segurança envolve o direito proclamado ou assegurado de não pagar o imposto exigido. E por via de consequência, o direito à reparação do dano apurado.

Pelo mandado de segurança se anula o ato ilegal; e anulado o ato, diz o art. 158 do Código Civil, ‘restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o convalescente.

Por outro lado, se o procedimento administrativo foi declarado inconstitucional, essa declaração abrange os fatos ocorridos e não somente os que posteriormente a ela se tenham verificado.

O mandado de segurança foi requerido, não preventivamente, mas para remover uma exigência já verificada, sob a sanção de proibição do tráfego. Negada a segurança, só mais tarde a obtiveram deste Tribunal os impetrantes; evidentemente esse julgado desconhece os efeitos produzidos pelo ato ilegal antes e depois. A reparação em princípio é devida. Os recorrentes obtiveram a anulação por inconstitucionalidade da exigência administrativa.

Por força desse julgado não estavam obrigados a pagar e promover a repetição do indébito, solução que se harmoniza com a concessão da segurança.

Eis porque conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar o acórdão recorrido. Bem de ver que os termos em que ponho a questão dizem respeito ao fundamento de que derivou a conclusão e somente a esse fundamento.

Outros pelos quais possa ser repelida a pretensão ajuizada ficam ressalvados no reexame da causa pelo ilustre Tribunal recorrido. Revista de Direito Administrativo 20/40)”

Não se pense, contudo, que Decisões que envolvem o tema que agora estudo sejam solteiras.

Não, não o são.

Mais recentemente, o Ministro CELSO DE MELLO pronunciou-se sobre o mesmo assunto.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal, CELSO DE MELLO, que reconhecia a imperiosidade da indenização nos casos de atos normativos inconstitucionais que provoquem interferências graves no patrimônio do indivíduo, devendo o Poder Público submeter-se ao dever jurídico de reconstruí-lo.

Nas palavras do próprio Ministro:

“Responsabilidade Civil do Estado – Lei Inconstitucional – Indenização.

O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar.

A elaboração teórica em torno da responsabilidade civil do Estado por atos inconstitucionais tem reconhecido o direito de o indivíduo, prejudicado pela ação normativa danosa do poder público, pleitear, em processo próprio, a devida indenização patrimonial.

A orientação da doutrina, desse modo, tem-se fixado, na análise desse particular aspecto do tema, no sentido de proclamar a plena submissão do poder público ao dever jurídico de reconstruir o patrimônio dos indivíduos cuja situação pessoal tenha sofrido agravos pelo desempenho inconstitucional da função de legislar.”⁷⁶⁶

Vistas a doutrina e a jurisprudência em torno da responsabilidade do Estado por medidas provisórias inconstitucionais, cabe, agora, aprofundar ainda mais o nosso estudo, e perquirir sobre se é possível falar em responsabilidade proveniente de **medidas provisórias constitucionais**.

Observe-se os argumentos neste sentido, desde já sob a ressalva de que, também neste assunto, é grande a divergência.

Entre os que se manifestam favoráveis, há graus de intensidade diversos.

Exemplo do que digo, extrai-se das exposições de MARIA EMÍLIA MENDES ALCÂNTARA e JOSÉ CRETILLA JÚNIOR.

⁷⁶⁶ Revista de Direito Administrativo 194/273 e Revista de Direito Administrativo 189/305.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



MARIA EMÍLIA MENDES ALCÂNTARA defende, embora admita que ousadamente, a equiparidade entre os atos administrativos e os legislativos.

Partindo desta convicção, resiste a aceitar que seja possível a responsabilidade pelo ato administrativo lícito, e que o mesmo não ocorra perante o dano decorrente do ato legislativo constitucional.

Acredita que basta que se comprove o prejuízo e a sua direta conexão entre ele e a atuação legislativa, não cabendo indagar sobre a constitucionalidade.

Seriam suficientes o prejuízo e o nexo causal, e só.

Pensar de forma diversa, no seu ponto de vista, implicaria em um regresso ao estágio da irresponsabilidade ou da responsabilidade civilística⁷⁶⁷.

⁷⁶⁷ “Responsabilidade Civil da Administração. (...) *Evolução doutrinária.* A doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade, para o da responsabilidade com culpa, e deste para o da responsabilidade sem culpa. Por outras palavras, passou-se da fase de irresponsabilidade da Administração, para a fase da responsabilidade civilística e desta para a fase da responsabilidade pública em que nos encontramos. (...) A doutrina do direito público se propôs resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa, ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros. Nessa tentativa, surgiram as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, todas elas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública. (...) 1. A teoria da culpa administrativa (...) é o estabelecimento do binômio falta do serviço - culpa da Administração. (...) A falta do serviço, no ensinamento de DUEZ, pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço, ou retardamento do serviço. (...) 2. A teoria do risco administrativo (...) Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo, exige-se, apenas, o fato do serviço. (...) O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina (...) o Brasil a consagrou pela primeira vez no art. 194, da Constituição Federal de 1946. Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral.(...) 3. A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada, na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. (...) Esta teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem sustente a sua



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Com a palavra MARIA EMÍLIA MENDES ALCÂNTARA, defendendo que, para a indenização, o que importa não é a licitude / ilicitude; mas apenas a lesividade:

“ (...) se não aceitarmos a responsabilidade do Estado por atos legislativos constitucionais estaríamos incidindo em grave erro, ou seja, supor que o Estado não responde por atos lícitos, ainda que lesivos de direito, isto se encontra totalmente superado a nível constitucional, doutrinário e jurisprudencial.

Ora, se, em âmbito administrativo, o Estado é considerado responsável pelos danos decorrentes de atos administrativos lícitos, não há porque se estabelecer disciplina diversa quanto ao ato lícito, porém lesivo, seja proveniente de órgão que desempenha função legislativa. As hipóteses são idênticas, há, portanto, que se lhes aplicar idêntico regime. De outra forma, estar-se-ia regredindo ao estágio de irresponsabilidade, ou da responsabilidade fundada em princípios civilísticos.

(...)

Talvez ousando demais na matéria, acreditamos que, para fins de indenização ao atingimento por ato legislativo não cabe indagar da constitucionalidade ou não desse ato, mas apenas provar o dano e sua conexão direta e imediata com a atuação do Poder Legislativo. Isto porque o direito à reparação não derivaria, em todos os casos, da inconstitucionalidade, mas sim do caráter lesivo do ato praticado pelo agente público.” (grifei)⁷⁶⁸

Detentor de um posicionamento mais ameno, vê-se JOSÉ CRETELA JÚNIOR.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR defende que é preciso distinguir a verdadeira lei em tese, que é um texto impessoal, e dirigido a todos, daquilo que chama de *pseudolei em tese*, que enquadra pessoas certas e identificadas.

admissibilidade no texto da Constituição da República (vide MÁRIO MASAGÃO, Curso de Direito Administrativo, 1960, p. 323; OTÁVIO DE BARROS, Responsabilidade Pública, 1956, p. 103).” MEIRELLES, HELY LOPES. Obra citada. 1990, ps. 547-548.

⁷⁶⁸ ALCÂNTARA, MARIA EMÍLIA MENDES. Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais (Tese de Mestrado). São Paulo. 1983, p. 80. Extraído de CHIESA, CLÉLIO. Obra citada. 1996, ps. 113-114.



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Em relação ao que denomina de *verdadeira lei constitucional danosa*, aquela dotada de impessoalidade, ele conclui pela ausência de responsabilidade do Estado. A justificativa para isto é a de que o dano não se concentraria em um só indivíduo, repartindo-se entre aqueles sobre os quais esta lei incide.

Em resumo, não haveria a responsabilidade do Estado pelo ato legislativo impessoal.

Quanto à *pseudolei em tese*, aquela que enquadra pessoas identificadas, esta sim exigiria do Estado a reparação econômica pelo dano que viesse a provocar. A justificativa é a de que o dano foi concentrado, cabendo a repartição equitativa dos encargos públicos, de modo a que um só não suporte todo o prejuízo.

Para JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, a lei não dotada de impessoalidade garante ao indivíduo prejudicado por ela o direito de ser indenizado pelo Estado.

Com a palavra JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, para defender que aquilo que chama de “*pseudolei em tese*” pode provocar prejuízos concentrados em um só, cabendo-se, então, falar de ressarcimento:

“o que os autores ainda não distinguem é a verdadeira lei ‘em tese’, texto geral, impessoal, dirigido a todos, da pseudolei ‘em tese’, texto que, na prática, enquadra pessoas certas, identificadas. (...) segundo pensamos, a ‘verdadeira lei em tese’, ou melhor, ‘lei formal, em tese’, se constitucional, não empenna responsabilidade do Estado, quando causa prejuízos, porque o dano não se concentra em um só, mas se reparte, ao ser editado o texto, por todos aqueles sobre os quais incide.

Quando o Estado causa dano ao particular, em decorrência de medidas tomadas ou de operações materiais do poder público, o princípio que informa a indenização é precisamente o da ‘repartição equitativa dos ônus e encargos públicos’ para que um só não arque penosamente com os prejuízos



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



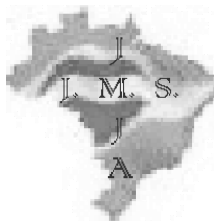
Ora, no caso da lei constitucional danosa, lei formal ‘em tese’, a incidência é genérica, abstrata, impessoal, de tal maneira que não se aplicam os princípios que informam o instituto da responsabilidade pública.”⁷⁶⁹

Note-se que o critério utilizado foi o da impessoalidade.

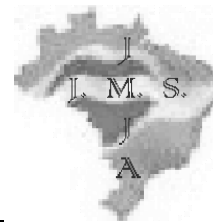
Em outras palavras, se a lei for impessoal não cabe a indenização; se a lei não contiver esta característica, e for danosa, acarreta o direito ao ressarcimento, acaso fique demonstrado o prejuízo concreto e a relação de causalidade⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ CRETELLA. Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo, extraído da Revista de Direito Público, nº 71, p. 68.

⁷⁷⁰ É, perfeitamente, possível a responsabilidade da Administração por ato lícito. Exemplo disto está na limitação administrativa que não comporte a noção de generalidade, e cujos prejuízos são suportados por um particular, acarretando o direito à indenização. Tome-se a Lei nº 8.656/65, citada por YUSSEF SAID CAHALI, em Responsabilidade Civil do Estado: “Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (5ª Câmara, 04.08.71, Revista dos Tribunais 431/141, julgados (int.) XX/349 e julgados (ed. LEX) 17/28: ‘Há que se assinalar, na fixação dos fatos, é bem conforme as provas produzidas, que o antigo Código Florestal (Decreto 23.793/34), obrigava à preservação de ¼ das matas em exploração extrativa. Ainda na sua vigência, editou-se a Lei Estadual 8.656/65, que criou a reserva florestal do Vale do Paraíba, para a proteção do sistema hidrogeológico da região. E, nesse passo, todas as glebas de propriedade da autora acham-se na área de abrangência do art. 1º da lei estadual em causa (fls.) (...) Cumpre lembrar que, da noção de generalidade da limitação administrativa, é que decorre o da sua gratuidade. É que ambos os conceitos se interligam. Um fundamento jurídico-filosófico de solidariedade estabelece-se, através da idéia de que **todos os componentes do grupo social, genericamente vistos, têm o dever de suportar um sacrifício gratuito, em favor da coletividade. Não obstante, se esse sacrifício deixa de ser geral para ser particular, passa a sugerir o direito à indenização.** (vide ERNST FORTHOFF. Tratado de Direito Administrativo. Madrid. 1958, p. 451). Há mais com o que se argumentar. Limitação administrativa não se vê, como assinalado no jurídico e objetivo parecer de HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., pp. 138/139), nas vedações arbitrárias. A limitação condiciona o exercício do direito de propriedade – que não é absoluto – mas não desfigura a sua destinação natural. (...) Especificadamente, instituiu-se uma servidão pública de não fazer, ou seja, de caráter negativo. (...) E, por derradeiro, cabente a indenização, não seria mister o apossamento administrativo, para os efeitos de reconhecimento da expropriação indireta. A desapropriação é ato pelo qual se retira, total ou parcialmente, um bem ou um direito, inerente ao patrimônio (cf. SERPA LOPES, in parecer retro). Até mesmo a lei lhe deu um sentido amplo, inclusive com abrangência da constituição de servidões (art. 40, Decreto 3.365/41). Em suma, o Código Florestal fixou limitações administrativas e a lei estadual, seguida de ato da Administração, subtraiu todo o exercício do direito de propriedade, para o fim a que esta se



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



É de se ter, também, em nota de relevo que nenhuma lei pode promover favoritismos ou perseguições, sob pena de ser inconstitucional.

Portanto, algumas situações precisam ser destacadas em relação às medidas provisórias, a saber:

- 1. A medida provisória é, normalmente, impessoal, não provocando, por si, prejuízos; ou, ao menos, estes não são concentrados em um só indivíduo. O que pode acarretar os danos é a aplicação da medida.*
- 2. Se a medida provisória for considerada inconstitucional pelo Poder Judiciário, tenho como, perfeitamente, possível, desde que se comprove o prejuízo concreto, a busca, na via judiciária, da reparação econômica.*
- 3. Se a medida provisória for considerada inconstitucional, quando da sua análise pelo Congresso Nacional, deve o mesmo, mediante Decreto-legislativo, dispor sobre as situações constituídas durante a medida. Em nome do princípio da segurança, não poderá o indivíduo ser prejudicado. Em havendo prejuízo, é devida a reparação.*
- 4. Se a medida provisória for havida, pelo Congresso Nacional, como não atendendo aos requisitos constitucionais de relevância e de urgência; em face de, atualmente, o Supremo Tribunal Federal considerar estes pressupostos como detendo caráter meramente político, bastaria a recusa do Congresso Nacional, e a comprovação do prejuízo concreto, para habilitar uma ação indenizatória.*

Note-se que estes juízos são formulados sem que se pretenda a definitividade, pois a experiência diária ensina que as posturas doutrinárias devem ser expostas de modo a não excluir critérios e premissas diversas.

destinava. Tal equivale ao sacrifício total do direito e impõe a indenização.” (CAHALI, YUSSEF SAID. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1982, ps. 235-238)



7-9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



Por isto, a minha postura não é outra senão a de tentar contribuir um pouco com o patrimônio geral do conhecimento jurídico.

Agora, ultrapassadas as discussões no campo mais estritamente doutrinário, cabe um lançar de olhos para a jurisprudência mais recente em torno da responsabilidade das entidades políticas por força de atos legislativos.

Não se pense que este gênero de questões chegue tão pouco às lides forenses.

Absolutamente, não.

Os casos existem, e, ao bem da síntese e da dinamicidade da exposição, exporei apenas dois, que, acredito, sejam elucidativos quanto aos destinos que costumam atingir ações desta ordem.

O primeiro refere-se ao expurgo de índices de caderneta de poupança, pois, pelos sucessivos planos econômicos do governo, pretendeu-se apagar a inflação passada, não a repassando para os salários nem para as próprias cadernetas, por exemplo.

O segundo caso diz respeito ao empréstimo compulsório sobre combustíveis e automóveis, que foi veiculado, no Brasil, por intermédio de Decreto-lei.

Os dois Acórdãos, a seguir, são do Superior Tribunal de Justiça.

Passe-se a eles.

1. Esta Decisão diz respeito à correção monetária de caderneta de poupança. O Superior Tribunal de Justiça, embora reconheça a excepcional possibilidade de responsabilizar o Estado por ato legislativo, conclui que, no caso, não é a hipótese.

“Responsabilidade civil da União em decorrência de ato legislativo. Admite-se em condições excepcionais que incorrem na espécie. Lei nº 7.730/89, art. 17. Sua inaplicação no meio período mensal da execução da caderneta de poupança. Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 20512. 1992. Rio Grande do Sul. 4ª Turma. Diário de Justiça 29.11.93, p. 25883. Relator Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ. Unânime.”



7.9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS POR MEDIDAS PROVISÓRIAS



2. Esta Decisão diz respeito a um Decreto-lei. É o Decreto-lei nº 2.288/1986, que tratou do empréstimo compulsório sobre combustíveis. O Superior Tribunal de Justiça não atingiu o mérito, concluindo pela ausência de legitimidade ativa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC).

“Processual civil. Ação civil pública. Empréstimo compulsório (Decreto-lei 2.288/86). Instituto Brasileiro de Defesa do consumidor. Interesses individuais homogêneos. Improriedade da tutela, na espécie, contribuinte e consumidor. Diferença. Falta de legitimidade ativa do autor. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) não tem legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública de responsabilidade civil, por danos provocados a interesses individuais homogêneos contra a União Federal, objetivando obrigar a esta a indenizar todos os contribuintes do empréstimo compulsório sobre combustíveis, instituído pelo Decreto-lei 2.288/1986. Os interesses e direito individuais homogêneos somente hão de ser tutelados pela via da ação coletiva, na hipótese em que os seus titulares sofrerem danos como consumidores (...). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 97455. 1996. São Paulo. 1ª Turma. Diário de Justiça 10.03.97, p. 5903. Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO. Unânime.”

Enfim, são inúmeros os Acórdãos que poderiam ser citados; mas não pretendo entediar o leitor, pois considero que, em via de regra, as conclusões judiciais não são muito destoantes destas que apresentei.

O próximo Capítulo tratará das Medidas Provisórias e dos vários Planos Econômicos por que passou o Brasil nestes últimos tempos.

É o que está a seguir.



7.10. PLANEJAMENTO ECONÔMICO. SEGURANÇA JURÍDICA. MEDIDAS PROVISÓRIAS

*“Equilíbrio teórico dos poderes. Pois bem, o sistema da divisão de poderes previsto nas nossas Constituições está, em princípio, contemplando um determinado equilíbrio – que não é necessariamente igualdade – a hierarquia ‘relativa’ dos poderes, que pode estruturar-se, na nossa opinião, e sempre com referência ao disposto na Constituição, da seguinte maneira: o Poder Executivo está subordinado ao Poder Legislativo, e o Poder Legislativo ao Poder Judiciário. (...) Por sua vez, a subordinação do Poder Legislativo ao Poder Judiciário deriva de que o segundo tem a atribuição de declarar antijurídicas, por inconstitucionais, as leis do Congresso, enquanto este não tem atribuição alguma para rever as decisões daquele. Tanto é assim que existe um aforisma de acordo com o qual **‘a Constituição é o que a Corte Suprema decide que é’**: estando nas mãos do Poder Judiciário a interpretação final e indiscutível do sentido e alcance das normas constitucionais, é óbvio que é o Poder Judiciário que tem, no sistema constitucional, primazia sobre o Poder Legislativo. Não altera essa conclusão a circunstância de ser o Poder Executivo com anuência do Senado quem designe juízes, porque em épocas normais – que são as que a Constituição contempla – a estabilidade dos magistrados faz com que a designação de um ou outro juiz para os cargos vacantes tenha efeito só a longo prazo, modificando, talvez, interpretações vigentes da ordem jurídica após alguns anos, quando aqueles que o nomearam já não estão certamente em seus cargos.”* (GORDILLO, AGUSTIN. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de MARCO AURÉLIO GRECO, revisão de REILDA MEIRA. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1977, ps. 52-53)⁷⁷¹

⁷⁷¹ AGUSTIN GORDILLO, nos mesmos *Princípios Gerais de Direito Público* (ps. 53-55), sob o título *Desequilíbrio Real*, reconhece as circunstâncias práticas que falseiam o equilíbrio proposto pela Constituição, admitindo que, talvez, nunca haja funcionado realmente assim. De fato, o Poder Executivo não se encontra submetido ao Legislativo; mas, ao contrário, este é dependente daquele. Isto porque uma parte importante do êxito político dos parlamentares deveria-se à habilidade para obter retribuições e postos para seus afilhados e patrocinadores, com o que o legislador apresenta-se como um pedinte submisso ao Executivo, de que solicita os favores. Além



É impossível falar de medidas provisórias, no Brasil, sem fazer referência aos sucessivos Planos Econômicos que vêm se multiplicando desde a década de 80.

Normalmente, surge logo a lembrança, ou o trauma, do bloqueio dos ativos financeiros decorrente da famosa Medida Provisória nº 168/90 (*Plano Brasil Novo*).

Esta Medida tomou, praticamente, a todos de surpresa. Não houve o menor respeito à certeza e à segurança.

Logo em seguida, para os mais velhos, advém a recordação da esperança do primeiro Plano da série, o Plano Cruzado; e que também não deu certo.

Atualmente, existe o Plano Real, com as suas adequações posteriores.

Todos estes Planos, invariavelmente, trouxeram muitas questões ao Poder Judiciário, suscitando debates sobre direito adquirido, direito à propriedade, confisco, requisições administrativas, enriquecimento indevido da parte do Estado, devido processo legal etc.

Isto tudo virou conversa de rotina.

do mais, o Presidente da República costuma ser, formal ou informalmente, a *cabeça visível do partido governante*, não tomando os Deputados e os Senadores atitudes firmes de controle, pois isto poderia prejudicar as suas próprias carreiras políticas. Acrescenta, ainda, que o Executivo conta com os meios de publicidade, *que não estão em igual alcance dos legisladores*, de forma que o Executivo consegue uma imagem mais popular na opinião pública, ficando mais em destaque os erros do Parlamento do que aqueles cometidos pelo Presidente. Enfim, até na formulação das leis, a ingerência do Executivo não pode ser desconhecida.

Quanto ao Judiciário, argumenta AGUSTIN GORDILLO, via de regra, este Poder assume *uma certa responsabilidade política na conduta do Governo*, julgando, por isto mesmo, *muito benevolmente os atos governamentais*. Isto faria com que viesse a perder, pouco a pouco, o *critério diretor do que deveria ser a sua atribuição específica*, que não é a de governar, mas a de julgar a aplicação do direito. Diz, também, que, mesmo no exercício do controle de constitucionalidade, apenas costuma declará-la quando a mesma for “*clara e manifesta*”, *como se não fosse seu dever declará-la quando existe, seja ou não manifesta*. (GORDILLO, AGUSTIN. *Princípios Gerais do Direito Público*. Obra citada. 1977, ps. 53-55)



Todos eles tiveram, ao menos, um ponto comum. Foram veiculados por Decretos-leis ou medidas provisórias, que, por vezes, eternizaram-se no tempo.

No entanto, não quero começar aprofundando-me nisto.

Prefiro fazer recordar do chamado Plano de Metas, de JUSCELINO KUBITSCHKE.

Voltar à década de 50, e rememorar a promessa de *cinquenta anos de progresso em cinco de governo*.

Realmente, este Plano, que foi aplicado entre 1956 e 1961, fez com que o Brasil crescesse a sua produção industrial em cerca de 80 %, em preços constantes.

A indústria do aço cresceu 100%. A indústria mecânica cresceu, aproximadamente, 125%. A elétrica e de comunicação 380%. A de transporte 600%.

A taxa de crescimento real foi de 7% ao ano, e 4% per capita.

Nem mesmo nos padrões de hoje, é possível que se diga que isto foi pouco; mas é preciso pensar com dados comparativos, e se dizer que o crescimento efetivo do Brasil foi, aproximadamente, três vezes superior ao do restante da América Latina.⁷⁷²

É deste período histórico a cidade Brasília, Capital Federal (art. 18, § 1º, da atual Constituição).⁷⁷³

Em 18.04.56, o Presidente enviou a Mensagem da transferência da Capital para o Centro-Oeste; e, em 19.09.56, foi sancionada a Lei nº 2.874, que autorizou o Executivo a construir a nova Capital.

Em 21.04.60, Brasília foi inaugurada.

⁷⁷² Estes percentuais foram retirados de *A Constituição do Brasil 1988, comparada com a Constituição de 1967 e comentada*. São Paulo. Price Waterhouse. 1988, ps. 87-88.

⁷⁷³ Constituição do Brasil. “Art. 18. (...) § 1º. Brasília é a Capital Federal.”



Também desta época era a SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste)⁷⁷⁴, criada pela Lei nº 3.692, de 15.12.59, que intencionava levar o Plano de Metas para esta Região. Pretendia-se marcar o binômio industrialização e agricultura irrigada.

Note-se que tudo isto foi feito durante a vigência da Constituição de 1946, que não continha o instituto do Decreto-lei ou da Medida Provisória.

Reconheço que a vida, hoje, é mais rápida; mas nem por isto precisa ser apressada.

Para traçar um paralelo com este resumo das consequências do Plano de Metas, trago, novamente, à colação a Medida Provisória nº 168/90. Aquela do *Plano Brasil Novo*.

Evidentemente que, aqui, retorno a um outro período importante da história mais recente do Brasil, sem nenhuma intenção de ataques ou achincalhes pessoais.

Com este Plano, veiculado por medida provisória, previa-se o bloqueio dos ativos financeiros em cruzados novos.

Ou, em outras palavras, ninguém, no Brasil, poderia dispor de mais de cinquenta cruzados novos; o que era uma quantia insignificante.

Este tipo de restrição, naturalmente, gerou outras que, se não são trágicas, são, ao menos, pitorescas.

Por exemplo. O caso de um cidadão que foi até ao Banco onde mantinha os seus depósitos para retirar a importância permitida pelo Governo. Por engano do Caixa, recebeu mais.

Percebendo-se o que ocorria, e contando o dinheiro, foi pego.

⁷⁷⁴ Por medidas provisórias, tanto a SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste), quanto a SUDAM (Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia) foram “extintas”, afirmando-se que seriam substituídas por Agências reguladoras (ADENE e ADA).



Pois veja, ele se sentiu na inusitada circunstância de ser considerado um apropriador ilícito do seu próprio dinheiro. Era uma apropriação indébita dos próprios recursos, que eram mantidos bloqueados pelo Estado.

Tudo isto por causa de uma medida provisória que surpreendeu a todos que não pertenciam ao poder. Houve surpresa, e quebra manifesta de segurança.

Esta Medida Provisória nº 168/90, foi convertida em lei. Foi a Lei nº 8.024/90.

Mas, até hoje, não podem ser esquecidos os debates que a quebra da segurança jurídica causou.

Esclareço mais minudentemente o que digo, e o faço começando com uma história que circulou pelo Brasil no início dos anos 90.

Na verdade, revolveu-se a um fato histórico acontecido no estrangeiro, mais precisamente o caso do bloqueio estatal de contas bancárias que se fez, em Florença, no final da Segunda Grande Guerra.

É de se destacar que o livro que reproduzia este fato histórico era bem anterior aos anos 90, mas despertou maior interesse, por circunstâncias de necessidade da época, em face do ocorrido naquele período.

Veja-se o que dizia LAURO MUNIZ BARRETO, em seu Direito Bancário, apontando a retirada, por tropas nazistas, de todos os depósitos de clientes judeus.

Os prejudicados não se conformaram, recorrendo à Justiça, expondo fundamentos que chegaram a ser acolhidos; e que vão logo mais adiante.

Entre os fundamentos, apresentava-se o da transferência dos riscos, relativos aos bens depositados, dos depositantes para os banqueiros, quando da realização dos depósitos; e, ainda, a tese de que, com o depósito bancário, os Bancos adquiriam a propriedade do dinheiro, obrigando-se a restituir a quantia equivalente (*res perit domino*).

LAURO MUNIZ BARRETO anuncia o fim da II Grande Guerra, e o saque alemão a um dinheiro bloqueado por questões raciais pelos fascistas, pois se tratava de



clientes judeus; e a posterior conclusão dos Bancos de comunicar a estes clientes a perda dos recursos depositados:

“O fato é que, em 15 de julho de 1944, enquanto na cidade já se ouviam os canhões das tropas aliadas libertadoras, oficiais e suboficiais da polícia de segurança germânica (os SS) penetraram nos principais estabelecimentos de crédito locais e ‘manu militari’ exigiram a entrega de ‘todos os depósitos de clientes judeus’. Convém esclarecer preliminarmente que, em virtude da chamada legislação racial italiana, esses depósitos já haviam ficado ‘bloccati’, por força do decreto legislativo do Duce, de 04 de janeiro de 1944. (Esse decreto declarou confiscados tais bens, mas amarrou a concretização de cada transferência à edição de um decreto individual futuro, nenhum destes, porém, tendo sido efetivado). A coação era imediata e inevitável, compreendendo-se perfeitamente o ato dos banqueiros que satisfizeram a exigência, embora parcialmente. Consumada a rapinagem, apressaram-se os Bancos a enviar aos seus clientes de raça hebraica o respectivo aviso de lançamento das quantias entregues aos germânicos. Não houve conformidade por parte dos correntistas, que propuseram ação contra os estabelecimentos de crédito. Convém notar que as decisões vêm sendo favoráveis aos depositantes sob os fundamentos seguintes:

- a) ‘que se trata do depósito bancário, também chamado irregular ou fiduciário, pelo qual o Banco adquire a propriedade do dinheiro, usando-o como seu e obrigando-se a restituir o equivalente;’*
- b) ‘que nesse caso se trata de obrigação que tem por objeto coisas pertencentes a um ‘genus illimitatum’, que tal é a moeda, não sendo lícito ao depositário invocar, por isso mesmo, como justificativa para a recusa do pagamento, uma impossibilidade da prestação em virtude de causa que não lhe é imputável;’*
- c) ‘que os bancos, proprietários das quantias depositadas, apoderadas pelos alemães, é que devem sofrer as consequências da rapinagem, porque a mesma foi dirigida contra eles, além do que, possuindo o dinheiro (como seu), o perecimento é a seu risco, de acordo com a regra de que ‘res perit domino’;*
- d) ‘que assim devem satisfazer as obrigações decorrentes do contrato de depósito, com o direito de pleitear dos culpados a reparação que lhes for devida.’”⁷⁷⁵*

⁷⁷⁵ BARRETO, LAURO MUNIZ. Direito Bancário. São Paulo. Livraria Editora Universitária de Direito. 1975, ps. 262 e ss.



E o mesmo LAURO MUNIZ BARRETO opinava sobre o desdobramento jurídico do ato nazista, concordando com a tese da transferência dos riscos para os banqueiros: *“a tese acolhida pelo juízes italianos é aparentemente defensável, e está de acordo com as premissas estabelecidas, pois de fato a configuração do depósito bancário é diversa da do depósito comum, também chamado regular ou em custódia, entendendo-se que a circunstância da passagem da propriedade que se opera nos negócios de crédito implica também a transferência dos riscos.”*⁷⁷⁶

Ressalta, depois, que alguns juristas manifestaram opiniões diversas, reservando-se uma inclinação por não haverem os Bancos adquirido a propriedade das importâncias depositadas.

Veja-se as dúvidas suscitadas: a) se, e até onde, o Decreto racial de 1944 alterou a relação jurídica existente entre os Bancos e seus depositantes judeus; b) se esse Decreto importou ou não no sequestro das somas depositadas e se estas se separaram do patrimônio dos Bancos, ou se tal Decreto não inovou a substância do crédito, que continuou a ser o mesmo depósito irregular, não se tendo transformado em regular.

Pois bem, bastaria este exemplo para demonstrar o trauma que provocaram as medidas provisórias do *Plano Brasil Novo*, mais particularmente a Medida Provisória nº 168/90.

Comparava-se a atitude nazista àquela que se perpetrava por um Presidente que acabava de ser eleito.⁷⁷⁷

Nisto, poderá haver exagero; mas, acima de qualquer dúvida, a medida foi, excessivamente, drástica.

Mais do que isto, pois, afora algumas situações excepcionais (casos de doença grave, liberação para pagamento de impostos - *Medida Provisória nº 180/17.04.90* etc), o

⁷⁷⁶ BARRETO, LAURO MUNIZ. Obra citada. 1975, ps. 262 e ss.

⁷⁷⁷ Vide Sentença proferida pelo MM. Juiz da 18ª Vara Federal- São Paulo. Dr. JOSÉ ANTONIO DE ANDRADE MARTINS. Diário Oficial do Estado, de 22.08.90. Caderno 1, ps. 130-133. Mandado de Segurança. Processo nº 90.9391-0.



dinheiro ficou efetivamente retido, até que decorresse o prazo previsto, pelo Governo, para a liberação.

O Supremo Tribunal Federal, após transcorrido este interregno, chegou a julgar pela ausência de objeto das ações propostas.

Afinal, julgando-as após passado o prazo estipulado, o dinheiro, independentemente de decisão judicial, já poderia ser retirado pelo correntista.

Estou falando da histórica questão de ordem, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 534 - Distrito Federal, onde ficou disposto que:

a) a extinção anômala do processo de controle normativo abstrato, motivada pela perda superveniente de seu objeto, tanto pode decorrer da revogação pura e simples do ato estatal impugnado como do exaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais destinadas à vigência temporária;

b) com a devolução integral dos ativos financeiros retidos, e a consequente conversão dos cruzados novos em cruzeiros, exauriu-se, de modo definitivo e irreversível, o conteúdo eficaz das normas impugnadas inscritas na Lei nº 8.024/90. (Relator Ministro CELSO DE MELLO. Diário de Justiça 08.04.94, p. 7240. Ementário Vol. 1739-02, p. 298. Julgamento em 26.08.92. Tribunal Pleno. Unânime)

Foi aí que surgiu uma nova questão, a da efetiva atualização monetária destes recursos, conforme a inflação do período. Mas isto já é uma outra história.

Distante no tempo, e em outro País, não se tem a exata dimensão do que o bloqueio dos cruzados novos significou.

No entanto, apenas simbolicamente, imagine-se contar, exclusivamente, com parte do dinheiro do supermercado, e nada mais. Era isto.

Veio o combate jurídico, e as suas inúmeras suscitações.

Discutia-se a violação a princípios jurídicos.



Denunciava-se o atentado ao direito de propriedade. Mas, com um embutido tom de sarcasmo, respondia-se que o dinheiro continuava com o mesmo proprietário; apenas não lhe era disponível.

Argumentava-se com o estabelecimento de um empréstimo compulsório inconstitucional, pois não veiculado por lei complementar, e fora das situações previstas no art. 148, da atual Constituição⁷⁷⁸, restando revogado o art. 15, inc. III, do Código Tributário Nacional⁷⁷⁹.

Para aqueles que entendiam o bloqueio como um tributo, também por isto clamava-se pela inconstitucionalidade, pois seria um confisco (art. 150, inc. IV, da atual Constituição⁷⁸⁰).

Defendia-se ter havido quebra da isonomia, restando atacada uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV, da atual Constituição⁷⁸¹); pois todos os brasileiros não poderiam dispor além da mesma soma em dinheiro.

Enxergava-se a violação do devido processo legal, constitucionalmente consagrado no art. 5º, inc. LIV, onde estava estatuído que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

⁷⁷⁸ Constituição do Brasil. “Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I- para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II- no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (150, III, “b”). Parágrafo Único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.”

⁷⁷⁹ Código Tributário Nacional. “Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios: (...) III- conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo.”

⁷⁸⁰ Constituição do Brasil. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV- utilizar tributo com efeito de confisco”.

⁷⁸¹ Constituição do Brasil. “Da Emenda à Constituição. Art. 60. (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV- os direitos e garantias individuais.”



Falava-se em requisição administrativa⁷⁸², mas a propriedade continuava com os correntistas.

Enfim, buscava-se um meio de novamente ver disponibilizado um dinheiro que foi captado pelo próprio incentivo do Governo à poupança.

Com todas estas reclamações, chegou-se até ao Poder Judiciário, que, nas instâncias inferiores, respondeu concedendo liminares, muitas vezes satisfativas; o que ruborizava os processualistas mais ortodoxos.

Mas, aí, as medidas provisórias começaram a veicular dispositivos que impediam liminares satisfativas, ou contrárias ao Poder Público.

De fato, isto não foi uma novidade dos anos 90, pois, desde a década de 60⁷⁸³, já havia um movimento que repelia as liminares, atingindo, primeiramente, a remuneração dos servidores públicos; e alcançando, com o tempo, espaços mais abrangentes⁷⁸⁴.

⁷⁸² Constituição do Brasil “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXV- no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

⁷⁸³ Lei nº 4348, de 26 de junho de 1964, art. 5º: “Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo Único. Os mandados de segurança, a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.”

Lei nº 5021, de 09 de junho de 1966, art. 1º, § 4º (servidor público civil): “Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”

⁷⁸⁴ A Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que resultou da conversão de uma medida provisória, tem, no seu art. 1º, a seguinte redação: “Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar, ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. § 2º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processo de ação popular e de ação civil pública. § 3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.”



Não apenas limitava-se as liminares e as tutelas antecipadas, estas últimas mais recentes no Brasil⁷⁸⁵; mas também procurava-se retirar das instâncias mais baixas a agilização de uma pronta resposta requerida por aqueles que acorriam ao Poder Judiciário.

Exemplo disto encontra-se no art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.437 (*Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, e dá outras providências*), decorrente da conversão de uma Medida Provisória.

É o preceito: “Art. 1º. (...) § 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar⁷⁸⁶ inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.”

A explicação para isto é a de que os advogados, procurando postular na primeira instância, começaram a utilizar medidas cautelares inominadas com pedidos de liminares. O freio para esta iniciativa processual foi este.

Assim, de Plano em Plano, de Decreto-lei em Decreto-lei, de Medida Provisória em Medida Provisória foram sendo mudadas as moedas (cruzados, cruzados-novos, cruzeiros, reais e URV's); os índices de correção monetária, também chamados de moedas de conta; foram surgindo as tablitas, os deflatores etc.

Em outras palavras, foram se sucedendo os Planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor (I e II), Real etc.

⁷⁸⁵ A Lei nº 8.952, de 13.12.94 alterou vários artigos do Código de Processo Civil brasileiro, entre eles o art. 273, fazendo surgir a figura da antecipação da tutela.

Ver, também, a Lei nº 9.494, de 10.09.97 (decorrente de conversão de medida provisória), que, no seu art. 1º, estende à tutela antecipada as vedações já existentes quanto às liminares.

⁷⁸⁶ Em Portugal, segundo a Exposição de Motivos do Decreto-lei nº 433/99, de 26 de outubro (Aprova o Código de Procedimento e de Processo Tributário), vem disposto sobre o caráter inovador das providências cautelares na sua órbita jurídica interna, regulamentando uma revisão constitucional: “(...) 7- No processo judicial tributário, que integra o Título III, anota-se especialmente, além da simplificação do processo de decisão, incluindo na fase de preparação do processo pela administração tributária, a regulamentação, pela primeira vez, da impugnação das providências cautelares adoptadas pela administração tributária e da possibilidade de reacção dos contribuintes contra omissões lesivas da administração tributária, dando-se assim consagração a inovações da última revisão constitucional obviamente acolhidas pela lei geral tributária.”



É necessário, contudo, advertir-se de, ao menos, dois pontos:

1. o instituto da medida provisória apresenta um grande contraste de origem histórica em relação aos Decretos-leis, o que deve fazer alguma diferença, inclusive na sua utilização pelo Presidente da República;
2. é preciso, no mínimo, ter uma idéia sobre a reação do Poder Judiciário nacional diante de cada um destes Planos, de modo a comparar a postura entre o que havia antes e o que houve depois da Constituição de outubro de 1988. É bem verdade, neste segundo aspecto, que foram tantas as ações que, além de abarrotá-lo, torna impossível apresentá-las todas. Logo, não será esta a intenção.

A partir de agora, com caráter exemplificativo, serão vistas algumas questões jurídicas que afligiram os brasileiros em cada um dos principais Planos Econômicos por que passou o Brasil a partir do Cruzado.

Obviamente, elas são tantas que nunca faltará espaço para mais uma.

Por isto, na seleção que fiz, não tenho a preocupação de ser exaustivo, e procuro, tão somente, indicar uma breve perspectiva da atuação judicante.



1. PLANO CRUZADO.

Aqui, visualize-se o Decreto-lei nº 2284, de 1986.

Primeiramente, o Superior Tribunal de Justiça, através de um Ministro Relator atualmente com assento no Supremo Tribunal Federal, pronuncia-se sobre a interferência deste Plano no Sistema Financeiro de Habitação, mais precisamente quanto às suas consequências sobre o reajuste das prestações da casa própria.

Após, o Supremo Tribunal Federal conclui pela inadequabilidade da medida processual empregada para combater a absorção temporária do poder aquisitivo da moeda, chegando a orientar o impetrante no sentido de procurar uma outra via, de modo a recomendar a discutir o direito defeituosamente suscitado.

I. Plano Cruzado e o seu impacto nas prestações da casa própria.⁷⁸⁷ “Administrativo. Mutuários do Sistema Financeiro de Habitação. Conversão do débito em face do ‘Plano Cruzado’. Decreto-lei 2.284, de 1986, art. 10 combinado com Anexo III. Alteração do critério por meio de Decreto regulamentar.

Decreto nº 92.591, de 1986. Ilegalidade.

Prevalhecimento, como critério para reajuste das prestações do previsto no Decreto-lei nº 2284, de 1986, e não o que está estabelecido pelo Decreto nº 92.591, de 1986, já que, no sistema constitucional brasileiro, o regulamento é ato normativo secundário e puramente de execução, vale dizer, simplesmente, instrumentaliza o ato normativo primário para a fiel execução deste (CF, 1967, art. 81, III; CF, 1988, art. 84, IV). *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 491. 1989. São Paulo. 2ª turma. Diário de Justiça 30.04.90, p. 3523. Relator Ministro CARLOS VELLOSO (atual Ministro do Supremo Tribunal Federal). Unânime.*”

II. Aparente impropriedade do instituto processual do mandado de segurança para atacar o conteúdo normativo de medidas provisórias. “O mandado de segurança não se reveste de idoneidade jurídico-processual quando busca impugnar o conteúdo normativo de medida provisória que fixa, como norma de regência que é, a disciplina jurídica das providências governamentais pertinentes à absorção temporária do poder aquisitivo.

⁷⁸⁷ Ainda hoje, um dos grandes sonhos do brasileiro médio é possuir uma casa própria; isto não apenas daqueles que começam na vida profissional, e acabam de constituir famílias; mas também dos já maduros, mas que ainda não conseguiram realizar este sonho.



As regras que se consubstanciam nessa medida provisória dão-lhe o caráter, por sua natureza mesma, de ato em tese, cujo coeficiente de normatividade e de generalidade abstrata impede, consoante diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal, válida e adequada utilização da ação de mandado de segurança. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Essa circunstância, porém, não inibe a parte com legítimo interesse moral ou econômico, de suscitar o controle incidental ou difuso de constitucionalidade das leis, cuja aplicação exteriorizada pela prática de atos de efeitos individuais e concreto seja por ela reputada lesiva ao seu patrimônio jurídico.

A impossibilidade jurídico-processual de um simples particular discutir, em abstrato, a legitimidade constitucional de atos do Poder Público, não lhe suprime o direito, inquestionável, de postular, pela via formalmente adequada, a sua invalidação judicial.”

2. PLANO BRESSER.

Aqui, visualize-se o Decreto-lei nº 2335, de 1987.

Primeiro, discute-se as interferências deste Plano no âmbito dos contratos de locação. A conclusão foi pela negativa, dado que, nos termos da Emenda Constitucional nº 01, de outubro de 1969, esta matéria não se encontrava no espaço reservado aos Decretos-leis.

Após, conclui-se pela legitimidade da aplicação da tablita deflacionária quanto aos capitais empregados nas entidades financeiras, ressaltando, tão somente, que o investidor não poderia, ao final da aplicação, receber menos do que aquilo que havia aplicado, sob pena de se provocar o enriquecimento indevido da entidade receptora do capital.

Estas tablitais foram grandemente discutidas no Brasil.

Ambos os Acórdãos são do Superior Tribunal de Justiça.

I. Plano Bresser e prestações de contrato de locação. “Processo legislativo. Decreto-lei. Plano Bresser. Locação. Inaplicabilidade.



Os arts. 1º e 12, do Decreto-lei nº 2.335/87 não se aplicam aos contratos de locação, visto não encontrar-se a matéria naquelas especificadas no art. 55, II, da Constituição pretérita⁷⁸⁸. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1788. 1989. Paraná. 3ª turma. Diário de Justiça 04.06.90, p. 5058. Relator Ministro CLÁUDIO SANTOS. Unânime.*”

II. Aplicação imediata das chamadas *tablitas*, considerando-as normas de ordem pública. “Em se tratando de normas de direito econômico, de ordem pública, sua incidência é imediata, consoante orientação assentada no Tribunal, não sendo de invocar-se pretenso direito adquirido.

Por sua legalidade, é admissível a incidência da ‘tablita’, imposta pelo Plano Bresser, calculando-se a deflação, nos termos previstos na respectiva legislação, sobre o total do título, ressalvada a impossibilidade do investidor receber quantia menor que o capital aplicado, sob pena de enriquecimento indevido da entidade financeira. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2595. 1990. São Paulo. 4ª turma. Diário de Justiça de 01.10.90, p. 10449. Relator ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO. Unânime.*”

3. PLANO VERÃO.

Aqui, visualize-se o Decreto-lei nº 2454, de 1988.

Novamente em foco os índices de correção monetária.

No primeiro Acórdão, que decidiu pelo não conhecimento do recurso, demonstra-se uma peculiaridade que veio a ocorrer no Brasil. É a discussão simultânea, em uma mesma causa, de vários Planos Econômicos.

Após, decide-se pela manutenção da correção monetária, em que pese a extinção da moeda de conta da época, a Obrigação do Tesouro Nacional (OTN).

⁷⁸⁸ Emenda Constitucional nº 01, de 17.10.69. “Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I- segurança nacional; II- finanças públicas, inclusive normas tributárias; III- criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.”



Por incrível que possa parecer, estes fatores de indexação da economia eram bastante populares; talvez tanto quanto a própria moeda corrente, que se desvalorizava todo dia.

Ambos os Acórdãos são do Superior Tribunal de Justiça.

I. Discussão sobre a incidência de índices inflacionários e direito adquirido.⁷⁸⁹ “Execução de sentença. Correção monetária. Percentual referente à variação de índices ocorrida nos meses de fevereiro de 1986 (Plano Cruzado) e janeiro de 1989 (Plano Verão). Inclusão nos cálculos. Cabimento. Recurso Especial não conhecido. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 16484. 1991. 2ª Turma. Diário de Justiça de 13.04.92, p. 4982. Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Unânime.*”

II. Fator de indexação e direito adquirido. “Correção monetária. Sua subsistência após a edição do denominado Plano Verão. A simples extinção do fator de indexação (a Obrigação do Tesouro Nacional) não equivale à abolição da correção monetária, que continuou devida, por lei, até a efetiva liquidação do débito. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 4495. 1990. 4ª turma. Diário de Justiça de 15.04.91, p. 4304. Relator ministro BARROS MONTEIRO. Unânime.*”

4. PLANOS COLLOR (I e II).

Estes Planos desenvolveram-se através de várias medidas provisórias.

Novamente, o tema da deflação veio à baila, na sua fisionomia jurídica do direito adquirido.

É a época das CDB's (Certificados de Depósitos Bancários).

Também os Planos Econômicos levaram à cheque as dissonâncias interpretativas entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

⁷⁸⁹ A incidência de percentuais inflacionários sobre várias bases econômicas é um dos assuntos mais comuns que chegam a ser decididos pela Justiça brasileira.



Chegou-se, aqui, embora reconhecendo que a inflação real foi superior àquela prefixada pelo Governo, a defender a aplicação da tablita, sem enxergar nisto violação ao direito adquirido.

Ambos os Acórdãos são do Superior Tribunal de Justiça.

I. Deflatores e operações financeiras. “CDB. Deflator. Plano Collor. O negamento de aplicação do fator de deflação contraria o previsto no art. 27, da Lei nº 8.177/91. Norma de ordem pública.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial atendido. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 28247. 1992. Minas Gerais. 4ª turma. Diário de Justiça de 01.03.93, p. 2522. Relator Ministro FONTES DE ALENCAR. Unânime.*”

II. Deflatores e normas de ordem pública. “Plano Collor II. Medida Provisória nº 294, convertida na Lei nº 8.178/91. Aplicação em CDB. Fator de deflação, previsto no art. 27, desta Lei.

Norma de ordem pública, editada no conjunto de um Plano Econômico⁷⁹⁰, aplicável assim aos contratos em curso. Legitimidade da tablita destinada a deflacionar a correção monetária prefixada. Incidência plena do fator de deflação, tal como previsto em lei, não obstante os índices inflacionários reais hajam sido superiores aos previstos. Importa inclusive ponderar que o Banco passou a receber seus créditos, nas operações de empréstimos aos clientes, com o mesmo fator de deflação. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 30989. 1992. Minas Gerais. 4ª turma. Diário de Justiça de 22.03.93, p. 4550. Relator Ministro ATHOS CARNEIRO. Unânime.*”

5. PLANO REAL.

Também foram várias as medidas provisórias a sustentarem este Plano, com destaque para a Medida Provisória nº 542/1994, que o instituiu.

⁷⁹⁰ Registrou a Ministra NANCY ANDRIGHI, ao referir-se ao Plano Real: “A retração no crédito, a elevação de juros e outras similares dificuldades próprias aos planos governamentais de estabilização econômica, dentre os quais o Plano Real, constituem uma realidade histórica nacional, não constituindo fato novo ou tampouco imprevisível”. Extraído do site oficial do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.gov.br, in Notícias do Superior Tribunal de Justiça – 06.11.01- Consequências do Plano Econômico não caracterizam “caso fortuito ou força maior”.



Ele modificou, mais uma vez, o padrão monetário brasileiro; mas, agora, embora não tenha sido recebido com o mesmo otimismo com que o foi o Plano Cruzado, encontrava uma população mais experimentada pelo sofrimento e pelos reveses do consumo.

Este Plano levou o País a apresentar contumazes déficits cambiais (saída de recursos externos superior à entrada), ampliando as importações frente às exportações. Trouxe uma alta dependência do capital financeiro para o financiamento do déficit da conta corrente da balança de pagamentos, exigindo reformas constitucionais administrativa, previdenciária e tributária.

Também vem suscitando questões em juízo, sobretudo no que diz respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Ocorre que já encontrou a jurisprudência mais ou menos consolidada em razão das experiências anteriores.

De fato, vem sendo firmado o entendimento de que as normas de ordem pública têm eficácia imediata e geral, alcançando as relações jurídicas estabelecidas antes da sua edição. Assim, a incidência imediata da alteração do padrão monetário não está sendo havida como violadora do direito adquirido.

Ambos os Acórdãos são do Superior Tribunal de Justiça.

I. Aplicação imediata, Plano Real e mudança de moeda. “Locação. Plano Real. Normas de incidência imediata. Assentada jurisprudência nos Tribunais sobre a incidência imediata das leis que alteram o padrão monetário, sem ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 101159. 1996. São Paulo. 6ª turma. Diário de justiça de 03.03.97, p. 4729. Relator Ministro WILLIAM PATTERSON. Unânime.*”

II. Conversão de padrões monetários. “Civil. Locação comercial. Plano Real. Medida Provisória nº 542/1994. Conversão do aluguel em real.



A Medida Provisória nº 542/1994, que instituiu o Plano Real e modificou o padrão monetário nacional, é norma jurídica de ordem pública, de eficácia imediata e geral, alcançando as relações jurídicas estabelecidas antes da sua edição.

As regras de conversão das obrigações pecuniárias com cláusula de correção monetária baseada em índices de preços, previstos no art. 21, da citada Medida Provisória, são aplicáveis aos contratos de locação comercial, sem que disso resulte quebra do princípio da irretroatividade da lei. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 89348. 1996. 6ª turma. Diário de justiça de 04.11.96, p. 42539. Relator Ministro VICENTE LEAL. Por maioria.*”

Como disse logo no início da apresentação destas Decisões Judiciais, e reafirmo, a seleção jurisprudencial não é exaustiva; e nem o poderia ser, graças à enorme contenciosidade provocada a partir dos Planos Econômicos do Governo.

Mas não se resume a utilização das medidas provisórias às situações imperativas da economia nacional.

Absolutamente não.

Bastaria o manuseio da Coletânea de Medidas Provisórias, publicada em Revistas Especiais do Tribunal Regional Federal, da 3ª Região, com sede em São Paulo⁷⁹¹, para se ter uma idéia do volume que elas representam na legislação brasileira.

Foram, desde o final de 1988, pois a Constituição atual é de outubro de 1988, até 03 de abril de 2.001, segundo os dados do Serviço de Controle de Informação do Senado Federal e da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República:

586 medidas provisórias originárias;

5.211 medidas provisórias reeditadas;⁷⁹²

⁷⁹¹ Vide Coletânea de Medidas Provisórias. Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Organização Desembargador Federal JOSÉ KALLÁS. Volume 4. Medidas Provisórias – 801 a 1.000. LEJUS – Livraria e Editora Jurídica Senador. Ano 2. Revista nº 04. 1998.



462 medidas provisórias convertidas;
28 medidas provisórias *revogadas*;
29 medidas provisórias sem eficácia;
22 medidas provisórias rejeitadas;
43 medidas provisórias em tramitação;
5.794 medidas provisórias editadas.

Para que se tenha uma idéia aproximada do que estes números significam, basta dizer que, na Coletânea há pouco referida, até o Vol. 4, estava-se na Medida Provisória nº 1.000. Cada Volume tem cerca de 900 páginas.

As matérias que vêm sendo nelas veiculadas são as mais díspares.

Dou exemplo do que digo:

Medida Provisória nº 804, de 30.12.94 (reeditada com alteração. Vide MP 867): cria a gratificação de desempenho e produtividade – GDP das atividades de finanças, controle, orçamento e planejamento, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 805, de 30.12.94 (reeditada com alteração. Vide MP 868): dispõe sobre enquadramento de servidores na Administração pública direta, nas autarquias e nas fundações, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 812, de 30.12.94 (convertida em lei. Vide Lei nº 8.981, de 20.01.95, publicada em 23.01.95): altera a legislação tributária federal, e dá outras providências.

⁷⁹² Sem dúvida, um dos grandes problemas das medidas provisórias brasileiras é o da reedição; pois, a cada reedição, ocorrem, ou podem ocorrer, sutis alterações; inclusive dos números que as acompanham.



Medida Provisória nº 813, de 01.01.95 (reeditada com alteração. Vide MP 886): dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 839, de 19.01.95 (reeditada com alteração. Vide MP 899): organiza e disciplina os sistemas de controle interno e de planejamento e de orçamento do Poder Executivo, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 849, de 20.01.95 (reeditada com alteração. Vide MP 909): altera a legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 850, de 20.01.95 (reeditada. Vide MP 910): dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da lei orçamentária anual de 1994.

Medida Provisória nº 855, de 26.01.95 (perdeu a eficácia): dispõe sobre a venda de veículos populares.

Medida Provisória nº 952, de 23.03.95 (reeditada. Vide MP 977): altera a legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 960, de 30.03.95 (reeditada. Vide MP 985): dispõe sobre a organização da assistência social, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 976, de 20.04.95 (reeditada. Vide MP 1.002): dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera disposições das Leis dos Planos de custeio (L. nº 8212/91) e de Benefícios (L. nº 8213/91) da Previdência Social, e dá outras providências.

Medida Provisória nº 980, de 25.04.95 (Vide MP 1.0006)⁷⁹³: dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, e dá outras providências.

⁷⁹³ Sobre este mesmo assunto, ver também: MP 860, de 27.01.95; MP 915, de 24.02.95; MP 955, de 24.03.95 e MP 980, de 25.04.95.



Medida Provisória nº 1718-05, 25.02.99: dispõe sobre a remoção de órgãos para transplante.

Fiz este breve Quadro Demonstrativo apenas para demonstrar que cada medida provisória, no Brasil, termina funcionando como uma Revista mensal sobre assuntos diversos; o que acarreta um sentimento de permanente ignorância sobre quais as normas que realmente estão em vigor.

Melhorar este estado de coisas é tarefa conjunta dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, do Ministério Público, dos Advogados; enfim, de todos nós brasileiros.

É preciso evitar o réquiem da Constituição.

Este foi o termo utilizado por FÁBIO KONDER COMPARATO, ao equiparar a Constituição de outubro de 1988 àquele excomungado que continuava com o corpo, mas havia perdido a alma.

É o pensamento de FÁBIO KONDER COMPARATO, traçando um duplo paralelo: o primeiro, suscitando as Ordenações do Reino de Portugal e a penal capital da morte do espírito (excomunhão); e o segundo, suscitando o terrorismo nazista em plena vigência da Constituição de Weimar, pelo esvaziamento da sua força interior: “As Ordenações do Reino de Portugal, que vigoraram entre nós por muito tempo, mesmo depois da independência, cominavam dois tipos de pena capital: a morte natural e a morte espiritual. A primeira atingia o corpo, a segunda a alma. O excomungado continuava a viver, mas só fisicamente: sua alma fora executada pela autoridade episcopal, aliada ao braço secular do Estado (título VIII, do Segundo Livro das Ordenações Filipinas).

(...) Todos nós, profissionais do direito, becados ou togados, continuaremos, por dever de ofício, a fazer de conta que vivemos num Estado Constitucional. Mas as nossas argumentações tomarão, fantasticamente, o aspecto de sábias dissecações anatômicas: serão análises de um cadáver. Afinal de contas, HITLER não precisou revogar a Constituição de Weimar para instituir o terrorismo nazista: bastou retirar-lhe toda força interior.”⁷⁹⁴

⁷⁹⁴ Boletim dos Procuradores da República. Ano 1, nº 04. Agosto de 1998. Fundação Procurador PEDRO JORGE DE MELO E SILVA e Associação Nacional dos Procuradores da República. Texto extraído das ps. 20 e 23.



Até aqui, foi visto que, no Brasil, as origens das Medidas Provisórias são, nitidamente, distintas daquelas dos Decretos-leis.

Estudou-se as propostas legislativas, inclusive de Emendas Constitucionais; as Resoluções que regulam a tramitação de uma medida provisória até que seja convertida em lei; concluiu-se pela limitação destas medidas ao Poder Executivo federal; passou-se à responsabilidade do Estado pelos danos que delas pudessem decorrer, aos Planos Econômicos aos quais elas serviram de espora; e, agora, chega-se à convicção de que é indispensável ter confiança nos Poderes que as formulam.

Não se trata apenas de ter confiança no Presidente da República, ou no Congresso Nacional.

É fundamental ter confiança no Poder Judiciário.

É ele que, ressalvados os juízos políticos, dará a palavra final, cabendo-lhe a análise da constitucionalidade de cada medida provisória.

Talvez, seja como disse AGUSTIN GORDILLO, em seus *Princípios Gerais de Direito Público*: “(...) a Constituição é o que a Corte Suprema decide que é.”⁷⁹⁵

⁷⁹⁵ GORDILLO, AGUSTIN. *Princípios Gerais de Direito Público*. Obra citada. 1977, p. 52.



CONCLUSÕES

“Constituição do Brasil, 05 de outubro de 1988.(...)

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.” (Texto originário)⁷⁹⁶

Estas Conclusões não têm o objetivo de resumir tudo o que desenvolvi no curso da exposição do tema *“Segurança Jurídica frente ao Estado de Direito no Brasil e o movimento de implantação do orçamento participativo”*.

Antes disto, pretende estimular àquele que se interessa mais de perto sobre o direito brasileiro, de maneira a que se aprofunde nos seus estudos.

Feita esta ressalva, prossigo.

Inicialmente, propus uma *classificação móvel* para as Constituições, fundada em dois critérios, que são o da efetividade e o da educação cívica.

Falo que ela é móvel, pois, nos dias de hoje, o que define uma Constituição não é, normalmente, o seu Texto; mas a sua efetividade (*real concreção dos comandos normativos*).

⁷⁹⁶ Vide o Título *“De 2.001 em diante”*, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).



CONCLUSÕES



Dentro desta classificação, encontrei três tipos de Constituições: a *Constituição-ficção de Estado de Direito de Carta*, ou apenas de papel; a *Constituição-ficção de Estado de Direito de Expectativa* e a *Constituição Efetiva*.

A *Constituição-ficção de Estado de Direito de Carta*, ou apenas de papel, é aquela portadora de uma quase completa ausência de participação popular consciente. É a dotada do mais alto grau de inefetividade.

A *Constituição-ficção de Estado de Direito de Expectativa* é aquela que permite que se preveja um futuro de efetividade, em face do estágio em que se encontra a sociedade que regula. Quanto menos for alterada, maior será a possibilidade de se ver respeitada e acatada.

A *Constituição Efetiva* é aquela que funciona, não sendo conhecida, apenas, por juristas; mas por fração prevalente da sociedade.

Após, defendendo o raciocínio de que com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Logo, não cabe antipatizar o instrumento da medida provisória presidencial para, depois, interpretá-lo.

Absolutamente.

Assim, simplesmente, compete ao Poder Judiciário brasileiro tornar efetivas as normas constitucionais, o que é um encargo bastante honroso; e, por vezes, difícil.

Todo o percurso histórico do Decreto-lei, no Brasil, foi estudado, desde a Constituição de novembro de 1937 (arts. 12, 13, 14 e 180); ou, mesmo antes, ao se comentar o art. 179, inc. XXXV, da Constituição de março de 1824, que previa o instituto da *medida provisória* para situações de rebelião ou de invasão de inimigos.

Efetivamente, as atenções principais ficaram voltadas para a Constituição atual, de outubro de 1988, com as suas alterações posteriores.



CONCLUSÕES



Nesta Constituição, foram vários os destaques, citando, desde já, o previsto no art. 25, § 1º, inc. II, do seu Ato das Disposições Transitórias.

Nele, o decurso de prazo passou a ser motivo de rejeição dos Decretos-leis remanescentes à ordem jurídica anterior.

É isto mesmo, inverte-se o critério até então adotado.

O decurso de prazo passou a ser motivo de recusa do Decreto-lei.

Ainda mereceu relevo a existência de duas Emendas Constitucionais, aprovadas no mesmo dia, que vieram a veicular o mesmo artigo. (Emendas Constitucionais nºs. 06 e 07, ambas de 15.08.95).

Refiro-me ao art. 246, que previa a vedação de medidas provisórias na regulamentação de artigo constitucional cuja redação houvesse sido alterada por meio de Emenda promulgada a partir de 1995. Atualmente, este dispositivo foi limitado no tempo, mediante a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001. É o seu teor atual: *“É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive.”*

Pois bem, dividi o assunto abordado em momentos básicos.

O primeiro chamei de Estado de Direito e Brasil.

Aqui, defendo que seria caçoar do humilde imaginar que a completa ausência de intervenção estatal garantiria liberdade àquele cidadão doente, subnutrido, que não tem o que vestir ou onde morar; ainda mais em um País onde as desigualdades são tão acentuadas. Miséria e liberdade não são expressões irmãs.

No entanto, é preciso que sejam estabelecidos limites para esta intervenção, quer no âmbito material, quer no formal.

Mesmo uma Constituição como a de novembro de 1937, a Constituição do *Estado Novo* brasileiro, cuidava de fixar matérias sobre as quais os Decretos-leis não poderiam ser expedidos.



CONCLUSÕES



É bem verdade que, com base no art. 180, desta mesma Constituição, que autorizava os Decretos-leis, GETÚLIO VARGAS chegou a editar a Lei Constitucional nº 09/45, que funcionou como um epitáfio do seu governo.

Não se pense, contudo, que, hoje em dia, o brasileiro médio não se interesse sobre o que sejam as medidas provisórias. Interessa-se, pois as matérias que elas consagram dizem, algumas vezes, diretamente respeito às suas vidas diárias, tal como ocorreu com o Plano Collor I, quando, repentinamente, veio o bloqueio de quase todos os seus recursos nos Bancos.

Isto, evidentemente, para aqueles que tinham algum dinheiro depositado.

Mas as medidas provisórias tratam, ainda, do valor do salário mínimo e da contribuição para a Previdência, das prestações do imóvel financiado, da aposentadoria, da pensão etc.

Todas estas são polêmicas quotidianas, que têm, na Constituição, a última palavra. Ou melhor, naquilo que a Corte Suprema decide que seja a Constituição.

Daí, ela não poder ser confundida com um mero acidente histórico, havendo qualquer estudo sobre medida provisória, ou outro instituto jurídico, de levá-la em conta.

Questões como a da reedição de medida provisória frente à jurisprudência do silêncio constitucional teve o seu espaço.

Por esta teoria, se a lei não disse, é porque não quis dizer.

Logo, é preciso que os Poderes constituídos fiquem limitados às fronteiras do Texto Constitucional, sob pena de incorrerem em inconstitucionalidade.



CONCLUSÕES



Se assim o é em relação às Emendas Constitucionais, tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF)⁷⁹⁷, nada justifica que não o seja em relação às medidas provisórias.

Ainda neste primeiro Capítulo, defendo a tese de que as dificuldades brasileiras não vão ser resolvidas a golpes de medidas provisórias, inclusive em matéria tributária; pois o problema nacional não está, simplesmente, na falta de dinheiro; mas, principalmente, na sua má distribuição (vide dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

É a heterogeneidade do Brasil que reduz a representatividade das médias nacionais.

Isto não significa que as medidas provisórias não sejam úteis no seu espaço excepcional de relevância e urgência dentro de um sistema presidencialista de governo.

Afinal, não se deve falar em separação estanque de funções, pois o que há são funções típicas e atípicas, desenvolvidas por todos os poderes constituídos.

É com base no adágio de que as exceções devem ser havidas como restritas (*segurança jurídica*) que se vem recusando a existência de medidas provisórias estaduais, distritais e municipais.

De onde se conclui que, devendo a atividade presidencial de legislar ser vista como uma exceção, não caberia estendê-la a governadores e prefeitos.

A realidade nacional não pode ser desconsiderada pelo intérprete. O Brasil é um País com um número enorme de municípios⁷⁹⁸, não sendo recomendável o incentivo à multiplicidade das medidas provisórias por disposição inexistente; ou, na melhor das hipóteses, implícita.

Não reconheço esta possibilidade nem explícita nem implicitamente.

⁷⁹⁷ Mesmo bem antes, quando da Emenda Constitucional, de 07.09.1926, a que ampliava os poderes do Executivo federal, este tema já foi analisado, embora a conclusão não haja sido por aferir normas constitucionais inconstitucionais.

⁷⁹⁸ Em 1997, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, os Municípios brasileiros eram 5.507 (cinco mil, quinhentos e sete). E este número vem crescendo.



CONCLUSÕES



Esta também vem sendo a compreensão dos Tribunais brasileiros, conforme foi apresentado.

Prossigo, dizendo que, em um sistema presidencialista, como no caso do Brasil, os diferentes Planos Econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II, Real) podem ser bem ou mal executados, e mesmo não executados; e, ainda assim, o Presidente não precisará dar satisfações jurídicas mais amiúdes a outro Poder, afora aquelas decorrentes das prestações de contas e as orçamentárias, além de por um distante cometimento de crime de responsabilidade⁷⁹⁹.

Dizendo isto, não quero, de modo algum, atribuir ao presidencialismo a razão das crises brasileiras, embora o parlamentarismo, aparentemente, pudesse manifestar-se como um instrumento prático com maiores alternativas.

No entanto, entendo que a Constituição de outubro de 1988 fortaleceu, formalmente, o Poder Legislativo, intensificando as suas atribuições.

Isto ocorreu, em parte, face ao trauma deixado pela ditadura militar pós-1964.

Nos trabalhos da Assembléia Constituinte, houve uma intensa participação popular.

Foram 61.020 Emendas dos Constituintes, além de 122 emendas populares diretas; algumas com mais de um milhão de assinaturas.

Logo no prefácio da edição lançada, oficialmente, pelo Senado Federal, ULISSES GUIMARÃES, o Presidente da Constituinte, realçava a necessidade de dividir competências para vencer as dificuldades.

O atual Presidente da República, que foi Senador Constituinte, FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, comentava, nos Anais da última sessão da referida Constituinte, que, pela primeira vez, na História do Brasil, e talvez do mundo, fazia-se uma Constituição com a colaboração direta da cidadania.

⁷⁹⁹ Na história da República brasileira, verifica-se o caráter excepcional do reconhecimento oficial do cometimento deste tipo de crime (crime de responsabilidade).



CONCLUSÕES



Assim, é preciso distinguir entre o uso e o abuso de qualquer instituto jurídico, inclusive em relação às medidas provisórias.

De fato, considero que falar em abuso de direito é uma errônea. Se há abuso, é porque não há direito.

O fim político da Constituição de outubro de 1988 foi o da retirada dos poderes, faticamente, ilimitados do Executivo, prestigiando-se o Legislativo.

A Constituição foi o instrumento a serviço deste fim.

Por isto, já à primeira vista, defendo que seja equivocado tratar a medida provisória como se fosse o Decreto-lei.

Implicaria em postular igualdade para o que é desigual.

Não se pode esquecer do ambiente de nascença das medidas provisórias brasileiras. Portanto, algo bem distante dos Decretos-leis.

Com o excesso na edição de medidas provisórias, mesmo os especialistas em temas cada vez menores não têm o exato controle do que está em vigor.

As medidas provisórias vêm sendo editadas e reeditadas a perder de vista; e o pior, com sutis alterações, que só o observador mais atento é capaz, na sua investigação diária, de encontrar. São tais como revistas mensais que trazem o *jogo dos sete erros*.

Ocorre que compõem a legislação de um dos mais importantes países do mundo, o Brasil.⁸⁰⁰

⁸⁰⁰ O Brasil é o quinto País do mundo em extensão territorial descontínua, o quarto em extensão contínua, tem a quinta população do mundo e é a nona economia em valor de PIB – Produto interno bruto. Contudo, a grandeza do Brasil ainda não se fez demonstrar nas importantes tarefas de erradicação da miséria e das profundas desigualdades regionais.



CONCLUSÕES



Mas não se atribua a manutenção dos excessos ao atual Texto Constitucional, pois ele garante ao Congresso Nacional a competência para zelar pela preservação da sua autoridade, em face da atribuição normativa dos outros Poderes (art. 49, inc. XI).

E não é só; pois, além do instrumento do decreto legislativo, foram fornecidas imunidades materiais e processuais aos parlamentares, que, no Brasil, funcionam como os julgadores definitivos dos pressupostos da relevância e da urgência de cada medida provisória.

Também o Poder Judiciário poderá deter participação ativa no campo dos excessos cometidos através de medidas provisórias, não apenas pelo juízo negativo de constitucionalidade, mas também pela compreensão mais ou menos abrangente que vier a dar ao mandado de injunção, indo para além do aconselhamento moral, tal como, atualmente, restringe-se na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Já são vários os Acórdãos do Supremo Tribunal Federal que, analisando mandados de injunções, fixam prazos para que se supra a omissão congressional, estabelecendo, desde logo, a possibilidade de ação econômica reparatória.

O mesmo poderia ocorrer quanto à ausência de regulamentação sobre as medidas provisórias não convertidas em lei, mas que produziram efeitos desde a edição; especialmente no campo tributário.

Colocando, assim, o Legislativo e o Judiciário como personagens ativos no que atine às medidas provisórias, recuso atribuir ao Congresso Nacional a estampa de mero aprovador da vontade do Executivo, como também tenho como desautorizadas as interpretações que escondam o Judiciário no campo do meramente formal, por exemplo no que se refere às medidas provisórias em matéria tributária.

Sublinhando o que penso, tenho como vedada a reedição de medidas provisórias, na mesma sessão legislativa, quando rejeitadas, anteriormente, pelo Congresso Nacional; cabendo, a cada um destes dois Poderes, adotarem as suas medidas jurídicas de repulsa.

O Congresso Nacional, através dos decretos legislativos. O Poder Judiciário nas hipóteses em que for, processualmente, provocado.



CONCLUSÕES



Afinal, até mesmo o Projeto de lei rejeitado não pode ser reapresentado na mesma sessão legislativa, senão por proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67).

De fato, a busca por limites para as medidas provisórias não se trata de perseguição ao Executivo; isto, também, chegou a ser feito em relação às resoluções do Poder Judiciário e do próprio Congresso, no que se referia, por exemplo, às remunerações dos juízes e dos parlamentares.

Defendi, ainda, que uma das idéias-força que me moveu foi a de que não cabe isolar a Constituição no mundo meramente lógico, esquecendo-se que a Constituição foi feita para ser aplicada.

Assim, as medidas provisórias não precisam apenas observar os pressupostos formais de admissibilidade (relevância e urgência). É preciso mais.

Faz-se necessário que atenda à Constituição por inteiro. Mas não basta uma boa Constituição, ou um bom documento constitucional.

É preciso que haja um intercâmbio entre a teoria e a prática.

Para isto, é a educação que termina sendo um dos principais elementos definidores do tipo de Constituição de um Estado. É educando que se constrói a cidadania.

Muitas vezes, não é a Constituição que deve ser passada a limpo, mas a lógica das autoridades que não aceitam cumpri-la.

De fato, não se conhece o direito de um lugar apenas passando por um estágio de uns poucos meses. É necessário trabalhar com ele. Vê-lo desenvolvendo-se no seu dia-a-dia.

Se não for assim, apenas se colherá precárias impressões superficiais.

Em relação às medidas provisórias, o mesmo se diga.

É preciso colher o instituto no Brasil, no seu desenvolvimento conjunto com os demais problemas que assolam a Nação. Isolá-la é um equívoco.



CONCLUSÕES



Isto não significa que o estudo dos direitos estrangeiros não possa fornecer úteis sugestões à interpretação e à aplicação de cada direito positivo nacional. Tanto as semelhanças, quanto também as diferenças terminam por ajudar o jurista na formulação dos seus juízos críticos⁸⁰¹.

Se, antigamente, este raciocínio era válido, tanto mais será hoje com o fenômeno da globalização, que vem implicando na aproximação dos sistemas jurídicos.

Não ajudam críticas ou elogios insulados. Nada é isolado no direito.

A cada dia a sociedade tem o desafio de se superar, e o direito também.

Neste estágio dos trabalhos, aprofundei, ainda mais, as minhas análises e perspectivas sobre as medidas provisórias no Brasil.

Aqui, defino que, realmente, foi a Constituição de novembro de 1937 a que primeiro consagrou a figura do Decreto-lei.

Portanto, o Decreto-lei surgiu em um Estado de teor fascista, onde o predomínio do Executivo saltava aos olhos.

Era o Estado do Conselho Federal, uma espécie de Senado sem voto popular.

Era o Estado de uma Constituição mutilada em relação à anterior de julho de 1934, no entendimento de PAULO BONAVIDES.

Na verdade, governava-se sem Constituição.

Assim, começou mal a experiência dos Decretos-leis no Brasil.

Após, veio a substituição da Constituição de novembro de 1937 pela de setembro de 1946.

⁸⁰¹ Foram dispostos o art. 86, da Constituição da Espanha, de 1978; o art. 77, da Constituição da Itália, de 1947; o art. 38, da Constituição da França, de 1958 e os arts. 112º, 2 e 169, da Constituição de Portugal, já revista pelas Leis Constitucionais nºs. 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97.



CONCLUSÕES



Nesta, eles não estavam previstos. Houve um intervalo sem os Decretos-leis.

Isto não provocou soluções de continuidade prejudiciais ao Estado brasileiro, haja vista que o Plano de Metas, de JUSCELINO KUBITSCHEK (1956-1961) fez com que o Brasil tivesse um crescimento efetivo, aproximadamente, três vezes maior do que o do restante da América Latina no mesmo período.

Tudo isto sem os Decretos-leis ou Medidas Provisórias.

Portanto, estes instrumentos podem até ser úteis, mas não são imprescindíveis segundo a história nacional.

Os Decretos-leis, que surgiram e se extinguíram com o Estado Novo, apenas retornaram com os Atos Institucionais do regime ditatorial pós-1964.

Com os Atos Institucionais n.ºs. 02/65 e 04/66, cujas origens autoritárias foram apontadas no desenvolvimento do texto, recobramos os Decretos-leis um espaço que haviam perdido no ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo assim, ao menos formalmente, e em períodos onde não estivesse decretado o recesso parlamentar, eram fixados limites materiais, tal como a referência à segurança nacional, que se tratava de um conceito de fronteiras amplas e pouco definidas. (AI-02/65)

Ou, então, ficavam mantidos, ao lado da segurança nacional, matérias como a financeira e a administrativa. (AI-04/66)

Portanto, o Decreto-lei, até aqui, encontrava-se, umbilicalmente, ligado a secções históricas brasileiras de enfraquecimento democrático: a Constituição de novembro de 1937 e dois Atos Institucionais.

A seguir, veio a Constituição de janeiro de 1967, que, também, dispunha sobre as matérias passíveis de intervenção por Decreto-lei. Eram aquelas relativas às finanças públicas e à segurança nacional, desde que não resultasse em aumento de despesa. Além disto, advertia pela propriedade da sua adoção apenas em casos de urgência ou de interesse público, que são conceitos difíceis de serem definidos.



CONCLUSÕES



No Brasil deste intervalo histórico pós-1964, foram expedidos 17 (dezessete) Atos Institucionais e 73 (setenta e três) Atos Complementares.

Recebeu, entre eles, um especial destaque o Ato Institucional nº 05/68, que facultou ao Presidente da República decretar o recesso parlamentar quando julgasse conveniente, estando autorizado a legislar em todas as matérias neste período.

Pois bem, diante de tantos Atos Institucionais e Complementares, foi outorgada, por uma Junta de Militares, a Emenda Constitucional nº 01/69, sob o argumento de adequar a ordem jurídica nacional aos Atos existentes, fortalecendo o Poder Executivo.

Nesta Emenda, que pela sua dimensão e importância chega a ser chamada de nova Constituição, o Decreto-lei poderia ser empregado, desde que não houvesse aumento de despesa, em matérias sobre segurança nacional; finanças públicas, inclusive normas tributárias; e criação de cargos públicos e fixação de seus vencimentos.

Durante o período de vigência da Constituição de 1967/69, permaneceu o decurso de prazo como uma manifestação positiva de vontade do Congresso Nacional, porquanto havia norma expressa neste sentido. No entanto, merece ser referida a Emenda Constitucional nº 22/82, que conferiu ao mesmo um período maior para que se pronunciasse sobre a iniciativa do Governo.

Na atual Constituição de outubro de 1988, há citações constitucionais que têm por objeto impedir as medidas provisórias em determinados assuntos, ou a partir de certas épocas (art. 25, § 2º; art. 246, ambos do Texto Permanente; e art. 73, das Disposições Transitórias).

Logo, não há uma completa ausência de limites materiais.

Além do que, na própria apreciação, pelo Congresso Nacional, de cada medida provisória, deve-se consagrar um juízo sobre a relevância e a urgência (requisitos de admissibilidade), para, posteriormente, partir-se para a averiguação dos pressupostos substanciais de constitucionalidade.

Quanto às posições doutrinárias que, defendendo a apreciação sistêmica da Constituição, procuram encontrar novos limites de conteúdo para as medidas provisórias,



CONCLUSÕES



apresentei algumas, que, em síntese, terminam por concluir, com pequenas alterações, por algumas fronteiras de impossibilidade de regulamentação através de medidas provisórias.

Não caberiam medidas provisórias sobre as seguintes matérias: 1. restritas às Emendas Constitucionais; 2. atos cuja iniciativa não compete ao Presidente da República, tal como aqueles da competência exclusiva do Congresso Nacional e os relativos à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; 3. matéria penal.

Sobre estes lindes, considero que haja uma certa harmonia de pensamento no Brasil.

No entanto, existem outros a respeito dos quais o dissenso permanece em aberto.

Refiro-me:

- a) às matérias proibidas, constitucionalmente, de serem veiculadas por meio de leis delegadas, incluindo, aí, aquelas próprias às leis complementares;
- b) à matéria tributária.

Paulatinamente, a jurisprudência, com o apoio necessário da doutrina, continuará a construir o instituto da medida provisória no Brasil, de modo a fazer as necessárias acomodações.

Ainda não se pode delimitar, ao certo, a extensão que prevalecerá quanto à competência privativa do Presidente da República de editar medidas provisórias.

No entanto, os Poderes Públicos não estão paralisados nesta tarefa.

Por exemplo, a partir de 1995, tudo o que foi ou viesse a ser alterado, na Constituição do Brasil, não era passível de regulamentação por medida provisória (art. 246); o que era bastante importante, dado o grande número de Reformas Constitucionais. Ocorre que, nos termos da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, esta restrição foi limitada no tempo, pois apenas se aplica ao intervalo compreendido entre 1º de janeiro de 1995 até 11.09.2001.



CONCLUSÕES



Aplicação prática dos debates judiciais em torno disto está na contribuição social do salário educação, que foi alterada pela Emenda Constitucional nº 14/96.

Também importante, na análise deste novo instituto da medida provisória no Brasil, está o não esquecimento do art. 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que chegou, até mesmo, a interferir no regime jurídico dos Decretos-leis em tramitação à época em que a nova Constituição foi promulgada.

Nele, como já foi dito, além de, liminarmente, haver sido eliminada a inclusão automática dos Decretos-leis na ordem do dia do Congresso Nacional, determinou-se que o decurso de prazo provocava a rejeição do instrumento construído no autoritarismo que se encerrava.

Insisto nisto: no § 1º, do art. 25, do Ato das Disposições Transitórias, ficou determinada a rejeição do Decreto-lei editado até 02.09.88, por decurso de prazo, invertendo o que naquele momento vigia, embora resguardasse os atos já praticados no período de espera do pronunciamento congressional.

Também voltei as minhas preocupações para os trabalhos legislativos existentes, especialmente para aqueles que vêm recebendo mais relevantes desdobramentos pragmáticos.

Refiro-me ao Substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que apresentou Proposta de Emenda Constitucional e de Reforma da Resolução nº 01/89, do Congresso, que disciplina a tramitação das medidas provisórias.

A conclusão destes trabalhos foi no sentido de que as medidas provisórias devem ser mantidas no regime jurídico nacional, embora devendo ser revistas as condições e as formas de adoção.

A título de Proposta de Emenda Constitucional, ficaria o art. 62, com um § 8º, sob a seguinte redação: “Art. 62. (...) § 8º. Não será objeto de medida provisória as matérias: I- vedadas à lei delegada, como previsto no art. 68; II- relativas ao direito penal; III- reservadas à lei complementar.”⁸⁰²

⁸⁰² Argumento que a imposição de novos limites materiais para as medidas provisórias só podem ser veiculados por Emenda Constitucional, dado que, em minha interpretação, a Lei Complementar



Ainda entre as principais alterações sugeridas, sublinho as que se seguem:

1. a extensão do prazo de vigência da medida provisória para 60 (sessenta) dias. Ultrapassado este período, implicaria na inclusão, em regime de urgência, e, na ordem do dia, na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, preservando-se o critério de alternância simples do início da tramitação;
2. ficaria vedada, expressamente, a reedição de medida provisória, toda vez que o Congresso Nacional, por decreto legislativo, declarasse a cessação da sua eficácia, disciplinando os atos praticados na sua vigência;
3. haveria a ampliação da Comissão Mista Permanente Única de Senadores e Deputados, respeitada a proporcionalidade partidária ou de blocos parlamentares, para a emissão de Pareceres sobre cada uma das medidas provisórias editadas, de maneira a orientar a votação pelo Plenário de cada uma das Casas Legislativas;
4. o Presidente da República deveria comunicar ao Presidente do Congresso Nacional a adoção de cada medida provisória com 48 (quarenta e oito) horas de antecedência. A exceção a isto deveria vir fundamentada na Exposição de Motivos da medida.
Contra esta Proposta, há um outro Projeto refutando a comunicação com antecedência, advertindo que a natureza urgente e relevante da medida traria embutida em si a necessidade absoluta de sigilo prévio;
5. interdita-se, expressamente, a adoção de medida provisória versando sobre matéria penal, ou proibidas à lei delegada ou complementar.

Além deste Substitutivo, e pela pesquisa que fiz junto ao Congresso Nacional, Projetos de leis esparsos logram lançar algumas idéias que considero dignas de serem sublinhadas para o aprofundamento dos debates.

prevista no art. 59, Parágrafo Único, da Constituição brasileira de outubro de 1988, apenas poderá dispor sobre questões de técnica formal, tal como já o fez a Lei Complementar nº 95, de 26.02.98. O que poderia a lei complementar fazer, e não o fez, seria, simplesmente, transpor, para um espaço específico (um artigo seu por exemplo), algo que já se encontra difuso no Texto Constitucional. Não mais. Se ultrapassar este limite, incorrerá em inconstitucionalidade.



CONCLUSÕES



São alguns exemplos:

1. proibição de, na mesma sessão legislativa em que a medida provisória não haja sido convertida, vir a ser reapresentada a medida. Em favor deste procedimento, aponta-se que já existem dois dispositivos constitucionais similares (art. 60, § 5º, em relação às Emendas Constitucionais; e art. 67, em relação aos projetos de lei rejeitados);
2. inclui, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, a inobservância do regulado no art. 62, da atual Constituição, que foi citado logo no início destas Conclusões, e trata das diretrizes constitucionais das medidas provisórias. Este Projeto de Lei foi de ITAMAR FRANCO, à época Senador;
3. a relevância e a urgência constitucional, para a edição das medidas provisórias deveriam ser melhor demarcadas, sugerindo-se como casos urgentes e relevantes apenas aqueles que pudessem causar danos irreparáveis à economia nacional, ou ameaçasse a existência da União e a forma federativa do Estado. Argumenta-se que a aparente liberdade do Executivo termina por fazer-lhe invadir as prerrogativas do Legislativo. Prega o fortalecimento da divisão da responsabilidade política entre o Congresso Nacional e o Presidente da República;

Referência à parte, confiro ao Projeto de Lei Complementar (Câmara dos Deputados), do à época Deputado NELSON JOBIM, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Este Projeto foi apresentado em 21.02.90.

Dele, e de alguns outros, desdobrou-se o Projeto de Lei Complementar nº 223-b, de 1990.

A seu respeito, desde logo, exponho, quanto ao seu aspecto formal, o que disse o Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação.



CONCLUSÕES



Em favor da regulamentação da medida provisória, através de lei complementar, argumentou-se com o art. 59, Parágrafo Único, onde vem disposto que *lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis*.

Além disto, diz-se que, se não se pudesse regulamentá-la, nenhum motivo levaria o Presidente da República a solicitar a delegação congressional (lei delegada), com as restrições constitucionalmente existentes neste procedimento legislativo, dado que ele poderia ter à sua disposição, *sem quaisquer limites*, a medida provisória.

Vários são os pontos de relevo inseridos neste Projeto de Lei.

Por dever de síntese, destaco apenas:

1. a reedição de medida provisória ficaria permitida na hipótese de inércia congressional para além dos trinta dias (Texto originário) destinados à apreciação;
2. se a medida provisória for recusada, pelo Congresso Nacional, por falta de relevância e de urgência, veda-se a sua reedição na mesma sessão legislativa;
3. fixa um prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional edite o decreto legislativo necessário à regulamentação das relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida em lei, total ou parcialmente.
Já admitindo a hipótese deste prazo não vir a ser cumprido, determina que, neste caso, serão conservados os efeitos decorrentes da medida provisória na parte não convertida.

No Parecer dado a este Projeto de Lei pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação, surgem descritos aspectos de grande realce sobre os trabalhos constituintes e pré-constituintes, revelando-se as origens constitucionais brasileiras das medidas provisórias.

Entre as várias citações, apresenta-se TANCREDO NEVES, ex-Primeiro Ministro e Presidente eleito do Brasil, defendendo a supressão pura e simples do decreto-lei.

Note-se que pelo estudo destes trabalhos, fica esclarecido que a utilização da medida provisória não se deveu a possíveis eventuais obstruções das minorias parlamentares ou à lentidão do processo legislativo de um Parlamento apático.



CONCLUSÕES



De fato, conforme citação deste Parecer às palavras do Deputado NILSON GIBSON, a própria adoção do termo *medida provisória*, e a sua não inclusão entre as normas do processo legislativo até a Redação final, deveu-se a motivos bem concretos.

É que, assim, com a utilização de um nome sem tradição na história jurídica nacional, escondia-se, no Texto, este instrumento, reduzindo-se os debates e as polêmicas que, naturalmente, seriam suscitadas pela sua inclusão.

Algumas Emendas em Plenário foram oferecidas ao Texto Substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação.

Veja-se as que considero mais importantes:

1. entre as matérias vedadas à medida provisória, propõe-se a inclusão das normas sobre processo penal.
2. esclarece-se que, em relação às matérias que possam ser veiculadas por decreto, não haveria nenhum sentido de proibi-las à medida provisória. Isto pode parecer óbvio, mas diz respeito, particularmente, à matéria tributária no que atine à alteração de alíquotas (art. 153, § 1º), que não precisam observar o princípio da anterioridade (art. 150, § 1º). Como se sabe, não são poucos os defensores que propugnam a restrição total das medidas provisórias neste campo.
3. defende-se que se era autoritário o decurso de prazo significando a aprovação do Decreto-lei, também é autoritário que o mesmo decurso de prazo funcione como hipótese de rejeição de medida provisória.
4. defende-se que a proposta de paralisação dos trabalhos do Congresso Nacional, acaso não se delibere sobre as relações jurídicas advenientes da medida provisória que perdeu a eficácia, é algo autoritário e inaceitável. Por isto, propõe-se a supressão do art. 10, deste Substitutivo.
5. pondera-se por se permitir ao Presidente da República retirar a medida provisória já encaminhada ao Congresso Nacional, pois a natureza emergencial da medida pode haver hoje, e deixar de haver mais adiante, antes da sua transformação em lei.



CONCLUSÕES



6. defende-se a possibilidade de a medida provisória constituir situação definitiva, em face de seus efeitos jurídicos e factuais irreversíveis.

O argumento para esta postulação calcou-se em que não poderia a legislação infra-constitucional ir além das circunstâncias constitucionais da relevância e da urgência.

7. propõe-se que reste impedido o Presidente da República de editar medida provisória que trate de matéria ainda sujeita à deliberação do Congresso Nacional; pois, se assim não o fosse, estaria-se atropelando a atividade legiferante.

8. apresenta a tese de que não se pode subordinar os efeitos jurídicos de uma medida provisória a eventos futuros, que estejam para além dos trinta dias constitucionais (art. 62, Parágrafo Único – Texto originário).

Isto tem uma particular importância em relação aos tributos, que estão sujeitos ao princípio da anterioridade pelo exercício financeiro anual (art. 150, inc. III, al. “b”), ou ao princípio da anterioridade nonagesimal das contribuições em favor da seguridade social (art. 195, § 6º).

É de se sublinhar que o Supremo Tribunal Federal, vem, atualmente, adotando a postura de que é possível computar o prazo da anterioridade a partir da edição da medida provisória convertida em lei.

9. advoga a impossibilidade de serem enxertados assuntos que não façam parte do sentido global de conjunto de uma determinada medida. Estes enxertos poderiam constituir um mecanismo de oportunidade, evitando-se que a matéria viesse a ser tratada, regularmente, pela via do Projeto de lei.

Neste estágio das conclusões, defendo de *lege ferenda*:

1. a medida provisória, não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 (sessenta) dias, deveria, apenas no dia subsequente ao encerramento deste, poder ser reeditada. O prazo de eficácia da medida reeditada seria limitado a 30 (trinta) dias;

2. a medida provisória rejeitada por haver o Congresso Nacional considerado como inexistentes os pressupostos de relevância e de urgência, deveria ser, automaticamente, convertida em Projeto de lei, ao qual ficaria assegurado o



regime de urgência, tal como hoje está consignado no § 2º, do art. 64, da Constituição de outubro de 1988;

3. a medida provisória, rejeitada pelo Congresso Nacional por algum outro motivo, poderia, ainda na mesma sessão legislativa, ser reapresentada, desde que, obviamente, compatível com a Constituição; porém, expurgada dos defeitos encontrados pelo Congresso, se o fundamento da rejeição permitir esta adequabilidade.

Quanto ao estágio atual do regime jurídico brasileiro, reconheço os seguintes limites materiais negativos⁸⁰³:

1. foi vedada a utilização das medidas provisórias para regular a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º, na redação da Emenda Constitucional nº 05, de 15.08.95);

2. foi vedada a utilização de medida provisória na regulamentação de artigo constitucional alterado por meio de Emenda promulgada a partir de 1995 (art. 246. Este artigo foi aprovado duas vezes. As duas aprovações, como foi dito anteriormente, decorreram das Emendas Constitucionais nºs. 06 e 07, ambas de 15.08.95). Contudo, pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, esta norma foi restrita no tempo, prevalecendo apenas no intervalo de 1º de janeiro de 1995 até 11.09.2001;

3. foi vedada a utilização de medida provisória na regulamentação do Fundo Social de Emergência. Este Fundo implica em recursos que, prioritariamente, devem ser recolhidos para o custeio das ações governamentais nos sistemas de saúde e de educação.

Os Estados e os Municípios costumam criticá-lo, fundamentalmente, porque ele retira porção da receita que lhes deveria ser repassada (art. 73, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Já foi objeto de duas Emendas

⁸⁰³ Falo em limites materiais negativos, pois existem assuntos onde a própria Constituição diz que podem ser veiculadas por medidas provisórias, como é o caso do art. 167, § 3º, que trata dos créditos extraordinários para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.



CONCLUSÕES



Constitucionais, a saber: Emenda Constitucional de Revisão nº 01, de 01.03.94 e Emenda Constitucional nº 10, de 04.03.96);

4. não se pode mudar o Texto Constitucional por medida provisória;
 5. se o Presidente da República não dispuser de competência constitucional para a iniciativa de Projeto de lei sobre uma matéria, também não poderá sobre ela regular pela via da medida provisória;
 6. pelo caráter de urgência que deve investir toda medida provisória, tenho como incompatível a sua utilização nos assuntos constitucionalmente submetidos ao princípio da anterioridade (art. 150, inc. III, al. “b” e art. 195, § 6º. Ver, ainda, o art. 35, § 2º, do Ato das Disposições Transitórias, que fixa prazos de encaminhamento do projeto de plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento).
- De onde se conclui não pela impossibilidade total de serem utilizadas medidas provisórias em matéria tributária; mas pela incompatibilidade da medida provisória toda vez que houver a exigência do prazo constitucional de espera.
- Ao contrário do que defendo, faço, novamente, registrar que o Supremo Tribunal Federal vem pacificando a sua posição de que o prazo requisitado pelo princípio da anterioridade tributária deve computar o período a partir da edição da medida provisória, acaso a mesma venha a ser convertida em lei.
- No regime jurídico atual, ainda com maior vigor, será, quase sempre, uma incógnita a aprovação de uma dada medida provisória;
7. não faz sentido dizer que não caibam medidas provisórias em matérias passíveis de regulamentação até mesmo por decreto. A questão, aí, não é de descabimento; mas de falta de interesse por utilizá-la.
 8. quanto à matéria penal, defendo que não caiba a utilização de medidas provisórias para criar novos tipos penais, ou para aumentar as penas.



CONCLUSÕES



Assim propugno não porque sejam impedidas às medidas provisórias as mesmas matérias que estejam defesas às leis delegadas⁸⁰⁴, mas porque a liberdade perdida jamais será reparada, apresentando-se insuficiente qualquer reposição econômica.

A perda da liberdade é algo definitivo, e as medidas de caráter acautelatório, tal como vejo as medidas provisórias, não devem trazer consequências sem reposição equivalente.

Agora, falando sobre a Resolução do Congresso Nacional/89, atualmente em vigor, e que fixa o procedimento de apreciação das medidas provisórias instaladas pelo Presidente da República, faço os seguintes realces:

1. quanto à formulação de uma emenda à medida provisória em análise, dá-se a necessidade de que a mesma venha acompanhada do texto que irá disciplinar as relações jurídicas decorrentes da sua aprovação;
2. a Comissão Mista, encarregada da elaboração do Parecer, deve seguir uma ordem na exposição dos seus motivos, que é a seguinte: primeiro, apura os pressupostos de relevância e de urgência; depois, passa à análise do conteúdo constitucional.
É de se notar, ainda, que, atualmente, se o Plenário de cada Casa nada decidir quanto ao atendimento dos requisitos da relevância e da urgência, presume-se que eles existam, fazendo lembrar uma espécie de aprovação por decurso de prazo.
A Proposta de Emenda desta Resolução/96, altera este critério, fazendo prevalecer o Parecer da Comissão, que poderá ser positivo ou negativo;
3. na atual Resolução/89, precisamente no seu art. 17, ficou disposto que, esgotado o prazo constitucional dos trinta dias (art. 62, Parágrafo Único – Texto originário), sem a deliberação final do Congresso Nacional, a Comissão Mista deverá elaborar Projeto de Decreto Legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes.

⁸⁰⁴ Constituição do Brasil. “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não será objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: (...) II- nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais (...)”.



CONCLUSÕES



De tal modo, o silêncio do Congresso Nacional é havido como hipótese de perda de eficácia da medida.

Insisto, portanto, que, a cada medida provisória, deve o Presidente da República demonstrar os requisitos da relevância e da urgência.

Assim, embora *relevância e urgência* sejam conceitos jurídicos indeterminados (*a priori*), na análise do caso concreto (*a posteriori*), é possível ao Congresso Nacional verificar se estes requisitos existem ou não, cabendo ao Executivo demonstrá-los a cada medida editada.

Para que o Plenário de cada Casa formule o seu juízo concreto, tenho como de bom alvedrio que o Parecer do Relator da Comissão Mista seja distribuído com antecedência aos membros desta Comissão; e, desde logo, aos demais parlamentares, se o pedirem, e que o Parecer da própria Comissão seja distribuído, também, com antecedência a todos os parlamentares.

O Projeto de Resolução/96 grafa, em 48 (quarenta e oito) horas, o prazo para a distribuição do Parecer do Relator.

Neste Projeto, repito, acaso o Plenário da Casa Legislativa não se pronuncie sobre o Parecer da Comissão Mista, prevalecerá o Parecer, que tanto poderá ser pela aferência dos pressupostos da relevância e da urgência, quanto não.

Ultrapassada a análise das propostas legislativas, e reconhecendo que até as leis da natureza variam a depender das circunstâncias, haja vista a relatividade das perspectivas, mantenho a adotar uma posição realista, mas não pessimista em torno das medidas provisórias.

Nesta etapa, defendo que as medidas provisórias têm força de lei, mas não são leis. Não são leis completas, pois ainda estão em formação.

No direito brasileiro, conforme larga jurisprudência, também têm força de lei alguns convênios tributários interestaduais, a sentença de mérito transitada em julgado etc.

Mais do que isto.



CONCLUSÕES



Quando a Constituição do Brasil, de outubro de 1988, quis falar em lei complementar, ela nem sempre o fez de maneira expressa, haja vista artigos como: art. 5º, inc. II; art. 174, § 2º. Para concluir isto, basta que se coteje outros artigos constitucionais, como, por exemplo, o art. 146, inc. III, al. “c”; art. 192, “caput” e inc. VIII.

Assim o é porque não basta conhecer a norma isoladamente, é preciso conhecer o sistema em que ela se enquadra.

Portanto, quando se afirma que não cabe à medida provisória tratar de matéria reservada, constitucionalmente, à lei complementar, pelo fato de o art. 62, apenas fazer referência à *força de lei*; e não à *força de lei complementar*, esquece-se que, em várias outras oportunidades, a Constituição referiu-se ao termo *lei* no sentido de lei complementar.

Além do mais, não é possível confundir, no sistema constitucional brasileiro, a medida provisória com a lei delegada. Logo, não são, imediatamente, extensíveis às medidas provisórias as proibições veiculadas, constitucionalmente, para as leis delegadas.

Quanto ao quórum qualificado da lei complementar, mais qualificado é o quórum constitucional; e, certamente, não vai a lei complementar desdizer o que determinou a Constituição, sob pena de arcar com o vício da inconstitucionalidade.

Finalmente, não parece crível que sirva como vetor proibitivo às medidas provisórias, para que não intervenham na seara das leis complementares, o fato de localizarem-se, no art. 59, abaixo destas. Trata-se de questão, meramente, topográfica, de caráter insignificante. Se assim não o fosse, também as medidas provisórias não deveriam versar sobre matéria própria à lei ordinária; pois, no plexo do mesmo art. 59, também as medidas provisórias permanecem abaixo.

Decidir por uma interpretação em face da mera localização de um preceito é uma visão estreita, e, não poucas vezes, errada.

Por tudo isto, concluí que a medida provisória tanto pode versar sobre matéria de lei ordinária, quanto também de lei complementar.

Naturalmente que, convertida em lei, a medida provisória deixa de ser provisória, e torna-se efetivamente lei. Isto porque se, dentro do prazo de vigência constitucional, o Congresso Nacional transformar a medida provisória em lei, estará, simplesmente,



CONCLUSÕES



cumprindo um procedimento constitucional de criação legislativa; o que é, perfeitamente, regular.

Esta nova lei deve ser tratada sem preconceitos ou perseguições hermenêuticas.

Logo, a proibição dos efeitos repristinatórios (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil) apenas se coloca quando se trate de lei revogando lei, o que não é o caso da medida provisória.

Na hipótese da revogação de uma lei por outra, é preciso norma expressa para se promover a restauração da lei revogada.

Mas não é este o caso da medida provisória, que não é lei senão após a sua conversão.

De tanto, acaso não convertida, não haverá de se falar em repristinação da lei revogada. Isto por um motivo singelo: não houve revogação.

Medida provisória não revoga lei.

A medida provisória opera os seus efeitos desde a edição, suspendendo os efeitos da lei que lhe for contrária; isto porque opera sob condição resolutiva. A condição resolutiva é a sua não conversão, pelo Congresso Nacional, no prazo constitucional.

A lei contraditada, no entanto, está sob condição suspensiva, pois, acaso a medida provisória não seja convertida em lei no prazo constitucional, ela voltará a produzir efeitos.

O marco é um só: a não conversão da medida provisória em lei no prazo constitucional.⁸⁰⁵

Se, mesmo durante a vigência do regime jurídico do Decreto-lei, GERALDO ATALIBA⁸⁰⁶ já se referia aos seus *efeitos precários, porque dependentes de aprovação*,

⁸⁰⁵ Veja-se o Título “De 2.001 em diante”, onde comento a Reforma Constitucional sobre o regulamento jurídico das medidas provisórias brasileiras.

⁸⁰⁶ Vide ATALIBA, GERALDO. Decreto-lei na Constituição de 1967. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1967, ps. 21-22.



CONCLUSÕES



com bem maior razão resta concluir pelos tais efeitos precários no novo sistema, dado que as medidas provisórias não podem vir a ser aprovadas por decurso de prazo.

Enfim, se a medida provisória não for convertida em lei no prazo constitucional, cessa-se a suspensão da lei que o Executivo pretendia ver substituída, devendo o Congresso Nacional dispor, por decreto legislativo, sobre as relações jurídicas decorrentes da medida não convertida.

Não regulando, cabe o mandado de injunção, ou, sem muita chance de êxito prático, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Continuando a minha análise sobre as medidas provisórias, defendo que tenho como demonstrada a inexistência de responsabilidade objetiva por atos legislativos, dado que não há nenhuma referência constitucional a isto.⁸⁰⁷

De fato, todas as leis, e também as medidas provisórias, precisam atender a critérios de isonomia, sob pena de incorrerem em vícios de inconstitucionalidade por favoritismos e perseguições.

Desta ordem, mesmo não sendo necessário à lei ser geral e abstrata, precisaria ser isonômica; ou, dito de outra maneira, precisaria atender ao rumo constitucional.

Portanto, algumas situações devem ser destacadas em relação às medidas provisórias neste tema:

1. a medida provisória é, normalmente, impessoal, não provocando, por si, prejuízos; ou, ao menos, estes não são concentrados em um só indivíduo. O que pode acarretar os danos é a aplicação da medida;

⁸⁰⁷ Não retiro a responsabilidade objetiva por ato legislativo nem do art. 37, § 6º - que fala em *peçoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos*; nem tampouco do art. 21, inc. XXIII, al. “c” - que trata da responsabilidade por danos nucleares, ambos da atual Constituição brasileira. São estas as duas únicas hipóteses constitucionais de responsabilidade objetiva.



CONCLUSÕES



2. se a medida provisória for considerada inconstitucional pelo Poder Judiciário, tenho como, perfeitamente, possível, desde que se comprove o prejuízo concreto, a busca, na via judiciária, da reparação econômica;
3. se a medida provisória for considerada inconstitucional, quando da sua análise pelo Congresso Nacional, deve o mesmo, mediante decreto legislativo, dispor sobre as situações constituídas durante a medida. Em nome do princípio da segurança jurídica, não poderá haver prejuízo. Em havendo, é devida a reparação;
4. se a medida provisória for havida, pelo Congresso Nacional, como não atendendo aos requisitos constitucionais da relevância e da urgência; em face de, atualmente, o Supremo Tribunal Federal considerar, em via de regra, estes pressupostos como detendo caráter meramente político, bastaria a recusa do Congresso Nacional, e a comprovação do prejuízo concreto, para habilitar uma ação indenizatória.

Enfim, é impossível falar de medidas provisórias, no Brasil, sem fazer referência aos sucessivos Planos Econômicos, que vêm se multiplicando desde a década de 80.

Todos eles tiveram, ao menos, um ponto comum.

Foram veiculados por Decretos-leis ou medidas provisórias, que, por vezes, eternizaram-se no tempo.⁸⁰⁸

Mas, com as exigências que afirmam existir nos tempos modernos, e mediante estes dois instrumentos historicamente diferenciados, foram várias as questões jurídicas que afligiram os brasileiros em cada um dos principais Planos Econômicos por que passou o Brasil, a partir do Plano Cruzado.

Ao ponto de hoje ser bastante comum discutirem-se, no Judiciário, simultaneamente, vários deles.

⁸⁰⁸ Precedentemente nestas mesmas conclusões, referi-me ao Plano de Metas, de JUSCELINO KUBITSCHEK (1956-1961), que foi formulado e executado na vigência da Constituição de 1946, que não continha nem o Decreto-lei nem a Medida Provisória.



CONCLUSÕES



Foi enorme a contenciosidade provocada a partir destes Planos Econômicos.

Veio à tona palavras como tablita, desindexação, deflação, indexadores econômicos, absorção temporária do poder aquisitivo da moeda, inflação real; mas, também, direito adquirido, Constituição, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, as medidas provisórias já trataram sobre quase tudo no Brasil (venda de veículos populares por exemplo⁸⁰⁹).

Para que se tenha uma idéia aproximada do que os seus números representam, bastaria dizer que, na Coletânea de Medidas Provisórias organizada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com sede em São Paulo, há cerca de cinco Volumes, cada Volume contendo uma média de 900 (novecentas) páginas.

E as medidas continuam a ser editadas.

Assim, cada medida provisória termina funcionando como uma Revista mensal sobre assuntos diversos; o que acarreta um sentimento de permanente ignorância sobre quais as normas que, realmente, estão em vigor.

Melhorar tal estado de coisas é tarefa conjunta do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dos Advogados; enfim, de todos nós brasileiros.

É preciso combater a previsão de que a Constituição, embora continue com o corpo, vai perder a sua alma, tal como o excomungado das Ordenações Filipinas (Título VIII, do Segundo Livro).

Não se trata apenas de ter confiança no Presidente da República, ou no Congresso Nacional.

É fundamental ter confiança no Poder Judiciário e no povo, aperfeiçoando um novo ponto de vista do poder. Afinal, nem sempre a Constituição é o que a Corte Suprema decide que é.

⁸⁰⁹ Vide Medida Provisória nº 855, de 26.01.95.



CONCLUSÕES



Enfim, é sob esta lente que merece ser analisada a prática brasileira do Orçamento Participativo, sobre o qual detidamente procurei analisar, inclusive mediante o desenvolvimento de intensa pesquisa de campo.

De algum modo, esta experiência funciona como um contra-ponto da medida provisória em matéria financeira, e mesmo tributária. Trata-se de uma relação de complementariedade entre a democracia representativa e a participativa.

Sobre o orçamento participativo, lanço algumas conclusões:

1. Esta prática pode provocar um crescimento na auto-estima das pessoas em geral, e especialmente das mais necessitadas pelo amparo estatal, quebrando, assim, a indiferença e a certeza de que um Texto Constitucional, e as leis que o circundam, não passam de papéis autorizadores somente de descrença.
2. A dimensão territorial do Brasil e a sua organização política municipal podem funcionar como um excelente pano de fundo para a construção deste diferente ponto de vista do poder. É possível a construção gradativa da experiência desde os Municípios, passando pelos Estados, para, só depois, acaso aprovada, atingir a União. Talvez, tão importante quanto achar a resposta seja procurá-la, aperfeiçoando o possível, evitando retrocessos por um poder absoluto, que tantos horrores já provocou.
3. Em alguns Municípios brasileiros, vem sendo possível o efetivo controle popular, durante o exercício do poder, à revelia de sistemas presidencialistas ou parlamentaristas. Até mesmo porque os Prefeitos municipais e os Governadores estaduais não dispõem de medidas provisórias que lancem os seus projetos de governo para posterior ratificação parlamentar. É a complementariedade da democracia representativa pela democracia participativa.
4. O esquema logístico do *orçamento participativo* vem, muitas vezes, permitindo que se faça mais com menores recursos, ao menos do ponto de vista da escolha popular. Ao que parece, o grau de êxito costuma variar com a menor ou maior continuidade da Administração, e também com o nível de expectativas que a comunidade mantém por resultados imediatos. Também deve ser dito que, quanto maior o envolvimento da comunidade, menor será o risco de frustrações,



CONCLUSÕES



porquanto, sendo conhecedora das dificuldades enfrentadas, menos exigente e mais seletiva se torna.

5. Quanto mais permanente e habitual este sistema o for, maior será a possibilidade de esta participação evitar o compasso de uma crítica comum à democracia – o tumulto, evitando, também, os políticos que constroem as suas carreiras pelos desvãos das minorias controladoras do Estado. Um dos divisores de águas do êxito global desta iniciativa, além da necessidade de apoio da mídia, certamente, será o recém-descoberto mundo da Informática. Contudo, não há uma fórmula pronta para cópias mecânicas e automáticas. É preciso planejá-la, tomando em conta as circunstâncias do seu meio de aplicação, descabendo a mundialização apática.
6. Na maior parte dos municípios brasileiros, o lidar com o orçamento era algo, praticamente, inexistente. Por vezes, havia apenas uma cópia do Orçamento municipal, em algum lugar da Câmara dos Vereadores (Poder Legislativo); e só. A peça orçamentária funcionava como uma simples ficção, o que colaborava decisivamente com o fisiologismo, pois se, de um lado, o Prefeito (Chefe do Executivo), nestes termos, poderia consagrar as reivindicações dos Vereadores, pois não havia compromisso com a realização da promessa legal; por outro, os Vereadores poderiam dizer aos seus eleitores que haviam feito as suas partes. *Um jogo de faz de conta.*
7. Esta maneira de agir retirou qualquer possibilidade de confiança no orçamento confeccionado. Primeiro, porque dele, quando muito, apenas se tinha notícia. Depois, porque ele era destituído de efetividade. Inexistindo o Orçamento Participativo (OP), salvo melhor juízo, as dificuldades de tornar o orçamento algo próximo da realidade serão ainda maiores.
8. De fato, a *cidadania ativa*, não estancando a democracia no sufrágio eleitoral, mas a estendendo ao exercício do poder, traz a possibilidade de os políticos continuarem em campanha durante todo o mandato. Isto traz riscos, como, por exemplo, de os opositores encaminharem para as Plenárias pessoas com o só objetivo de provocar entraves. Ocorre que a prática, por enquanto, vem demonstrando que, a despeito desta realidade, a maioria interessada nos projetos reais de melhoria termina por identificar a insincera cidadania participativa.



CONCLUSÕES



9. A democracia participativa é algo difícil e exige trabalho bem planejado. Os problemas não são poucos. Como convidar a comunidade para as Plenárias? Onde fazer as reuniões? Como escolher os delegados-representantes? Como capacitar aos delegados-representantes em uma população que pode ter um baixo nível educacional? Como formular os questionários que devem ser respondidos pela população? Todas estas perguntas foram enfrentadas em minha análise, concluindo que é preciso, para perseguir o propósito da democracia participativa, ter tenacidade, paciência e perseverança.
10. Entre o espaço de generalidade da plataforma eleitoral e a escolha concreta que se pretende fazer com o Orçamento Participativo estabelece-se um compromisso muito mais intenso entre o Executivo e a população. Assim, a menor generalidade poderia aprofundar a frustração na hipótese do não atendimento de uma determinada expectativa. Evitar que isto ocorra é uma tarefa que precisa ser cuidadosamente desenvolvida, inclusive porque a idéia do Orçamento Participativo não se esgota na confecção do orçamento, até mesmo porque um novo já começa a ser projetado, propiciando aos delegados a permanente cobrança de realização do anterior. Logo, se não for possível atender a uma ou mais prioridades, é imperioso que haja um diálogo sincero entre as partes. Quanto maior for a sinceridade, talvez possa ser menor a frustração.
11. Certamente, não é tarefa fácil apresentar as carências da Administração pública frente aos severos problemas da saúde e da educação no Brasil, por exemplo. Vencer o lugar-comum de que “isto não vai dar em nada” é algo tão ou mais difícil. Escolher, entre as prioridades, aquelas que atingirão, positivamente, mais pessoas, ou pessoas mais carentes, é algo que requer a colaboração do bom senso da democracia representativa, já tão esgarçada. Ocorre que, para aqueles que acreditam na democracia, este caminho parece merecer uma tentativa empenhada; e muito trabalho.
12. Incentivar a educação e desenvolver a consciência fiscal não se resume a despertar no cidadão a vontade de aprender sobre o sistema tributário em que está inserido. Trata-se de algo ainda maior, sendo fundamental desenvolver, nos próprios servidores da Receita (federal, estadual, distrital e municipal), a idéia da função social do tributo.



CONCLUSÕES



13. O controle social sobre a gestão dos recursos públicos em benefício da população e do pagamento voluntário dos tributos será tanto maior quanto menor o for a descrença e o desrespeito para com o patrimônio público. O bem comum e o bem privado não devem estar divorciados na cultura da comunidade. O cidadão precisa estar convencido da importância da sua contribuição. O empresário precisa verificar, na prática, que pagar a integralidade dos tributos que deve, e estimular os seus pares a assim proceder, não se trata apenas de uma política da própria subsistência, mas é a sua maior contribuição com fatores sociais como a educação, a saúde e a segurança. Logo, a informação sobre o destino dos recursos arrecadados funciona como um estímulo, por um lado, para o questionamento e para a verificação da utilidade e existência dos investimentos sociais; e, por outro, para a voluntariedade da adimplência com o Fisco. É a interação da ética com a utilidade.
14. É na mente da criança que um País pode ser plantado. Entre os anos de 1971 e 1980, foi desenvolvido, no Brasil, o chamado “*Programa Contribuinte do Futuro*”, buscando conscientizar os estudantes através da educação fiscal, com a pretensão de construir uma nação justa e igualitária. Mesmo entendendo que a idéia sofreu e se enfraqueceu com a aplicação prática, não me parece que possa ser desconsiderada em um passado escondido da história. A divulgação foi extremamente tímida, passando quase despercebida pelas crianças da época. Contudo, havia, ao menos, um esboço de iniciativa. Atualmente, malgrado as boas intenções, a área federal ainda não conseguiu transformar em realidade os seus objetivos nesta área, permanecendo afastados do Brasil federal os *Brasis estaduais e municipais*.
15. A opção por líderes messiânicos, quase religiosos, em muitas oportunidades não passa de uma questão de oportunismo, egocentrismo e ignorância. A aplicação gradual da democracia participativa no Brasil é um equipamento de ensaio que precisa ser acompanhado sem preconceitos e perseguições. Afinal, é possível dar certo.

Portanto, o *orçamento* funciona como um espelho da vida do Estado, demonstrando se o carácter social é ou não prioritário. O problema principal não está na fixação formal da sua natureza jurídica. Se se trata de lei ou de ato administrativo. Se a generalidade e a abstração são traços de toda a lei, ou se é possível referi-lo como uma lei apenas formal.



CONCLUSÕES



É, outrossim, preciso perquirir se o orçamento deve ser impositivo ou meramente autorizativo, havendo argumentos de parte a parte. Além do mais, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, Parágrafo Único, da Constituição da República Federativa do Brasil) a formulação e a execução do orçamento serão sempre participativas.

A questão é a de quem efetivamente estará participando, e com quais interesses⁸¹⁰.

No caso do Brasil, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) vem comprovando uma tese por mim defendida, a de que *a hierarquia não se confunde com a efetividade*. Uma norma constitucional, de hierarquia superior, poderá não ter a efetividade de uma outra subconstitucional, como, por exemplo, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em outras palavras, em um País com opção constitucional democrática, é preciso aliar a democracia representativa com a participativa, não se restringindo ao sufrágio eleitoral a participação popular.

É neste sentido que o Orçamento Participativo (OP) apresenta-se com um contraponto jurídico da medida provisória. Ou seja, a democracia pode ser estendida ao exercício do poder. Nesta perspectiva, é que deve ser analisada a Comissão Permanente de Legislação Participativa, instituída desde 30.05.01, na Câmara dos Deputados brasileira.

A complexidade do Estado atual, e o aspecto técnico dos campos financeiros e tributários, se não afastam a possibilidade de intervenção dos Parlamentares, que, muitas vezes, apenas preocupam-se com determinadas obras reivindicadas, e terminam lançando o Poder Executivo a duvidosas liberalidades - fazendo surgir a dúvida pela manipulação de verbas orçamentárias, sobretudo quando os recursos públicos postos à disposição aceleram

⁸¹⁰ No Orçamento federal brasileiro de 2.002, destaco como principais discussões pragmáticas, além das volumosas verbas destinadas ao pagamento dos juros da dívida externa e da amortização da mesma: 1. correção do salário mínimo e as suas implicações no âmbito da Previdência Social e dos pequenos Municípios das Regiões mais pobres; 2. aumento dos vencimentos do funcionalismo público; 3. tributação dos servidores públicos inativos; 4. reajuste da Tabela do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza; 5. CPMF – contribuição provisória sobre movimentações financeiras – institucionalização, dado a previsão de recursos embutida no orçamento federal e a alocação dos mesmos para a saúde.



CONCLUSÕES



o seu ritmo próximo a importantes votações -; também não devem afastar o controle através dos movimentos populares.

Afinal, eles existem e produzem efeitos. Eis os casos dos direitos das mulheres, da infância, da juventude, dos índios, dos negros, dos homossexuais, e das próprias áreas da educação e da saúde⁸¹¹.

Isto também pode ocorrer no âmbito das predatórias obras inacabadas, de onde advêm os dilemas do superfaturamento e do subfaturamento. Afinal, uma nova Administração recém eleita não pode vir a ser compelida a dar prosseguimento ao sorvedouro injustificável de dinheiro público, nem tampouco a realizar novas re- ratificações que as alastram em tempo e novos gastos para além da proposta vitoriosa.

A idéia do “*corruptômetro*”, lançada por um importante Jornal brasileiro, no máximo, poderá funcionar como um ativador do característico espírito lúdico nacional; mas a mídia informativa pode fazer mais, se o quiser.

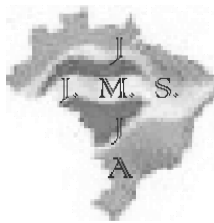
Afinal, termina sendo ela a mais importante formadora, ou deformadora, da opinião pública. Aqui, abro especial destaque pela necessidade do Conselho de Comunicação Social, e pela ausência de lei regulamentadora do art. 224, da Constituição da República Federativa brasileira, de outubro de 1988. Note-se. Mais de treze anos passaram-se, e este assunto permanece em branco.

Siglas como “PPA”, “LDO”, “LOA”⁸¹² não podem passar despercebidas da população. Afinal, todas estas leis orçamentárias podem assumir papel de destaque na passagem sem ruptura de um Brasil extremamente desigual para um outro onde as desigualdades regionais sejam mais efetivamente combatidas.

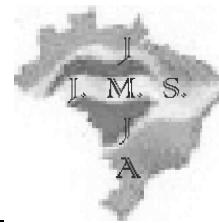
Mas *a fome tem pressa*, e a ampliação dos espaços de miséria vem decisivamente contribuindo para a insegurança interna e mundial.

⁸¹¹ É preciso observar que não basta a afirmação geral de que novos recursos serão destinados a estes importantes setores. É preciso mais. É imprescindível observar como eles estão sendo utilizados e em proveito de quem.

⁸¹² PPA- Plano Plurianual; LDO- Lei de Diretrizes Orçamentárias e LOA- Lei Orçamentária anual.



CONCLUSÕES



Respondendo-se à violência com uma violência ainda maior, ao velho estilo do antigo Império Romano, a escalada de vingança poderá não cessar.

Neste ambiente negativo, no que diz respeito ao orçamento e ao modo participativo de elaborá-lo, aponto dois riscos básicos que se acentuam: a) o risco da transformação das Plenárias em Comícios custeados pelos cofres públicos; b) o risco de os Parlamentares considerarem-se incomodados com a participação direta da população, encaminhando pessoas para provocar entraves nas assembléias populares.

Portanto, e infelizmente, ao lado desta experiência democrática, o mundo da globalização econômica vem se deparando com o reaparecimento de ligações perigosas entre a religião e a vida pública, ou mesmo entre a economia e a xenofobia.

Um sentimento de que aquilo que é diferente não deve ser aceito, ou mesmo deve ser eliminado.

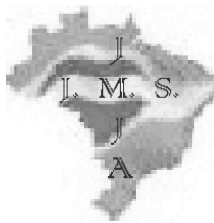
É o que o Ocidente vem chamando de Fundamentalismo estatal.

Apresentei duas perspectivas básicas para este tipo de Estado:

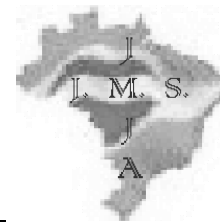
- a) Estado fundamentalista religioso;
- b) Estado fundamentalista econômico.

No primeiro, em regra, trata-se de uma expressão pejorativa. Nele, compreende-se que os ideais espirituais de um determinado grupo merecem respaldo em suas aspirações políticas. Um governo de Deus, ou de Alá. É um ponto de vista, no momento atual, onde uma grande quantidade de pessoas pretende espalhar-se pelo mundo economicamente mais desenvolvido, mantendo a sua identidade cultural, que termina por provocar rejeições de parte à parte, gerando crises políticas e respostas terroristas desesperadas, e extremamente violentas.

Religião, política e sociedade seriam uma espécie de *santíssima trindade*, conformando um todo unitário absoluto contra o qual ninguém poderia se opor sem que para isto estivesse profanando a *verdade*.



CONCLUSÕES



O apego à *idéia de verdade* forneceria o anteparo ético para a reclamação de uma autoridade suprema, onde a violência poderia ser utilizada como um modo de ação política.

A religião passaria ao papel de protagonista, transformando o ideal religioso no verdadeiro ideal político.

Esta retomada de um Estado que declara o fracasso da laicização, embora assuma um relevo todo especial entre as comunidades mais pobres, não impede a existência de uma espécie de *alto clero*, entre as camadas sociais mais favorecidas economicamente.

Acreditar que uma parte do mundo, quer seja a Ásia, a Europa, a África ou a América constitua o único berço da civilização é algo precário e hostilizante. Rejeitar as proposições e idéias do outro, marginalizando-o culturalmente, termina provocando reações de uma violência primitiva.

As colonizações cultural e financeira minam as afirmações de pretensão real de um pluralismo democrático, de liberdade e de tolerância.

Por sua vez, no *Estado fundamentalista econômico*, a economia é o principal fator vinculante da vida da sociedade e da política. Este tipo de Estado depara-se com um mundo onde a imigração assume uma estrutura toda especial, e particularmente numerosa. É natural, portanto, que a presença de imigrantes provoque tensões internas, e reações adversas de diferentes graus.

Nestas circunstâncias, os princípios de cidadania, conquistados historicamente, e alardeados pela doutrina (liberdade, igualdade, etc.), sofrem um choque de insinceridade.

Deixam de constituir paradigmas, e passam a conviver com a hipocrisia. Trata-se da aplicação do princípio utilitarista baseado na *lógica dos custos e dos benefícios*.

O fato de o *utilitarismo* ser injusto seria derogado pelas conseqüências de instabilidade que a presença do imigrante poderia provocar na qualidade de vida interna, interferindo negativamente no mercado de trabalho, nos serviços de saúde postos à disposição dos nacionais; enfim, no destino e no espaço vital do autóctone.

O forasteiro seria um invasor trazendo mais custos do que benefícios. Logo, procura-se estabelecer uma evidente distância entre o “*nós*” e o “*eles*”.



CONCLUSÕES



Resolver a questão da cidadania em um sistema que reconhece direitos e deveres por categorias de imigrantes, transparecendo uma diferenciação social baseada em critérios mistos de nacionalidade e de potencial econômico, é um embate que o Estado do século XXI dele não poderá fugir.

Tornar vulnerável ao mercado a cidadania nos Países pobres, mantendo-a indefesa contra os abusos, constitui uma forma de fazer padecer a democracia, em razão de um sentimento de que o homem precisa se libertar: o egoísmo.

Por outro lado, o imigrante, embora esteja querendo ser aceito, provavelmente não deseja, ou não consiga, desligar-se da sua identidade e da sua prática cultural.

Dentro do ponto de vista de um *Estado fundamentalista*, isto seria inconcebível.

Aceitar o dessemelhante poderia implicar em violência contra a estabilidade interna.

Permitir ao imigrante adquirir todos os direitos, conservando a sua identidade cultural, faria quebrar a *noção de pureza*, permitindo a mistura entre raças, credos religiosos, etc.

Enfim, aboliria as formas de preconceitos e de discriminações.

Evidentemente que isto requer convicção educacional e cultural, e a ausência de receio de discutir a verdade que se entende como única.

Portanto, educação, cultura e uma forte dose de evolução interior.



TÍTULO III. SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS
CONSTITUCIONAIS. SILÊNCIO ELOQUENTE. CONCEITOS
JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS INDETERMINADOS



TÍTULO III

SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS CONSTITUCIONAIS. SILÊNCIO
ELOQUENTE. CONCEITOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS INDETER-
MINADOS.



NOÇÕES PRELIMINARES

“EMMANUEL ANATI, um arqueólogo italiano de 66 anos, que, no passado ano de 1995, proferiu conferência no nosso país, falando da cultura dos povos e do modo como nela se projectam os seus sonhos e utopias, comentava que nos sonhos se exprime a personalidade de quem sonha. E acrescentava: «quando temos um sonho tentamos realizá-lo. Mas se não tivermos sonhos não há nada para realizar.»” (GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS. Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976 (organização de JORGE MIRANDA). Vol. II. A Constituição e a Construção da Democracia. Coimbra. Coimbra Editora. 1997, p. 569)

Os primeiros filósofos gregos foram legisladores (LICURGO, SÓLON, DRÁCON, EPENEMIDES, BIAS, PITACOS, PERIANDRO). Eram homens de Estado (legisladores, magistrados) e filósofos.

A filosofia era ação social.

Depois, destaco TALES, fundador da física, e ANAXIMANDRO, precursor de DEMÓCRITO, um físico, astrônomo e matemático. Era a escola iônia, da filosofia da natureza.

A escola itálica, com PITÁGORAS, de Samos, que acreditava que tudo se baseava no número, na forma, na harmonia. Era o misticismo na matemática.

A escola eleática, na Itália meridional, em Eléias, propôs o idealismo absoluto, negando o politeísmo, e criando o monoteísmo, com um Deus único, perfeito, identificado com o mundo. Também uma escola metafísica. Tudo seria eterno e imperecível, pois os sentidos nos enganam: tudo é aparência, e por trás da aparência está a realidade.

Os sofistas aprofundaram as inquietações e as dúvidas, pois a verdade não mais existia, porque apenas existia a mente humana. Tudo era ilusão. Rejeitando o absoluto dos



eleatas, preparam o futuro do subjetivismo. Bastavam talento e palavra fácil para atacar ou defender qualquer tese. Uma cultura eloqüente, retórica, que pretendia vencer pela elegância do gesto, pelo timbre da voz, pelo número de palavras. É a escola de PROTÁGORAS, PRÓDICO, GÓRGIAS e HÍPIAS. ZENON chegava a negar o movimento, recebendo de DIÓGENES a resposta de que foi andar... Livros foram queimados em praças públicas, homens foram condenados porque negavam a existência dos deuses.

SÓCRATES⁸¹³, que talvez não haja deixado nada escrito, e também por isto pode haver sido deturpado pelos seus discípulos, entendia que os homens só deveriam preocupar-se com as coisas humanas; e foi morto com cicuta. Parece que não se limitava a sonhar, preferindo ficar na terra, aperfeiçoando os homens; e foi fiel ao seu pensamento até o fim.

Enfim, é valorizando o conhecimento filosófico, e as suas primeiras abordagens, que começo, ou recomeço a escrever sobre o meu tema central, que é a Constituição do Brasil⁸¹⁴ em face do princípio da segurança jurídica, fazendo a lembrança de que, até aqui, já desenvolvi algumas conclusões, que cabe, agora, rapidamente recordar.

É o que faço, logo mais adiante, em breve retrospectiva.

Embora defenda, nos princípios, um carácter prescritivo, reconheço que eles permitem que o Judiciário os harmonize, dispondo de uma margem mais elástica do que as regras (*terminologia de J. J. GOMES CANOTILHO*)⁸¹⁵. Os princípios não facultam opções

⁸¹³ Parece que SÓCRATES não discutia. Ele interrogava, partindo de idéias gerais, acatadas por todos, e conduzia as suas perguntas de maneira a permitir que o inquirido descobrisse, por si mesmo, o que pretendia saber. É extremamente interessante o diálogo que dizem haver desenvolvido com PLATÃO. Platão: - sem definição não se pode discutir. Sócrates: - que necessidade há de discutir. Platão: - se não é para discutir, então para que a filosofia? Sócrates: - para aprender a bem viver, meu Platão.

⁸¹⁴ “A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.” (HESSE, KONRAD. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de GILMAR FERREIRA MENDES. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 32)

⁸¹⁵ “Normas, regras e princípios. A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (...) Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) – as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) – a distinção entre regras e princípios



livres, mas, pelas suas concretizações, permitem concluir pelo caráter ideológico do Judiciário que os interpreta.

Há uma lógica de preferência e de preterição.

As regras e os princípios são como círculos concêntricos, estando os princípios no círculo exterior, fornecendo, deste modo, os limites para as possibilidades de interpretação das regras.

A isto não foge o princípio da segurança jurídica⁸¹⁶, que, ora, analiso no regime jurídico brasileiro.

De fato, toda norma é uma tomada de posição perante fatos, e em função de valores.

Ocorre que, por vezes, esta tomada de posição não se apresenta tão clara, aparecendo trêmula, e, mais ou menos, imprecisa.

Houve mesmo quem falasse em “*noções confusas*”. Foi o caso de CHAIM PERELMAN, em *Ética e Direito*.⁸¹⁷

é uma distinção entre duas espécies de normas.” (CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1991, p. 172)

⁸¹⁶ “O princípio da segurança jurídica deverá ser percebido mediante o recurso a dois conceitos: o da previsibilidade e o da representatividade. A previsibilidade pressupõe que os destinatários da lei têm direito a conhecê-la com antecedência e a perceber, mediante a publicidade da mesma e a explicação do seu conteúdo, qual o seu alcance. Por outro lado, os destinatários da lei deverão ter possibilidade de participar (ainda que indirectamente) na elaboração da lei ou, pelo menos, no mecanismo da sua aprovação ou ratificação. A lei surge assim como um meio de actuação, mas acima de tudo como ponto de referência das regras necessárias à convivência social pacífica. A proteção da confiança pressupõe que o destinatário da lei conheceu e previu a sua aplicação e espera uma perenidade relativa nos direitos e deveres resultantes da norma em vigor.” (GUIMARÃES, VASCO ANTÓNIO BRANCO. A Estrutura da obrigação de imposto e os princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica e proteção da confiança. Extraído de Estudos em homenagem à Dra. MARIA DE LOURDES ÓRFÃO DE MATOS CORREIA E VALE. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (171). Centro de Estudos Fiscais. Direção-Geral das Contribuições e Impostos. Ministério das Finanças. Lisboa. 1995, p. 541)



À primeira vista *relevância e urgência - requisitos constitucionais de admissibilidade de toda medida provisória no Brasil*, seriam como que noções indeterminadas.

Mas, sobre isto se discutirá no decorrer do desenvolvimento monográfico.

Desde já, contudo, ressalvo a minha posição contrária àqueles que pretendem enxergar, na legalidade, um entrave que precisa ser superado mediante a utilização de princípios gerais do direito⁸¹⁸, que estariam acima do direito positivado.

Se uma visão como esta prevalecer em uma primeira instância judicial, certamente virá o recurso; e, provavelmente, a decisão será reformada. Muito pior, pois ficará em aberto um espaço para a arbitrariedade, onde os mais favorecidos reservarão as suas vantagens.

Imagine-se se a aplicação do direito alternativo⁸¹⁹ vier a ser defendida pelas Forças Armadas.

⁸¹⁷ PERELMAN, CHAIM. *Ética e direito*. Tradução de MARIA ERMANTINA GALVÃO G. PEREIRA. São Paulo. Martins Fontes. 1996, ps. 671-672.

⁸¹⁸ No Brasil, HUGO DE BRITO MACHADO, em *Interpretação no Direito Tributário*, leciona: “Princípios gerais de direito público. (...) *As regras consagradas de hermenêutica constitucional encontram perfeita indicação, como, p. ex., a de que a Constituição, quando quer os fins, concede igualmente os meios adequados; quem pode o mais, geralmente pode o menos; o todo explica as partes; a prática longa, pacífica e uniforme, em geral, entende-se correspondente à melhor interpretação; as exceções são restritas; estatuídas as circunstâncias para gozo de direito ou aplicação de pena, elas devem ser só as expressas, isto é, são taxativas, etc. Equidade. Não é fácil definir equidade, como, em verdade, não é fácil definir coisa alguma. Para positivistas como PONTES DE MIRANDA, ‘equidade é apenas palavra-válvula com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação. A vaguidade serve sempre quando se quer o arbítrio, ou quando se pretende deixar a alguém determinar a norma, sem se confessar que se deu a alguém tal poder (Comentários à Constituição de 1967. Tomo II, p. 213)’*” (MACHADO, HUGO DE BRITO e outros. *Interpretação no Direito Tributário. Estudos de Direito Tributário*. Vol. 1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1989, ps. 44-45)

⁸¹⁹ Aqui, refiro-me ao direito alternativo à margem da lei; e não àquele direito especial legislado.



Em favor desta minha inclinação pelo direito positivo, faço recordar das palavras de ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, quando radica sobre a necessidade de se prestigiar a dogmática e a positividade: “*Todo o Direito é positivo*”; ou “*A ciência do direito é um modo voluntário, sujeito a regras, de resolver casos concretos*”; ou “*O Direito deve estar disponível para a comunicação e para a aprendizagem*”; ou, ainda, “*A dogmática radica na positividade do Direito. Sem ela ou, pelo menos, sem utilizar os elementos postos, por ela, à disponibilidade do estudioso, qualquer debate é alheio ao Direito e à sua Ciência*”.⁸²⁰

Assim, embora falando sobre a segurança jurídica, no particular enfoque das lacunas constitucionais, do silêncio como manifestação de vontade, e dos conceitos indeterminados, não deixarei de lado esta minha preocupação por fazer valer o Texto Constitucional brasileiro.

Tentarei não divorciar a Filosofia Jurídica da Ciência do Direito, o que não significa dizer que esteja palmilhando reduzir o pensamento do filósofo ao do jurista.

Não é isto.

Cada um deles tem o seu próprio papel⁸²¹.

Creio que cabe ao jurista interpretar e aplicar, com rigor técnico, os modelos jurídicos postos pelo legislador, pelos costumes ou pela jurisdição, concebendo e sistematizando os modelos teóricos ou dogmáticos que os tais modelos normativos implicam, no processo de vigência e de eficácia.

Enquanto cabe ao filósofo do direito, a indagação das razões universais fundantes de todos os modelos atuais e possíveis, perquirindo sobre o significado da ação do jurista no ato interpretativo, dando efetiva aplicação às estruturas normativas que decorram da experiência.

⁸²⁰ CORDEIRO, ANTÔNIO MENEZES. Da Boa fé no Direito Civil. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, ps. 29 e 31.

⁸²¹ Sobre este assunto, vide MIGUEL REALE, em Teoria Tridimensional do Direito – situação atual. 4ª ed., revista e aumentada. Editora Saraiva. 1986, Filosofia do Direito e Ciência do Direito – o divórcio entre os filósofos e os juristas.



Efetivamente, não sou filósofo; e o meu esforço intelectual mais adiante não pretende encobrir isto.

Contudo, com a filosofia incidental que pretendo colher, busco alargar as perspectivas, apurando a minha sensibilidade perante um indispensável enfoque axiológico.

Em outras palavras, não existe um direito para o jurista e um outro para o filósofo, que se mantêm isolados, cada um em seu domínio. A tarefa do filósofo interfere naquela do jurista, e vice-versa.

A tomada de posição do filósofo pode ser diversa daquela do jurista, mas não se excluem; pois, antes, completam-se.

Vejo como superado o período de atitudes extremadas, onde o filósofo se vanglorie, enfaticamente, da inutilidade de suas pesquisas para o jurista, que, por sua vez, encontra, na Filosofia do Direito, um mero adorno.

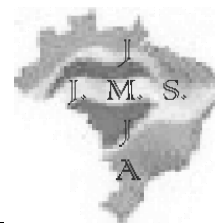
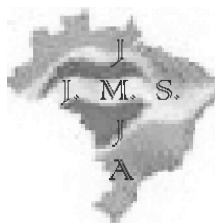
Ora, é tarefa da Filosofia do Direito, que não é uma filosofia menor⁸²², a indagação da tábua de valores que fundamenta a ordem jurídica positiva, o que garante uma interconexão mais íntima entre ela e a Ciência do Direito.

A Filosofia Jurídica, meramente acadêmica, pouco ou nenhuma participação termina por exercer sobre a Ciência do Direito.

Não é esta que pretendo colher. Estou em busca de uma Filosofia Jurídica que não seja, meramente, acadêmica; mas que se fortaleça nos debates da interpretação do direito.

Esta não é uma tarefa solitária, pois RECASÉNS SICHES, em sua Nova Filosofia da Interpretação do Direito (1956, p. 26), faz considerar, entre as expressões do que chama de Filosofia Jurídica não acadêmica, as contribuições de BENTHAM, JHERING, WENDELL HOLMES, BENJAMIN CARDOZO, ROSCOE POUND, GÉNY, RIPERT,

⁸²² Parece ter sido este o pensamento de WERNER GOLDSCHMIDT, sendo contraditado por MIGUEL REALE, em O Direito como Experiência. Ensaio IV, § 1º, extraído de Teoria Tridimensional do Direito – situação atual. Obra citada. 1986, p. 11.



EHRlich, KANTOROWICZ, PHILLIP HECK, MAX RUMELIN, MAX ASCOLI e CARNELUTTI.⁸²³

E não é outra conclusão que retiro da leitura que faço de ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, quando afirma sobre a importância do caso concreto para a análise da constitucionalidade dos antigos Assentos portugueses⁸²⁴, que não são muito distantes das chamadas Súmulas brasileiras.

É pela indispensabilidade do estudo concreto dos Assentos que conclui.

Nas suas próprias palavras, em seu *Da Inconstitucionalidade da Revogação dos Assentos*, advertindo sobre os riscos e a superficialidade das generalizações: “Este estranho episódio da revogação dos assentos permitirá – porventura e com todo o respeito pelas esclarecidas opiniões em contrário – pelo menos, recordar uma sã realidade: não há Ciência do Direito sem dogmática, e não há dogmática sem o conhecimento do caso concreto. Uma discussão sobre assentos, mesmo iluminada, não pode dispensar o estudo concreto dos assentos. Um juízo de inconstitucionalidade – a ter relevância dogmática – é, ainda, um juízo constituinte ‘in concreto’. **As generalizações fáceis são tanto ou mais conceitualistas do que o construtivismo que pretende combater.** Caso a caso deveria ter sido debatido o tema da (in)constitucionalidade dos assentos; caso a caso haverá que indagar a (in)constitucionalidade da sua revogação.” (grifei)⁸²⁵

⁸²³ Extraído de MIGUEL REALE. Teoria Tridimensional do Direito – situação atual. Obra citada. 1986, p. 08.

⁸²⁴ Esta citação de CASTANHEIRA NEVES remonta a uma publicação de 1976: “Designam-se legalmente (a 768º, nº 03, do Código de Processo Civil) e doutrinariamente por ‘assentos’ as prescrições que ao Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em ‘tribunal pleno’, compete emitir para resolver um ‘conflito de jurisprudência’ – prescrições que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o Tribunal se decida na solução desse conflito, num enunciado normativo com ‘força obrigatória geral’ (a 2º, do Código Civil). (...) Tendo por base a decisão do recurso, o Assento não é, porém, essa decisão enquanto tal, mas o preceito que formal e normativamente dele se autonomiza para impor, em termos gerais e abstractos, o sentido jurídico com que tenha sido solucionada a divergência jurisprudencial.” (NEVES, CASTANHEIRA. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Coimbra. Composição e Impressão de João Abrantes. p. 01, de Assentos)

⁸²⁵ CORDEIRO, ANTÔNIO MENEZES. Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I. Coimbra Editora. *Da Inconstitucionalidade da Revogação dos Assentos*, p. 811.



Fortalecido com as perspectivas destes autores, é que, evitando a *ventania romântica* de uma filosofia, meramente, acadêmica, lancei-me no estudo do princípio da segurança jurídica em face da Constituição brasileira de outubro de 1988.

Daí, venho concluindo que todos os dispositivos constitucionais que instituem garantias buscam, em análise derradeira, assegurar direitos (*segurança*). A pretensão da segurança está sempre presente, não deixando ao largo o instituto das medidas provisórias.

Logo, ao se falar em segurança, está-se, também, falando em legalidade, irretroatividade, isonomia, inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal e ampla defesa, anterioridade, anualidade⁸²⁶ etc.

De fato, venho defendendo que enquanto os valores (segurança, por exemplo) seguem critérios de intuição emocional, os limites objetivos (por exemplo, a irretroatividade, a anterioridade, a anualidade orçamentária etc) podem ter os seus cumprimentos comprovados, dando menores margens a dúvidas.

Ora, a própria isonomia, conforme defendo (e não há segurança sem isonomia), é passível de camadas mais densas de concreção, não apenas mediante a progressividade tributária, isoladamente; mas, segundo o que imagino, mediante aspectos como os que se seguem:

- a) a renda fruto do esforço do homem, e do seu trabalho, deve ser menos gravada do que aquela obtida sem fadiga, em especulações financeiras, por exemplo;
- b) a renda auferida decorrentemente de uma condição de competência, que é fruto de anos de sacrifício, deve ser menos gravada do que aquela proveniente de privilégios e monopólios;

⁸²⁶ A posição predominante, no Brasil, é a de que não está consagrado o princípio da anualidade na Constituição de outubro de 1988. Se estivesse, sem dúvida, implicaria em uma garantia de maior grau, pois determinaria a cobrança do tributo apenas após cumpridas duas situações bem definidas, a saber: 1. exige a presenciabilidade, no orçamento, da autorização para cobrá-lo; 2. torna necessário que a lei que crie ou aumente o tributo seja preexistente ao orçamento, dado que a lei orçamentária não pode autorizar ou condicionar o que ainda não existe.



- c) o patrimônio proveniente de heranças, doações, loterias deve ser considerado de um modo especial, pois, em regra, são fatores gratuitos e de desequilíbrio da igualdade de oportunidades.

É isto. Objetivo tornar mais sindicável, juridicamente, o valor *segurança*.

Assim, a irretroatividade, por exemplo, não deve consistir apenas em não se aplicar a lei nova ao fato antigo. Vou mais além. Não se pode aplicar a nova interpretação da lei antiga a um fato que preceda esta nova interpretação. Isto em nome da segurança das relações. (Vide o art. 146, do Código Tributário brasileiro)⁸²⁷

Irretroatividade a provocar prejuízos para o indivíduo, é irretroatividade inconstitucional. Disto não escapam as medidas provisórias.

Enfim, encontro o princípio da segurança jurídica como um instrumento aliado à busca de se fazer justiça.⁸²⁸

Nesta mesma linha, é que pretendo desenvolver o que penso quanto aos chamados conceitos indeterminados da relevância e da urgência, particularmente em face das medidas provisórias brasileiras; e, também, estudar o silêncio constitucional em torno da reedição destas mesmas medidas (art. 62, da Constituição de outubro de 1988).⁸²⁹

⁸²⁷ Vide o Código Tributário brasileiro, art. 146. “a modificação introduzida , de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

⁸²⁸ “Efetivamente, e por isso que é próprio do homem não se contentar com as precárias criações do seu engenho, tende ele a conceber modelos de perfeição de que procura aproximar-se. E todos sabemos como essa capacidade de forçar ideais constitui a forma mais elevada da sua condição, assim como o esforço de realizá-los a sua mais bela aventura. Ora também nos domínios do direito se manifesta igual fenómeno. O homem não se contenta com as criações juspositivas, por natureza imperfeitas, e luta sempre por um direito mais justo.” (MARQUES, J. DIAS. Introdução ao Estudo do Direito. 2ª ed. Lisboa. Edição Pedro Ferreira. 1994, ps. 47-48)

⁸²⁹ Constituição do Brasil de outubro de 1988 (Texto originário). “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



Para tratar de um assunto polêmico como este, considero que não deva prescindir da complementariedade, admitindo, ao lado das pesquisas estritamente dogmáticas, outras de cunho filosófico e sociológico.

Não basta a vigência formal do art. 62, da atual Constituição do Brasil, é preciso compreendê-lo em sua correspondência social e nos seus fundamentos e valores. Não se deve relegar as atividades dos advogados e dos juízes.

É preciso procurar a experiência jurídica na sua integridade, não abrindo mão de eventuais sentenças e acórdãos; e, por isto, farei as suas transcrições, quando considerar que seja o caso.

Não quero estancar no academicismo, pois nada que se escreve é um ponto final, devendo-se permitir àqueles que se interessam pelo assunto um acesso mais fácil às informações de relevo. E a jurisprudência, seguramente, o tem.

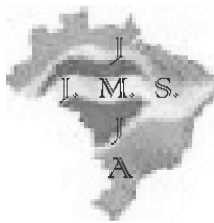
A tarefa construtiva da jurisprudência é algo inescandível, e já reconhecido de há muito, no Brasil, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.⁸³⁰

Na visão mais real da conformação dos institutos jurídicos, creio que se superará a mentalidade de que é possível encontrar uma solução monocórdica para os problemas desta índole, ultrapassando-se, deste modo, as pseudototalidades atingidas a partir de um único elemento ou fator destacado da realidade e do seu contexto.

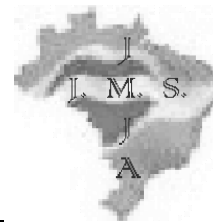
Assim, naturalmente, rejeito o raciocínio de que os julgamentos dos tribunais sejam consequências necessárias de regras preexistentes de sentidos unívocos.

dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.” (Texto originário - grifei). Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).

⁸³⁰ “*Inteligência de lei. Decreto nº 24.150, de 1934: mais que em qualquer outro instituto, tem se tornado sensível, na formação e proteção do ‘fundo de comércio’, a tarefa construtiva da jurisprudência. Ao proprietário locador, como ao negociante ou industrial locatário é lícito usar o imóvel pessoalmente ou através de sociedade de que participe”.* Recurso Extraordinário nº 21812. Diário de Justiça 17.12.53, p. 15554. Ementário Vol. 156-02, p. 830. Relator Ministro AFRÂNIO COSTA. Julgamento em 16.12.52. 2º Turma.



NOÇÕES PRELIMINARES



Muitas vezes, há o refúgio na obscuridade, com o exato objetivo de não se permitir a leitura, *senão pelos iniciados*, de que há sempre uma escolha.

O direito não costuma ser descoberto em deduções fáceis, sem a intromissão do aplicador. E isto serve não apenas para as lacunas, os conceitos indeterminados ou silêncios eloqüentes.

Ora, a Ciência Jurídica não é exata por inteiro, pois a exatidão absoluta, se é que ela existe, cabe aos deuses; e não aos homens.

Um Filósofo do Direito não deve se afastar demasiado das atividades forenses, e dos problemas que as cercam, pairando no mundo dos valores ideais ou exclusivamente contemplativos, escondendo-se nos arquétipos lógicos.

E não se arremesse para o campo do inútil a vivência daquele advogado que, conhecendo os juízes com os quais costuma trabalhar, orienta os seus clientes em táticas de êxito prático, como, por exemplo, o de esperar o encerramento das férias de um juiz, de modo a com ele despachar; porquanto saiba que aquele que o substitui tem uma compreensão diversa da que pretende ver reconhecida em favor do seu cliente.⁸³¹

Imagens parciais ou setorializadas demonstram-se insuficientes nas suas perspectivas.

⁸³¹ Não me refiro, aqui, aos expedientes reprováveis da parte de certos advogados, que, por exemplo, pedem a desistência de um processo quando da denegação da liminar, para, logo em seguida, distribuir um outro idêntico. Isto é má fé, e, por isto, logra punição em perdas e danos, tal como asseveram os arts. 16 e seguintes, do Código de Processo Civil brasileiro. Diz o Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má fé como autor, réu ou interveniente. Art. 17. Reputa-se litigante de má fé aquele que: I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II- altera a verdade dos fatos; III- usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI- provocar incidentes manifestamente infundados. Art. 18. O litigante de má fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mas os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º. Quando forem dois ou mais os litigantes de má fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligarem para lesar a parte contrária. § 2º. Não tendo elementos para declarar desde logo o valor da indenização, o juiz mandará liquidá-la por arbitramento na execução.”



Não bastam o fato e as normas; é preciso contemplá-los mediante valores.

As cogitações jurídicas percorrem todos estes caminhos.

O divórcio entre eles, o não entrecruzar as diferentes perspectivas é uma omissão indesejável. Realizar esta tarefa é necessário, embora se reconheça que é difícil realizá-la.

Mas, como ensinou KARL POPPER, em seu *Conhecimento Objetivo*, o ideal de evitar o erro é um ideal pobre. Evitar problemas difíceis, com o propósito de impedir o erro quase inevitável, nada acrescenta ao conhecimento. Ninguém está livre de cometer erros.⁸³²

Aqui, surge a questão de saber se a análise das medidas provisórias, nestes aspectos da relevância e da urgência e do silêncio constitucional sobre a sua reedição, melhor seria feita por um observador externo ou por alguém que vive dentro do sistema brasileiro.

Esta mesma discussão foi suscitada quanto à natureza da teoria jurídica de HART e de DWORKIN.⁸³³

Para RONALD DWORKIN, a teoria jurídica deveria levar em conta uma perspectiva interna do direito. Seria como que um ponto de vista de uma pessoa que estivesse dentro do sistema, sendo um dos seus participantes. Um observador externo, para este autor, não poderia formular uma teoria adequada, enquanto um relato do sistema.

Para HERBERT HART, bem ao contrário; e, partindo da sua convicção, propõe uma teoria descritiva e geral, dando a entender como descabida uma teoria jurídica formulada a partir da própria cultura do sistema do teorizador.

Pessoalmente, como venho tentando me fazer entender, encontro, nos direitos estrangeiros, a possibilidade de úteis sugestões à interpretação e à aplicação de cada direito

⁸³² POPPER, KARL. *Conocimiento Objetivo*. 24ª ed. Madrid. Ed. Tecnos. 1982, p. 176.

⁸³³ Vide HART, HERBERT. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. RIBEIRO MENDES. (com um pós-escrito editado por PENELOPE A BULLOCH e JOSEPH RAZ). 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1994, ps. 300 e ss. Ver, ainda, a sociedade imaginária de HERBERT HART, o que ele chamava de sociedade simples de REX.



NOÇÕES PRELIMINARES



positivo nacional. Tanto as semelhanças, como as diferenças, terminam por auxiliar o jurista na formulação dos seus juízos críticos⁸³⁴.

Ora, se, antigamente, isto já se fazia válido, com bem maior razão hoje em dia, quando o fenômeno da globalização vem implicando na aproximação dos diversos sistemas jurídicos.

Além do mais, encontro-me em uma situação bem peculiar diante da propriedade desta discussão.

É que, tendo adquirido grande parte da minha formação cultural no Brasil, e estando escrevendo sobre o direito brasileiro, encontrei-me, por algum tempo, em Portugal, apresentando-me, assim, como uma espécie de observador externo de um sistema sobre o qual tenho também uma certa perspectiva interna.

De fato, acredito que com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

A medida provisória é algo que pertence à vida diária do brasileiro médio, haja vista a sucessão de Planos Econômicos que atingiram e atingem o Brasil (Planos de Metas, Cruzado, Bresser, Verão, Collor I, Collor II, Real etc.).

Eram os Decretos-leis, e, agora, são edições e reedições de medidas provisórias.

A golpes de medidas provisórias não se reconhece que um dos maiores problemas nacionais não está na falta de dinheiro, mas na sua má distribuição.⁸³⁵

⁸³⁴ Em raciocínios anteriores aos que agora desenvolvo, expus os arts. 86, da Constituição da Espanha, de 1978; o art. 77, da Constituição da Itália, de 1947; o art. 38, da Constituição da França, de 1958 e os arts. 112º, 2 e 169, da Constituição de Portugal, já revista pelas Leis Complementares nºs. 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97.

⁸³⁵ Em 1997, o Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil era de 866,08 bilhões de reais, apresentando-se uma renda *per capita* de, aproximadamente, R\$ 5.430,03 (cinco mil, quatrocentos e trinta reais e três centavos). Em 1999, o Produto Interno Bruto (PIB) era de cerca de 961 bilhões de reais, havendo aumentado a renda *per capita*. Lamentavelmente, a heterogeneidade do País termina por reduzir a representatividade das médias nacionais.



NOÇÕES PRELIMINARES



Portanto, enfronte o tema a ser, em seguida, desenvolvido, pela distinção entre o uso e o abuso de qualquer instituto jurídico. Não é nada diverso o que deve ocorrer em relação às medidas provisórias.

As suas origens históricas não permitem que venham a ser tratadas tal como o foi o Decreto-lei de períodos nitidamente autoritários, como os das épocas da Constituição de novembro de 1937 (Estado Novo), dos Atos Institucionais (AI 02/65 e AI 04/66)⁸³⁶, e da Constituição de janeiro de 1967 e Emenda Constitucional de outubro de 69, onde o predomínio do Executivo saltava aos olhos do observador mais desatento.

No Brasil, houve um intervalo sem os Decretos-leis e medidas provisórias, pois a Constituição de setembro de 1946 não continha estes dispositivos.

E foi aí que JUSCELINO KUBITSCHEK (1956-1961) desenvolveu o seu Plano de Metas, fazendo com que o Brasil crescesse três vezes mais do que o restante da América Latina. É desta época a construção de Brasília, a SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste)⁸³⁷ etc.

Em síntese, não basta um *bom documento constitucional*, ou uma *boa Constituição* para que dela se faça bom uso.

Não cabe isolar a Constituição no mundo lógico, esquecendo-se de que ela foi feita para ser aplicada. Insisto em dizer que é preciso um intercâmbio entre a teoria e a prática.

⁸³⁶ O ato do príncipe chegou a ser como um ato de Deus, estando acima da ordem jurídica. No Estado Constitucional, surgiu a versão dos *atos de império*, e, depois, os *atos de governo*. No Brasil, existiram os *atos institucionais e congêneres*.

⁸³⁷ Brasília foi inaugurada em 21.04.60. Em 18.04.56, o Presidente enviou a Mensagem da transferência da Capital para o Centro-Oeste do Brasil; e, em 19.09.56, foi sancionada a Lei nº 2.874, que autorizou o Executivo a construir a nova Capital.

A Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) foi criada pela Lei nº 3.692, de 15.12.59. Em maio de 2001, por medida provisória, foram extintas a SUDENE e a SUDAM, duas autarquias federais, surgindo, nos seus lugares, duas Agências, a ADENE e a ADA. Contra esta providência presidencial, chegaram ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao menos, duas objeções: a) não caberia, por medida provisória, dispor sobre matéria reservada à lei complementar; b) a instituição de Fundos de qualquer natureza exigiria prévia autorização legislativa (art. 167, inc. IX, da Constituição da República); o que seria incompatível com o instituto da medida provisória.



É no acompanhamento das atividades dos Poderes do Estado que se tirará a prova do espaço existente entre o que se diz e o que se faz.

Repito como incorreta a afirmação que atribui a alguém um sólido conhecimento teórico, mas não prático. Afinal, uma pessoa só pode, relativamente, conhecer um objeto acaso consiga tornar aliadas teoria e prática.

A Jurisprudência⁸³⁸, recebendo o apoio da doutrina, continua em sua tarefa de construir o instituto da medida provisória no Brasil, fazendo-lhe as necessárias acomodações, delimitando a sua extensão e a sua oportunidade.

Eis o estágio atual de temas como o da relevância e da urgência, bem como do silêncio constitucional à cerca da reedição destas medidas.

É preciso que sejam fixadas as fronteiras, de modo a reduzir este permanente sentimento de ignorância sobre quais as normas que estão, naquele momento, em vigor.

Sem nenhuma segurança, não há direito, nem bom, nem mal, nem de nenhuma espécie, conforme as lições de LUIS RECASENS SICHES.⁸³⁹

*A Constituição é o que a Corte Suprema decide que é.*⁸⁴⁰

Isto não impede, contudo, que se faça as reflexões que desenvolvo.

Afinal, os juízes não repudiam os seus livros de direito, e desatam a legislar.

⁸³⁸ “Chama-se *Jurisprudência*, em geral, ao conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito; relativamente a um caso particular, denomina-se *jurisprudência* à decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito.” (MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1981, p. 176)

⁸³⁹ *Sem segurança jurídica não há Direito, nem bom, nem mal, nem de nenhuma classe*. Extraído de ALTERINI, ATILIO ANIBAL. *La Inseguridad Juridica*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1993, p. 07.

⁸⁴⁰ Vide GORDILLO, AGUSTIN. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de MARCO AURÉLIO GRECO, revisão de REILDA MEIRA. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1977, ps. 52-53.



NOÇÕES PRELIMINARES



Eles ponderam sobre o conhecimento existente, ao menos na área relevante à sua especialidade, buscando respostas aos casos que urgem resolver.

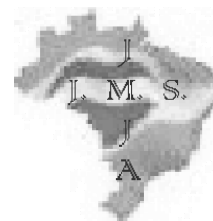
Enfim, o que me motivou a tratar do tema *Lacunas* foram dois fatos.

O primeiro consistiu em que, embora não existindo norma constitucional que autorize ou desautorize a reedição de medidas provisórias, elas, sem pedir licença, vêm sendo reeditadas.

O segundo consistiu em que os conceitos de *relevância e urgência* parecem, à primeira vista, francamente indeterminados; havendo uma razoável zona de proximidade entre as lacunas e estes tais conceitos.

Pois bem, o meu tema de agora é o direito brasileiro e as lacunas.

É nisto em que me debruço em seguida.



8. O DIREITO BRASILEIRO E AS LACUNAS

8.1. PREVISIBILIDADE LEGISLATIVA

“A existência de ordenamentos jurídicos que permitem ao órgão judicante a abstenção do julgamento é logicamente possível e comprovada historicamente. Convém lembrar que houve época em que vigorou a idéia de que na falta de norma expressa, o juiz deveria abster-se de julgar, como era o caso do pretor romano. ‘Non liquet’ era a fórmula empregada pelo magistrado ao perceber que não dispunha de elementos para decidir. AULUS GELLIUS conta um caso em que o Aerópago de Atenas deixou de julgar, citando as partes para que comparecessem aos 100 anos”. (DINIZ, MARIA HELENA. As Lacunas no Direito. 2ª ed. aumentada e atualizada. São Paulo. Editora Saraiva. 1989, p. 104)

O tema das lacunas é uma questão aberta, ou, como preferem alguns, uma *aporia*⁸⁴¹.

Quanto à função das lacunas, aqueles que as reconhecem costumam, em síntese, afirmar:

1. que a sua previsão legal fixa os limites para as decisões dos magistrados, estabelecendo que os mesmos não podem dizer que não julgam (proibição do *non liquet*)⁸⁴², porquanto não encontrem norma para regular o caso concreto que se enfrenta;

⁸⁴¹ THEODOR VIEHWEG, em sua *Tópica e Jurisprudência*, conceitua *aporia* como sendo um problema que não é possível afastar, para o qual ainda falta um caminho, aquilo onde remanesce a dúvida. (*Tópica e Jurisprudência*. Editora Taurus. Madri. 1964, p. 49).

⁸⁴² Segue Acórdão do Supremo Tribunal Federal, onde se decide sobre despesas do processo de execução efetuadas pelo exequente, que, segundo a Decisão, deveriam ser atribuídas ao



2. que elas justificam a atividade do Legislativo, pois, se não existissem mais normas a elaborar, este Poder perderia a sua função precípua.

Mas este não é um tema simples, onde se possa adotar posições definitivas. O direito não é apenas norma, havendo a necessidade de uma preparação filosófica, sociológica, dentre outras, para habilitar o seu aplicador.

É preciso ir além da superfície dos fenômenos jurídicos, buscando penetrar nos seus fundamentos explicativos e justificativos.

Há a necessidade de se ir além das normas e dos fatos, perquirindo-se valores. Há uma interdependência entre as normas, os fatos e os valores. Quando houver um desencontro entre eles, surge a lacuna.

Partindo desta convicção, afirmo que o sistema jurídico é aberto⁸⁴³, pois o direito é um fenômeno dinâmico.

Quanto à abertura do sistema jurídico, CLAUS-WILHELM CANARIS, em *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, entre as suas Teses, propunha que a abertura não era apenas da doutrina, mas da própria ordem jurídica

arrematante. Nele, o mais elevado Tribunal do País assevera que não pode o juiz eximir-se de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei: “(...) Não se há de ter como havendo maltrato ao art. 153, § 2º, da Constituição Federal, se o Acórdão decidiu com aplicação dos princípios legais cabíveis à espécie, com base no art. 126, do Código de Processo Civil, já que não pode eximir-se de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei. A regra aplicável, no caso, é a de que não cabe o enriquecimento indevido de um, a custa de outrem (...)” (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 108415. São Paulo. DJ 11.03.88, p. 4745. Ementário Vol. 1493-03, p. 416. Relator Ministro ALDIR PASSARINHO. Julgamento em 01.12.87. 2ª Turma. Unânime)

⁸⁴³ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, em seu *Da Boa Fé no Direito Civil*, afirma, em suas *TESES* (§ 51º.), que “a sistemática deve ser reformulada, admitindo-se um sistema aberto, móvel, heterogêneo e cibernético; a boa fé articula-se com esta realidade, distinguindo-se das lacunas.” (Obra citada. 1997, p. 1299)



objetiva, diante da mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, encontrando o Direito como um fenômeno situado no processo histórico, e, por isso, mutável.⁸⁴⁴

A constatação da mudança não impede, contudo, que se pretenda a segurança, mediante a previsibilidade.

É o que disse CLAUS-WILHELM CANARIS, sublinhando que o conceito de sistema, mesmo perante o ondulamento dos valores, vem em favor de um Direito ordenado, mais propício à segurança do que a irregular multiplicidade das normas singulares e desconexas.

Eis CANARIS, advertindo no sentido de que a manutenção de um sistema favorece a igualdade e a segurança, permitindo uma maior continuidade da legislação: “Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização.

Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras.

Assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como conjunto dos valores jurídicos mais elevados).⁸⁴⁵

Isto não significa o abandono do pensamento tópico, mas um mútuo complemento entre ambas as formas, sistemática e tópica⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e Tradução de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 281.

⁸⁴⁵ CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Obra citada. 1989, p. 22.



Ou, dito de outro modo, *a oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista. Ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente, interpenetrando-se, até, em parte.*⁸⁴⁷

De tal ordem que, mesmo a opinião da maioria, que é uma característica do raciocínio tópico, não chega a ser um ancoradouro seguro; pois são diversas as doutrinas que terminam por se completarem em seus critérios e premissas.

No entanto, inicialmente, faz-se imperioso, por um dever de imparcialidade, dizer que, de acordo com o exame que fiz da jurisprudência brasileira, não é inusual a afirmação de que o direito é um sistema que contempla uma unidade, não sendo, logicamente, aceitável a tese de que ele apresente lacunas ou contradições, cumprindo ao Judiciário harmonizar todo o sistema.⁸⁴⁸

Ou, quando muito, pode a lide ser decidida através da analogia⁸⁴⁹; isto se houver lacuna na legislação. A analogia seria semelhança e similitude, não implicando em identidade, pois é na semelhança que se admite diferenças.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ “A tópica moderna, com raízes históricas ricas, pressupõe um pensamento jurídico alheio à idéia de sistema. Como tal, é inaceitável, em Direito. **Em termos materiais, matizada pelo sistema, a tópica tem relevo a vários níveis**; não enquadra, no entanto, as manifestações da boa fé.” – grifei (CORDEIRO, ANTÔNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES. Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, p. 1297. TESES. § 44º.)

⁸⁴⁷ CANARIS, CLAUS-WILHELM. Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Obra citada. 1989, p. 289. (Teses. § 7º. 23)

⁸⁴⁸ Entre outros: Recurso Especial nº 178208. Rio de Janeiro. Diário de Justiça 13.10.98, p. 216. Relator Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. Decisão de 08.09.98. 6ª Turma. Unânime. Esta Decisão trata dos famosos, no Brasil, 84,32%, a título de supressão de valores promovida por um Plano Econômico. O Ministro Relator, ressaltando o seu entendimento, ajusta-se àquele contrário, proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

⁸⁴⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA, em sua *Introdução ao Estudo do Direito*, estudando o direito português, distingue entre *analogia legis* e *analogia juris*, afirmando que: “Pois bem, são dois os processos comuns de integração de lacunas no Direito português. A ‘analogia legis’ e a ‘analogia juris’. E quando há, então, ‘analogia legis’? Sempre que os casos que o Direito não preveja sejam «regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos» (Art. 10º, nº 01, do Código Civil). Decisivo, portanto, é saber o que são esses casos análogos. Mas a lei responde – são aqueles em que procedem as mesmas razões justificativas que no caso omissis (Art. 10º, nº 02, do Código Civil).



De fato, o problema da lacuna, salvo por alguns suspiros doutrinários, vem sendo deixado à margem dos principais debates jurídicos nacionais, à parte o reconhecimento de lacunas em sentenças - supráveis mediante embargos declaratórios, e em denúncias criminais – supráveis se não houver prejuízo para a defesa.⁸⁵¹

Um exemplo de ‘analogia legis’ é o recurso à lei que regula a difusão televisiva por sistema hertziano tradicional para reger matérias de televisão por cabo, relativamente às quais exista lacuna legal. E se não for possível a ‘analogia legis’? O passo seguinte é a ‘analogia juris’. A ‘analogia juris’ nasce da impossibilidade de recorrer a uma regra determinada. Por isso, obriga a olhar para o conjunto do ordenamento jurídico e, a partir da conjugação integrada das várias regras que o compõem, permite retirar uma orientação operatória. Numa palavra, apela aos princípios jurídicos e, daí, retira uma disciplina para o caso. Que fazer se não se descobrir um caso análogo ? (...) Três degraus, portanto, caracterizam o processo de integração de lacunas. 1) A analogia da lei, ou ‘analogia legis’ com recurso a uma regra determinada, normalmente legal. 2) A analogia do Direito, ou ‘analogia juris’, com recurso a um princípio jurídico determinado, normalmente induzido das regras legais. 3) A norma que o intérprete criaria, que apela ao espírito global do sistema jurídico português.” (SOSA, MARCELO REBELO DE. e GALVÃO, SOFIA. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª ed. revista e aumentada com base na Revisão Constitucional de 1997. Portugal. Publicações Europa-América, Lda. 1998, ps. 69-75)

⁸⁵⁰ Ação Rescisória nº 259. Distrito Federal. Diário de Justiça 07.03.95, p. 3606. Revista do Superior Tribunal de Justiça Vol. 58, p. 17. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Decisão de 30.11.93. 1ª Seção. Unânime.

⁸⁵¹ Faço esta afirmação, mesmo reconhecendo que existem vários Acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, onde, se não são encontradas lacunas, ao menos surge o assunto para debate. Em muitos deles, a conclusão é a de que o direito não apresenta lacunas, nem contradições, cabendo ao Judiciário promover a harmonia das normas em vigor.

Embora seja esta a opinião predominante, indico entre os casos jurisprudenciais de realce na jurisprudência brasileira: o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispunha que, nas partes omissas ou não recepcionadas do Decreto-lei nº 406/68, que dispunha sobre o Imposto incidente sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, caberia ser instituído Convênio entre os Estados da Federação brasileira, mesmo sendo a matéria, no Texto Permanente, reservada à Lei Complementar (STF. Recurso Extraordinário n 149922. São Paulo. DJ 29.04.94, p. 9733. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Tribunal Pleno. Unânime); os usos e os costumes comerciais poderiam, excepcionalmente, suprir as lacunas ou as deficiências da lei, jamais podendo os Tribunais os acolherem contra preceito legal expresse. (Recurso Extraordinário nº 14465. DJ 06.01.54, p. 126. Relator Ministro AFRANIO COSTA. Ementário Vol. 159-01, p. 129). Também, na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, suscita-se a questão de, em havendo sido declarada a inconstitucionalidade de uma lei, se seria possível falar em lacuna. Esta questão dizia respeito ao Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza. O Supremo Tribunal Federal, alegando a



Não que o tema não tenha a sua importância⁸⁵², pois o tem; mas porque assim se prefere fazer.

Se esta é a opinião da maioria, não significa dizer que mereça ser seguida cegamente.

Em reforço do que digo, recorro de uma história intitulada por “**E Deus riu ...**”, que se encontra no Capítulo I, de *O Direito como Sistema Autopoiético*, de GUNTHER TEUBNER.

Nela, busca-se demonstrar que nem sempre o lugar comum da maioria é uma circunstância inabalável.

Veja-se o que digo:

“Capítulo I. ‘E Deus riu...’ Indeterminação, auto-referência e paradoxo no direito. Narra uma velha história que, durante aceso debate a propósito de um certo problema levantado pela interpretação do Talmude e sobre o qual nenhum consenso havia sido conseguido, o rabino ELIEZER, cujo pensamento jurídico

inexistência de ameaça à solvência do Tesouro Nacional, repeliu o que chamou de *lacuna jurídica ameaçadora* (Ação Direta de Inconstitucionalidade 513. Distrito Federal. DJ 30.10.92, p. 19514. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 141-03, p. 739. Relator Ministro CÉLIO BORJA. Tribunal Pleno. Unânime). Outra questão de destaque foi aquela em que se discutiu o “crime de computador”, pela publicação de cena de sexo infanto-juvenil, mediante a inserção em rede BBS/INTERNET de computadores. O fato foi atribuído a menores. Discutiu-se se, não havendo o tipo “crime de computador”, existiria lacuna na lei. A conclusão foi a de que o meio técnico para realizar o conduta típica pode até ser posterior à edição da lei, o que não implicaria em lacuna, haja vista que *a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo*. (Habeas Corpus 76689. Paraíba. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. 1ª Turma).

⁸⁵² Na Carta de Una, formulada pelos Procuradores da República brasileiros, que se reuniram entre 28.10 e 02.11.98, no Município de UNA - Bahia (XV Encontro Nacional para comemorar os 25 anos da Associação Nacional dos Procuradores da República e os 50 anos da Declaração dos Direitos do Homem, além dos 10 anos da Constituição brasileira atual) foi formulada, entre as conclusões do Encontro, a seguinte: “*As lacunas e as deficiências da legislação penal e processual penal são uma das principais causas de impunidade*”.



rigoroso e elegante não era seguido pela maioria dos presentes, afirmou que, se o seu raciocínio fosse correcto, um ulmeiro situado fora da sinagoga se deslocaria. Quando a árvore se moveu de facto, os restantes rabinos não pareceram impressionados. ELIEZER vaticinou então que, caso estivesse com a razão, o curso de um rio vizinho inverteria a sua direcção, o que efectivamente aconteceu; acrescentou ainda que os muros da escola rabínica se desmoronariam, o que de novo sucedeu. Estas maravilhas não convenceram, no entanto, os rabinos. Por fim, proclamou solenemente que o próprio Céu faria a prova da sua razão. Foi então que uma voz celeste confirmou a opinião de ELIEZER. Todavia, até mesmo desta voz os rabinos discordaram, dizendo: 'Não podemos dar atenção à voz divina porque Tu mesmo escreveste na Torah, no Monte Sinai, que nos devemos inclinar perante a opinião da maioria'. E Deus riu então, repetindo: 'Os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me.' (Talmude da Babilónia, Baba Mezia, 59b).”⁸⁵³

Feitas estas considerações, cabe, agora, verificar que o direito positivo brasileiro optou por deter vários dispositivos sobre os temas da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade; permitindo, contudo, a esta última, em certas situações previstas em lei, a temperança normativa como elemento conducente à interpretação.

No entanto, antes de fazer este passeio pela legislação nacional, tenho como de boa recomendação, de logo, lançar alguns elementos sobre como estes institutos são entendidos por um dos mais prestigiados autores brasileiros, particularmente nos lindes da hermenêutica e da aplicação do direito.

Refiro-me a CARLOS MAXIMILIANO⁸⁵⁴.

Veja-se as suas lições:

1. Analogia.

⁸⁵³ TEUBNER, GUNTHER. O Direito como Sistema Autopoiético. Tradução e Prefácio de JOSÉ ENGRACIA ANTUNES. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 01.

⁸⁵⁴ MAXIMILIANO, CARLOS. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1981. Analogia, ps. 206 e ss. Costumes, ps. 188 e ss. Princípios Gerais do Direito, ps. 295 e ss. Equidade, ps. 172 e ss.



É uma *semelhança de relações*, no sentido mais tradicional, que é o matemático.

O seu fundamento menos está na vontade presumida do legislador, e mais no princípio da igualdade, que traz a exigência de que situações semelhantes devam ser reguladas por normas semelhantes.

Dito de outra forma, *fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico*. Aplica-se ao caso novo a regra fixada para um outro, mas semelhante àquele.

2. Costume.

Resulta da prática diurna e uniforme.

Ele exerce duas funções.

A primeira, completando o direito escrito, e, de tanto, preenchendo lacunas.

A segunda, funcionando como elemento de hermenêutica, auxiliando a interpretação.

O problema está, muitas vezes, no fato da dificuldade de verificar a sua formação, pois ele se constitui pouco a pouco, e de maneira incoercível.

Ordinariamente, são classificados em três espécies: *secundum legem* (previsto na lei, que a ele se refere ou manda observá-lo; e é o mais prestigiado), *proeter legem* (substitui a lei nos casos de silêncio, preenchendo lacunas) e *contra legem* (em sentido contrário às disposições escritas).

Em princípio, o costume *contra legem*⁸⁵⁵ não é aceito no Brasil, pois o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que *a lei só se revoga por outra lei*.

⁸⁵⁵ Note-se que a negação é a do costume *contra-legem*. De fato, no direito tributário brasileiro, há espaço para a aplicação do costume como um redutor da vaguidade da lei. Neste sentido, estão: a) o art. 100, inc. III: “São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: (...) III- as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”; b) o art. 146: “A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de



Ainda quanto aos costumes, no Brasil, deve receber destaque a chamada *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1768. Ela, no § 14, declarava observável o costume *conforme a boa razão*, que não fosse contrário às leis, e *tão antigo que excedesse o tempo de cem anos*.

Quanto ao prazo dos cem anos, parece ter havido exagero ou inadequação, dado que a duração prefixada não é da essência do instituto do costume, que é impreciso, não sendo fácil detectar o seu termo inicial.

É verdade que quanto maior for o prazo, maior também poderá ser o seu valor.

Enfim, o costume precisa ser uniforme, público, multiplicado por largo espaço de tempo, e tolerado pelo legislador.

Em face da inexistência de norma constitucional sobre a reedição de medida provisória, e do seu acatamento pelos Tribunais Superiores, poderia-se indagar se isto não se trataria de um costume para além da lei.

Creio que não. Afinal, reconhecendo que a interpretação varia conforme o ramo do direito, encontro, no Direito Público; e, especialmente, no Constitucional, princípios como o de que à autoridade pública não é dado fazer senão o que a lei prescreve, ou só é permitido fazer aquilo que a lei diz que pode ser feito.

Costume não revoga lei, menos ainda a Constituição.

3. Princípios Gerais do Direito.

Aqui, parece habitual partir-se do raciocínio de que o conjunto das regras positivas é uma espécie de síntese de um complexo sistema orgânico.

decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”



Os princípios gerais, segundo a doutrina mais acatada no Brasil, detêm graus de maior ou menor amplitude.

Observe-se o que diz CARLOS MAXIMILIANO sobre isto: “*Recorre o aplicador do texto aos princípios gerais: a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc); d) de todo o Direito Positivo, inteiro; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma. Vai-se, gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação à hipótese controvertida.*”⁸⁵⁶

De fato, estas lições doutrinárias foram consagradas no próprio direito positivo brasileiro, haja vista o que se verá mais adiante no Código Tributário Nacional (art. 108).

4. Equidade.

Ela possui um duplo papel, ao menos segundo a doutrina. Se, por um lado, chega a ser utilizada para suprir as lacunas; por outro, pode auxiliar a obter o sentido e o alcance das disposições legais.

CARLOS MAXIMILIANO atribui a longevidade do Direito Romano às *relações intencionalmente mantidas com a Equidade, que ele considerou o princípio basilar da interpretação legal.*⁸⁵⁷

De fato, é mais comum encontrá-la não como um meio de integração de lacunas, mas como uma maneira de atenuar o rigor de um texto, interpretando-o de modo compatível com a solidariedade humana.

Isto não significa que possa ser invocada contra uma prescrição positiva, não porque se imagine que a lei clara não se interpreta, mas porque precisam ser tomadas em consideração as consequências práticas prováveis a serem atingidas com a decisão adotada.

⁸⁵⁶ MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Obra citada. 1981, ps. 295-296.

⁸⁵⁷ MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Obra citada. 1981, p. 173.



A respeito da ponderação das consequências, na interpretação jurídica, diz ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO que ela tem efetiva importância na realização do direito.

De fato, pode parecer ingênuo pensar ou pretender o contrário.

O reconhecimento e o estudo da ponderação das consequências é o que se denomina de *sinépica*, habilitando o intérprete-aplicador a pensar *através da conformação de resultados*.

Eis ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, advertindo que, na interpretação, costumeiramente, vai-se além da finalidade da norma, ponderando-se sobre as consequências reais e atuais da sua aplicação: “A doutrina clássica da interpretação há muito descobriu que a interpretação das fontes deveria transcendê-las, procurando determinar o seu objectivo: é o elemento teleológico da interpretação. Pode, agora, ir-se mais longe: a decisão não se esgota, valorativamente, nela própria, havendo, para além dela, que determinar e ponderar as suas consequências.”⁸⁵⁸

Feitas as apresentações destes institutos, passe-se ao percurso legislativo.

A própria Constituição de outubro de 1988⁸⁵⁹, no seu art. 194, inc. V, referiu-se à equidade, dizendo:

“Da Seguridade Social. (...)”

⁸⁵⁸ CORDEIRO, ANTÔNIO MENEZES. Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autômato aos modelos de decisão jurídica. Revista Jurídica n.ºs. 09 e 10 janeiro / junho de 1987. AAFDL. Este texto serviu de base para a intervenção do seu autor nas Jornadas do Prof. Doutor JOÃO DE CASTRO MENDES, realizadas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 25, 26, 28 e 29 de novembro de 1985. O texto extraído está à p. 15.

⁸⁵⁹ A Constituição de 16 de julho de 1934, no art. 113, item 37, previa: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 37) Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.”



Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo Único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

V- equidade na forma de participação no custeio;

(...)”

A título exemplificativo, apresentarei alguns dos vários dispositivos que têm espaço na legislação brasileira de maior relevo, como a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código Tributário Nacional, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal; a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Processo Penal Militar, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei de Arbitragem, o Código Comercial etc.

É o que vai mais adiante:

I. Primeiramente, aqueles mais conhecidos:

1. Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.42):

“Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

2. Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66):

“Interpretação e Integração da Legislação Tributária. (...)

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

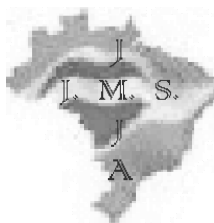
I- a analogia;

II- os princípios gerais de direito tributário;

III- os princípios gerais de direito público;

IV- a equidade.

§ 1º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.



§ 2º. *O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.*

(...)

Art. 172. *A lei poderá autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:*

(...)

IV- *a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso.*”

3. Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.01.73)⁸⁶⁰:

“Art. 126. *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.*

Art. 127. *O juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei*⁸⁶¹.”

4. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03.10.41):

“Art. 3º. *A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como os suplementos dos princípios gerais do direito.*”

5. Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 01.05.43):

⁸⁶⁰ Código de Processo Civil brasileiro. “Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição voluntária. Das Disposições Gerais. Art. 1.109. *O juiz decidirá o pedido no prazo de dez (10) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar, em cada caso, a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. (Entre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, estão: a curatela dos interditos, a herança jacente, os bens dos ausentes, os testamentos e codicilos etc*”

⁸⁶¹ Por exemplo: “Do Compromisso. (...) Art. 1040. *O compromisso poderá também declarar: (...) IV- a autorização, dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito. (...) Art. 1454. Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja, contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro. (...) Art. 1456. No aplicar a pena do art. 1454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.*”



“Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente, do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo Único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

6. Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1.002, de 21.10.69):

“Da Lei do Processo Penal Militar e da sua aplicação (arts. 1º a 6º).

Art. 3º. Os casos omissos deste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;*
- b) pela jurisprudência;*
- c) pelos usos e costumes militares;*
- d) pelos princípios gerais de Direito;*
- e) pela analogia.”*

7. Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90):

“Dos Direitos Básicos do Consumidor (arts. 6º e 7º)

Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

(Observação: o art. 51, deste mesmo Código também faz referência à boa fé e à equidade, considerando nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais que contiverem *desvantagem exagerada para o consumidor*)

8. Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9099, de 26.09.95):

“Dos Juizados Especiais Cíveis. Da conciliação e do Juízo Arbitral (arts. 21-26).



Art. 25. *O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5 e 6, desta Lei, podendo decidir por equidade.*”

9. Arbitragem (Lei nº 9307, de 23.09.96)⁸⁶²:

“Disposições Gerais.

Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º. Poderão as partes escolher, livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

(Observação: nesta mesma lei, nos arts. 10, inc. II e 26, inc. II, diz-se que, para a aplicação da equidade, é necessário que o compromisso arbitral contenha autorização neste sentido; e, também, que, sendo utilizada a equidade, na sentença, exige-se à menção a este fato)

⁸⁶² Os sistemas jurídicos atuais estão sobrecarregados, existindo, por isto, atentas reflexões sobre o que os norte-americanos chamam de “*gerenciamento de casos*”, o que encampa não apenas a arbitragem, mas também a mediação. Assim, recomenda-se ao órgão julgador que insista na resolução alternativa da disputa. É bem verdade que nem sempre chega-se a um acordo. Contudo, diante do alto percentual de êxito, estas iniciativas têm, na Carolina do Norte, por exemplo, reduzido o custo e o tempo do processo, que deixa de ser computado em anos e passa a ser contado em meses. Evidentemente que, se o percentual negativo for maior, a questão inverte-se, pois haveria um gasto de tempo e de dinheiro ampliados. Na mediação bem sucedida, atinge-se a um acordo entre as partes, evitando que a disputa prossiga, o que seria uma vantagem frente ao processo tradicional, pois nele, embora o juiz decida quem tem razão, muitas vezes o vencido não acata interiormente a sentença ou o acórdão, sobrevivendo o conflito. No âmbito dos grandes negócios, isto pode acarretar desvantagens em relação à sequência de operações que a relação comercial traria embrionária. Quanto ao momento da mediação, ele poderá ser mais ou menos precoce, desde que haja, a partir do início, uma idéia mais exata do valor que cada lado deposita na disputa. Uma das maiores dificuldades da mediação é a escolha do mediador, que precisa ser pessoa dotada de qualidades como a da paciência, da tenacidade, do conhecimento específico do objeto da disputa e da legislação disciplinadora, de imparcialidade, da confiança das partes e de um forte poder de comunicação e capacidade para ouvir. Outro aspecto pragmaticamente importante, no Brasil, é o do estímulo ou o da redução do mercado de trabalho dos advogados, em face do que diz o art. 133, da atual Constituição brasileira, quando afirma que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.



10. Código Comercial (Lei nº 556, de 25.06.1850):

“Do Comércio Marítimo. Do contrato de Dinheiro a risco ou câmbio marítimo (arts. 633 a 665).

Art. 665. Quando sobre contrato de dinheiro a risco ocorra caso que se não ache prevenido neste Título, procurar-se-á a sua decisão por analogia, quanto seja compatível, no Título – dos seguros marítimos, e vice-versa.”

II. Mas, em que pese estes dispositivos serem os mais conhecidos, existem vários outros, como, por exemplo, os Decretos nºs. 1570, de 21.07.95; 2299, de 13.08.97; 2301, de 14.08.97 e o 2597, de 18.05.98.

Todos eles referem-se, textualmente, à lacuna da lei estrangeira sobre assistência médica, amparando, em seus termos, os dependentes dos chamados “auxiliares locais” do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Aeronáutica, do Ministério do Exército, do Estado Maior das Forças Armadas.⁸⁶³

Enfim, também a jurisprudência brasileira não deixou passar ao largo o tema da analogia, havendo uma Súmula do Supremo Tribunal Federal recusado a mesma em relação à extensão dos benefícios previdenciários aos trabalhadores rurais.

⁸⁶³ Apresentarei a redação do Decreto nº 1570, de 21.07.95, que se refere ao âmbito do Ministério das Relações Exteriores, regulamentando a Lei nº 7.501, de 27.06.86. Todos os Decretos têm, praticamente, a mesma redação, que é a seguinte: “Art. 16. Ao auxiliar local que, por força da legislação local, não fizer jus a assistência médica provida pelo Estado estrangeiro, será assegurada assistência médica, extensiva aos dependentes, equivalente à prestada pelo sistema oficial do país sede da Repartição, mediante a contratação de empresa privada de notória idoneidade, tradição e eficiência no ramo. § 1º. Na lacuna da lei local, consideram-se dependentes para efeitos deste artigo: a) cônjuge ou companheiro; b) filhos ou enteados até 21 anos, não percebendo rendimento do trabalho ou de qualquer outra fonte em valor igual ou superior ao salário-mínimo vigente na localidade onde estiver sediada a repartição, e vivam na companhia do Auxiliar; § 2º. O disposto neste artigo não se aplica ao dependente que fizer jus à assistência médica oferecida pelo sistema oficial local.”



É a Súmula nº 612, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “Súmula nº 612. Ao trabalhador rural não se aplicam, por analogia, os benefícios previstos na Lei nº 6.367, de 19.10.76.”

Portanto, e diante de tudo o que expus, ficou claro que o legislador e o aplicador do direito brasileiro pensaram no assunto da incompletude, e buscaram fornecer a melhor solução, que, acreditavam, estivessem a dispor.

Isto não deve, em absoluto, ser desconsiderado; porquanto restou, nas mãos do Judiciário nacional, uma relevante tarefa. Sem ferir o princípio da distribuição de funções, passa a ser um elemento dinâmico, complementando o ordenamento jurídico.

Note-se que, fazendo isto, estará exercendo uma função subsidiária àquela do legislador, não detendo poderes de criação autônoma, porquanto esteja vinculado às pautas que lhe são submetidas pelas normas legisladas.

Pelo menos no Brasil, ordinariamente, concebo a norma escrita, proveniente do Legislativo nacional, federal, estadual, distrital e municipal, como detendo o máximo avanço para a grande maioria não organizada.

Assim, estou convicto de que se um grupo, ou categoria, ou mesmo esta maioria não organizada a que me refiro, não houver conquistado, na norma escrita, as suas aspirações, dificilmente elas serão garantidas por outros meios juridicamente idôneos.⁸⁶⁴

Além do mais, um assunto que, por vezes, passa despercebido é o de que a Constituição de outubro de 1988, que, atualmente, defronta-se com um verdadeiro desmonte graças ao exagerado número de Emendas Constitucionais, trouxe consigo avanços no campo social, que terminam por se reduzir em expedientes processuais que não

⁸⁶⁴ Friso, aqui, que não estou entre os defensores do denominado *direito alternativo*. Sobretudo, no Brasil, não tenho a legalidade como um entrave que precisa ser superado com a utilização de princípios gerais, que estariam acima do direito positivado. Possivelmente, com isto, pretenda-se prestigiar os economicamente hipossuficientes, como tanto se vem a escutar no Brasil. Mas, mesmo fosse adequado no caso concreto (pois também o economicamente mais fraco pode não ter razão na causa em juízo), considero que este não seria o melhor caminho, dado que, certamente, virá o recurso; e, provavelmente, a reforma da sentença. Afora o fato de que, agindo-se assim, incentiva-se a arbitrariedade, onde, provavelmente, os mais favorecidos reservarão as suas vantagens. Quebrada a imparcialidade, libera-se o arbítrio; o que é, profundamente, perigoso.



amparam o processo como, também, um instrumento do Estado Democrático de Direito, tal como consignado no art. 1º, caput, da atual Constituição⁸⁶⁵.

A função do Judiciário brasileiro em grande medida é esta: a de extrair da Constituição tudo o que dela pode ser legitimamente retirado.

A Norma Constitucional, mesmo em hipóteses de lacunas, analogias etc da legislação que lhe é subordinada, deve sempre ser o ponto de partida na tarefa do juiz ou da autoridade administrativa incumbida de decidir.

Nas palavras de SANTI ROMANO: “A Constituição é o ponto inicial do direito estatal considerado em seu todo, a base de todas as demais partes, sendo, precisamente, por isto, parte integrante dele.”⁸⁶⁶

Com isto, absolutamente, não se estará a negar as funções do *órgão legislativo*, pois reconheço que, em uma perspectiva dinâmica, é forçoso admitir a possibilidade de lacunas apenas supríveis por ele próprio, dado que o juiz não substitui o legislador.

O juiz apenas processualmente, e de maneira pragmática, decide o caso concreto que lhe foi submetido a julgamento, não eliminando a lacuna na ordem jurídica⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ Constituição do Brasil. “Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito, e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou , diretamente, nos termos desta Constituição (...) Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...)”

⁸⁶⁶ ROMANO, SANTI. Princípios de Direito Constitucional Geral. Tradução de MARIA HELENA DINIZ. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1977, p. 08.

⁸⁶⁷ Código de Processo Civil brasileiro. “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”



8.1. PREVISIBILIDADE LEGISLATIVA



Isto porque ao juiz é proibido dizer que não julga, tal como faziam os pretores romanos.

No entanto, decidindo o caso concreto, estabelece-se um *precedente*, pressupondo-se que, no futuro, os casos semelhantes serão resolvidos de acordo com a máxima estabelecida.

KARL LARENZ, em sua *Metodologia da Ciência do Direito*, tratou deste assunto, afirmando que, no momento em que os Tribunais resolvem um caso concreto, o fazem afirmando que aquela é a resposta adequada, segundo o ordenamento jurídico aplicável, trazendo a idéia de que, futuramente, todo caso semelhante será resolvido daquela forma. Adverte, também, que, até mesmo, os Supremos Tribunais relutam em se afastar da opinião jurídica anteriormente aceite⁸⁶⁸

Ainda sobre a proibição do *non liquet*, CARLOS COSSIO, em sua *Plenitude do Ordenamento Jurídico*, chegou a afirmar que um juiz, como órgão do direito, não pode se abster de julgar, porquanto isso seja algo impensável, tal como um círculo quadrado; pois, em direito, o juiz teria sempre de julgar.⁸⁶⁹

Embora, de regra, não vá além do caso concreto.

E assim o é mesmo diante da jurisprudência do mandado de injunção brasileiro (art. 5º, inc. LXXI, da atual Constituição)⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ “Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora. (...) Mas até o Supremo Tribunal Federal se afasta contrafeito e mesmo assim não com frequência da opinião jurídica por ele uma vez aceite.” (LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de JOSÉ LAMEGO. Revisão de ANA DE FREITAS. 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, p. 521)

⁸⁶⁹ COSSIO, CARLOS. *A Plenitude do Ordenamento Jurídico*. 2ª ed. 1947. Editora Losada. Buenos Aires, p. 159.

⁸⁷⁰ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...)

LXXI- conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”



Afinal, como se sabe, embora o Supremo Tribunal Federal já haja fixado prazo para o exercício da função normativa, apenas vem autorizando, na hipótese de seu descumprimento, o ajuizamento de ação econômica reparatória, não restando colmatado o vazio do espaço legal.⁸⁷¹

Tanto é assim que se, após a reparação econômica, advier a lei, esta poderá retroagir, acaso seja mais favorável àquele ou àqueles cidadão(s) beneficiados pela coisa julgada.

Além do mais, se a mora legislativa não trazer o Estado no polo passivo, vem prevalecendo o entendimento de que não cabe sequer a fixação de prazo, sob a justificativa de que não é possível *cominar consequência à continuidade do vazio normativo após o termo final da dilação assinada*.⁸⁷²

Neste quadro, é de se indagar se ausência de norma constitucional sobre a reedição de medidas provisórias, pode ser respondida mediante o enunciado de que tudo aquilo que não está proibido, está permitido⁸⁷³.

Ou, dito em outras palavras, se a Constituição não proibiu a reedição destas providências é porque autorizou o Presidente da República a reeditá-las.

⁸⁷¹ Mandado de Injunção nº 283. Distrito Federal. DJ 14.11.91, p. 16.355. Ementário Vol. 1642, p. 01. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 135-03, p. 882. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno Unânime. Ver, também, MI nº 355/94. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 07.10.94.

⁸⁷² MI nº 283. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Revista Trimestral de Jurisprudência 135/882 e MI nº 361. Rio de Janeiro. Relator para Acórdão Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ 17.06.94, p. 15707. Ementário Vol. 1749-01, p. 46. Tribunal Pleno.

⁸⁷³ Constituição do Brasil. “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.” (Texto originário). Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).



Será que este raciocínio é procedente ?

Este é o nosso próximo assunto.

8.2.TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?

“O Princípio da Segurança Jurídica. (...) Quando o comando emergente de um princípio é transgredido, nem por isso estaremos autorizados a declarar que a diretriz não tem eficácia, é ‘letra morta’. Os sistemas de direito positivo prevêm as condutas infringentes de suas prescrições, montando dinamismos de controle que se voltam à recomposição dos interesses violados. E sempre que esses dispositivos funcionem, restabelecendo a situação anterior, confirma-se a efetividade daqueles valores. Diante desse quadro, a desconsideração de princípios, como o da igualdade, anterioridade, legalidade estrita, entre outros, é o meio juridicamente próprio para testarmos sua eficácia. Se, quantas vezes atacado, tantas vezes reafirmado na sua força axiológica, confortavelmente poderemos afirmá-lo como vetor relevantíssimos do sistema.” (CARVALHO, PAULO DE BARROS. O Princípio da Segurança Jurídica. Extraído da Revista da Associação dos Pós-graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ano II, nº 03. São Paulo. Janeiro/março de 1993, p. 132)

Costuma-se com esta frase responder que o sistema jurídico é fechado, estando todos os comportamentos humanos, de um modo ou de outro, previstos no direito.

É o dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico.

Este dogma, fundamentalmente, baseia-se no enunciado de que *tudo o que não está proibido, está permitido*.



8.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?



Um dos contra-argumentos que costuma antagonizá-lo é o de que ele não constitui uma norma jurídica positiva, sendo um simples enunciado lógico.

Além do mais, ele traria a equivocada perspectiva de que o direito é algo estático, e não um fenômeno dinâmico e bastante complexo.

Há, também, aqueles que preferem dizer que, embora do ponto de visto lógico, o direito não apresente lacunas, pela fisionomia dos valores aceitos socialmente, as mesmas podem vir a surgir.

Então, as lacunas não seriam lógicas, mas axiológicas.

CLAUS-WILHELM CANARIS, ao tratar das lacunas, concluía que *as quebras, no sistema, respeitam a contradições de valores e de princípios*; arrematando que *as lacunas, no sistema, são a consequência de lacunas de valoração*.⁸⁷⁴

Não está muito distante disto HUGO DE BRITO MACHADO, que proclama que a carência termina não sendo pela norma que falta, mas pela injustiça decorrente da sua ausência.

E mais, pois acrescenta: quando o sistema autoriza a sua integração por uma necessidade ético-política, ele corre um outro risco, que é o de que a norma específica criada pelo seu intérprete seja, também ela, injusta.

Agora, com a palavra HUGO DE BRITO MACHADO, refletindo sobre a justiça na aplicação da ordem jurídica: *“Interpretação e Integração. (...) A rigor, é sempre logicamente possível a aplicação da ordem jurídica a qualquer caso concreto. A falta de uma norma específica não implica a necessidade de criação dessa norma, pois a decisão poderia ser fundada precisamente na sua ausência. O que acontece é que tal solução pode*

⁸⁷⁴ “TESES. (...) § 6º. (...) 17. (...) *As quebras no sistema respeitam a contradições de valores e de princípios, as normas estranhas ao sistema resultam de valorações que permanecem isoladas dentro do conjunto da ordem jurídica e, também das que, em si mesmas, não possuem qualquer poder convincente e as lacunas no sistema são a consequência de lacunas de valoração.*” (CANARIS, CLAUD-WILHELM. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 1989, p. 285)



8.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?



*parecer injusta, e por isto o legislador concede ao aplicador autorização para criar uma norma específica. Injustiça, porém, também poderá haver no caso de aplicação da norma específica. Tudo se resume na questão de saber se o legislador deve abdicar, em favor do órgão aplicador do direito, da competência para formulação de juízos ético-políticos. Seja como for, o certo é que o nosso Direito Positivo acolheu a teoria das lacunas.”*⁸⁷⁵

De fato, no caso *sub judice*, haverá sempre uma solução, quer seja pelo Judiciário, quer seja pela velocidade constitucional do órgão legislativo⁸⁷⁶.

Mas a Jurisprudência apenas cria a norma individual, que não fica incorporada ao direito positivo em termos gerais. Trata-se de uma técnica de colmatação no caso concreto.

Mesmo quanto às Súmulas atualmente existentes no Brasil, não considero que devam ser havidas como normas gerais, embora a discussão sobre os seus efeitos vinculantes despertem acalorados debates.⁸⁷⁷

Deste modo, embora o sistema não seja completo, ele é completável.

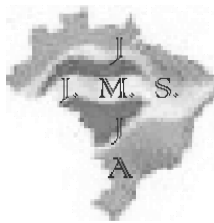
Isto não quer dizer que as leis existentes sejam, além de qualquer dúvida razoável, suficientes para resolver todos os problemas da vida.

As necessidades do momento cometem surpresas.

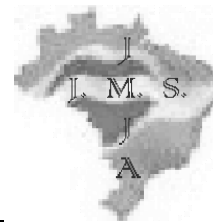
⁸⁷⁵ MACHADO, HUGO DE BRITO e outros. Interpretação no direito Tributário. Estudos de Direito Tributário. Vol. 1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1989, p. 32.

⁸⁷⁶ As medidas provisórias têm eficácia desde a edição, o que não significa dizer que possam violar as normas constitucionais quer formais, quer materiais.

⁸⁷⁷ De fato, a Constituição, tal como está, não tem como novidade o efeito vinculante expresso, haja vista o art. 102, inc. I, “a” (ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual), o art. 125, § 2º (representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual) e art. 102, § 2º. (ação declaratória de constitucionalidade). Mas o efeito vinculante que provoca polêmica no Brasil não é o proveniente do controle concentrado de constitucionalidade. Diz respeito, antes sim, sobre quais os Tribunais que, no controle incidental, poderão emití-las, sobre quais os legitimados que poderão provocá-la e em que matérias, sobre quais as consequências que advirão para o juiz que descumpri-las, sobre a chamada advocatória mediante incidentes de índole constitucional etc.



8.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?



A despeito de isto parecer eminentemente claro, o problema das *lacunas jurídicas* é razoavelmente recente, remontando ao século XIX.

A explicação é a de que, enquanto se falava em julgamento divino (fase anterior ao século XIII), ou no período de presença maciça do direito costumeiro não escrito (entre os séculos XIII e XV)⁸⁷⁸, ou, ainda, quando havia o pressuposto da hierarquia das fontes, distribuindo-se, paulatinamente, a partir da lei, para, em seguida, virem o costume e o direito romano, não existiam as condições mais propícias para trazer as dificuldades efetivas ao tema das lacunas.

Foi só a partir de épocas posteriores à Revolução Francesa que, com maior profundidade, fizeram-se as lacunas surgir como um problema teórico de envergadura,

⁸⁷⁸ “Dentre as mais antigas formas de expressão do direito temos o costume, decorrente da prática reiterada de certo ato com a convicção de sua necessidade jurídica, forma que predominou até a lei escrita. Com o decorrer dos tempos, a legislação passou a ser a fonte imediata do direito. (...) A prática consuetudinária, da qual resulta o costume, é, em regra, uma fonte de cognição subsidiária ou supletiva e da mais alta relevância. (...)

Do exposto, percebe-se que são condições para a vigência de um costume: sua continuidade, sua uniformidade, sua diuturnidade, sua moralidade e sua obrigatoriedade. Poder-se-á dizer que o costume, sendo fonte subsidiária do direito, não requer alegação em juízo, pois o juiz conhece o direito: ‘jura novit curia’. Porém, em virtude do caráter difuso da elaboração consuetudinária, muito se tem discutido sobre a necessidade de sua prova por aquele que o alega em juízo, a favor de uma pretensão. (...)

O costume é, portanto, uma norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica. Em relação às leis, três são as espécies de costume: ‘secundum legem, praeter legem, e contra legem’. O costume ‘secundum legem’ está previsto na lei, que reconhece sua eficácia obrigatória. (...)

O costume é ‘praeter legem’ quando se reveste de caráter supletivo, suprimindo a lei nos casos omissos, preenchendo lacunas. O costume ‘contra legem’ é aquele que se forma em sentido contrário ao da lei. (...) Quanto a este tipo de costume digladiam-se os autores, uns o admitem, outros não. (...)

Dentro do direito brasileiro há casos em que os juízes aplicaram o costume ‘contra legem’ atendendo aos reclamos da justiça e dos fatos sociais. No antigo direito pátrio, houve um alvará, o de 30.11.1793, que mandou seguir, em matéria de prova, o costume de preferência à lei, e isso ocorreu numa época em que vigorava a Lei da Boa Razão, editada em 1769, que proibia o costume contrário às disposições legais.” (DINIZ, MARIA HELENA. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1989, ps. 273 e ss.)



8.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?



dado a crescente importância que toma a lei como um instrumento de modificação planificada da realidade.

São, nestes termos, os ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ, aludindo a JOHN GILLISSEN⁸⁷⁹, e destacando quatro fases básicas na história do direito, a saber, a irracional, a consuetudinária, a da coexistência do direito escrito e não escrito, e a da prevalência da lei: *“As lacunas na etiologia histórica do direito. (...) Distingue ele quatro fases, dentro da evolução do direito em função do problema das lacunas, quais sejam: a ‘fase do sistema irracional’, anterior ao século XIII, período das ordálias, dos julgamentos de Deus; a ‘fase do direito consuetudinário’, do século XIII ao XV, em que se busca uma certa segurança para a solução dos litígios na supremacia do costume; a ‘fase dos tempos modernos’, do século XVI ao fim do século XVIII, em que aparece uma coexistência não fortemente tematizada de fontes escritas e não escritas: e o ‘período da preponderância da lei’, que vai dos fins do século XVIII até os tempos atuais.”*⁸⁸⁰

É, aqui, com a Declaração de 1789, no art. 5º, que se assegura: *“tudo aquilo que não for proibido pela lei, não pode ser impedido; e ninguém pode ser constrangido a fazer aquilo que a lei não ordena”*.

E, também, o art. 4º, do Código de NAPOLEÃO que *“obriga o juiz a julgar mesmo em caso de silêncio da lei.”*

São estas as condições favoráveis ao desdobramento dos debates sobre as lacunas jurídicas.

Por traz de tudo isto, havia uma motivação ideológica, que era a da efetiva preocupação de se preservar a separação dos poderes.

⁸⁷⁹ Ver, também, deste mesmo autor Introdução Histórica ao Direito. Tradução de A. M. ESPANHA e L. M. MACAÍSTA MALHEIROS. 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1995. Nesta obra, faz-se uma substancial síntese da história jurídica da Europa ocidental., incluindo alguns dos grandes direitos da antiguidade, como o egípcio, o hebraico, o grego, o romano etc.

⁸⁸⁰ DINIZ, MARIA HELENA. As lacunas no direito. Obra citada. 1989, p. 07. Em nota de rodapé, esclarece que GILLISSEN, em seu livro sobre os problemas das lacunas jurídicas do direito medieval ao moderno, limitou-se aos séculos XII até o XX, dado a falta de fontes históricas em períodos anteriores.



8.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?



Não é possível esquecer que a *jurisprudência* era pouco simpática aos chefes da Revolução Francesa, chegando ROBESPIERRE a tentar apagar esta expressão da língua francesa.

Dizia ele que *em um Estado que tem uma Constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não poderia ser outra coisa senão a lei.*⁸⁸¹

Partia-se da idéia de MONTESQUIEU de que o juiz era a boca que pronunciava as palavras da lei (*Esprit des lois*, XI, 6).

Assim, acaso os tribunais considerassem necessário interpretar uma lei, deveriam dirigir-se aos membros do corpo legislativo (Lei de 16-24 de agosto de 1790, sobre a organização judiciária).

Esta idéia de um tribunal autômato derivava da desconfiança que os juízes haviam chamado para si próprios, acomodando-se às contingências do poder.

Buscava-se, na lei, uma clareza absoluta, através de normas rigorosamente elaboradas, com o objetivo de se atingir a univocidade de todas as decisões judiciais e de todos os atos administrativos.

Pretendia-se que o juiz fosse uma espécie de escravo da lei, onde nem mesmo a graduação das penas, por vezes, era deferida à sua competência, adotando-se um sistema de penas fixas.

Veja-se o que diz sobre isto KARL ENGISH, em sua Introdução ao Pensamento Jurídico, sublinhando a desconfiança que os Juízes suscitavam: “A desconfiança que haviam chamado sobre si os juízes no período da justiça de arbítrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central. Ao mesmo tempo, foi-se conduzido ao exagero de estabelecer insustentáveis proibições de interpretar e comentar a lei, à exclusão de qualquer graduação de pena pelo juiz (sistema das penas fixas, no

⁸⁸¹ GILISSEN, JOHN. Introdução Histórica ao Direito. Obra citada. 1995, p. 505.



8.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?



Código Penal de 1791) e outras coisas semelhantes. O juiz deveria ser o «escravo da lei» (BOCKELMANN).⁸⁸²

Acontece que este sistema foi sendo solapado pela prática, que demonstrava a sua impossibilidade. E, com o tempo, deixou de ser entendido como ideal; à medida em que os juízes foram adquirindo autonomia como autoridades independentes.⁸⁸³

Mas isto não fez com que se abandonasse o enunciado de que aquilo que não está proibido, é porque está permitido.

De fato, o princípio da liberdade tem presença expressa na Constituição brasileira de outubro de 1988.

É o que diz o seu art. 5º, inc. II: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Esta norma seria aquela que *fecha o sistema*.

Logo, a norma com este teor existe. Cabe, apenas, fixar-lhe as fronteiras.

⁸⁸² ENGLISH, KARL. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de J. BAPTISTA MACHADO. 6 ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, p. 206.

⁸⁸³ Vide, na atual Constituição do Brasil, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I- vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II- inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, havendo o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, de se fundar em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa; III- irredutibilidade de subsídios, (ressalvado o atendimento do teto constitucional dos subsídios mensais e exclusivos, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pagando-se ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, obedecendo critérios de generalidade, universalidade e progressividade, na forma da lei).”



8.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?



Ora, o art. 5º, da atual Constituição brasileira refere-se aos direitos e deveres individuais e coletivos. Portanto, tem aplicabilidade aos indivíduos, assumindo espaços no direito privado.

Mas será que assim também o é no direito público⁸⁸⁴, em relação aos poderes de autoridades, como, por exemplo, o Presidente da República ?

Estou convicto que não.

Seria um retrocesso em todos os níveis admitir que a autoridade pública pode fazer tudo, desde que a lei não proíba.

Na Administração Pública, não há liberdade, nem vontade pessoal.

Os preceitos das leis de ordem pública não se enquadram no “*pode fazer assim*”, mas no “*deve fazer assim*”.

Ou, dito de outro modo, se para o particular é lícito fazer tudo, desde que a lei não proíba; para a autoridade pública só é possível fazer aquilo que a lei determina que se faça.

Isto porque *o administrador não é dono da coisa pública. Ou, administrar é aplicar a lei de ofício.*

Para que o Estado possa agir, exige-se uma regulamentação permissiva positiva, conferindo-lhe uma competência vinculada ou discricionária.

Assim, nem tudo o que serve para o direito privado serve para o público, havendo a necessidade de cautela por não se esquecer esta importante advertência.⁸⁸⁵

⁸⁸⁴ Estou, portanto, admitindo a diferença fundamental entre o direito privado e o público, ao contrário do que faz Kelsen, em Teoria Pura do Direito. Tradução de J. B. MACHADO. 2ª ed. 1962. Editora Arménio Amado, vol. 2º, ps. 165-172. Para este autor, a *pureza metódica* faz surgir o postulado de unidade do conhecimento jurídico-científico, desaparecendo o dualismo do Direito e Estado.

⁸⁸⁵ “Julgo, assim, que é totalmente inadmissível afirmar-se que a Administração Pública só está vinculada à prossecução do interesse público na sua actuação de gestão pública. Na verdade, a única solução consentânea com os princípios inspiradores de um Estado de Direito é a de afirmar que não faz qualquer sentido admitir que a Administração possa servir-se das formas jurídico-



8.2. TUDO O QUE NÃO ESTÁ PROIBIDO, ESTÁ PERMITIDO?



No direito privado, o que não está proibido, está permitido (liberdade); enquanto, no direito público, o que não está permitido está proibido (legalidade)⁸⁸⁶.

São frases como esta que, diuturnamente, são divulgadas no Brasil nos campos universitários.

A lei como limite. A Constituição como limite e fundamento da autoridade pública.

Se a Constituição não disse, é porque não quis dizer.

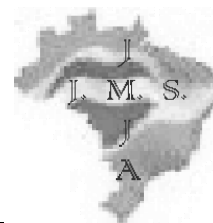
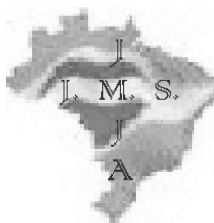
Não cabe às autoridades públicas reescrever a Constituição, senão pelo processo regular de Emenda Constitucional.⁸⁸⁷

É o silêncio constitucional como manifestação de vontade.

privadas para prosseguir outros fins que não os de interesse público.” (ESTORNINHO, MARIA JOÃO. A Fuga para o Direito Privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado na Administração Pública. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 1996, p. 225)

⁸⁸⁶ Vide GARCÍA MAYNEZ. Introdução ao Estudo do Direito. Editora Porrúa. México. 1972, p. 362.

⁸⁸⁷ Constituição do Brasil. O art. 60 trata das Emendas à Constituição. Mais precisamente no § 4º traz as chamadas cláusulas pétreas: “Art. 60. (...) § 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.*”



8.3. LACUNAS CONSTITUCIONAIS

“Usualmente, diz-se que a conclusão por analogia é uma conclusão «do particular para o particular», ao passo que a conclusão por dedução vai do geral para o particular e a conclusão indutiva do particular para o geral. A justificação da conclusão dedutiva, a dedução do particular do geral, é bem mais evidente e é rigorosamente demonstrável no plano teórico, especialmente com os meios da lógica moderna. A conclusão do particular para o geral, a conclusão indutiva, desde sempre foi considerada como logicamente mais problemática do que a conclusão dedutiva. Finalmente, a conclusão por analogia, como conclusão do particular para o particular, é altamente questionável do ponto de vista lógico. (...)” (ENGLISH. KARL. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de J. BAPTISTA MACHADO. 6ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, ps. 288-289)

Logo de início, cabe retomar algumas reflexões sobre a noção de que a Constituição não é protegida pelas leis que lhe são inferiores; pois, antes pelo contrário, devendo ser a norma mais robusta do sistema jurídico⁸⁸⁸, é ela que deve garantir as demais normas que lhe são compatíveis.

Dito de outro modo, a Constituição protege as leis.

E não é só isto, pois as próprias garantias dos juízes fundamentam-se no Texto Constitucional, tendo as extensões a que ele conduz.⁸⁸⁹

⁸⁸⁸ Vide SCHMITT, CARL. La Defensa de la Constitucional. – Estudo à cerca das diversas espécies e possibilidades de salvaguarda da Constituição. Prólogo de PEDRO VEGA. Tradução de MANUEL SANCHEZ SARTO. Madrid. Tecnos. 1983, p. 83.

⁸⁸⁹ Constituição do Brasil. Ver o art. 95: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.



8.3. LACUNAS CONSTITUCIONAIS



Assim, considero consensual que, embora ao juiz seja dada uma certa margem de liberdade, não lhe é possível transferir as decisões em matérias de cunho político, tal como a da elaboração de normas constitucionais.

Portanto, devendo o Judiciário comportar-se de acordo com a lei, e não tratando a norma constitucional das técnicas de colmatação das lacunas, é de se ter em conta a extrema cautela na discussão de um tema como o das lacunas constitucionais.

No Brasil, é bem verdade que a Constituição de julho de 1934, no seu art. 113, 37, dispôs sobre o assunto, nos seguintes termos: “Art. 137. (...) 37. *Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.*”

Desde aí, contudo, não há mais previsão constitucional sobre o preenchimento de lacunas; o que parece acertado. Afinal, a tarefa de completar a Constituição é atribuída, de ordinário, às leis; e dentro das hipóteses em que, via de regra, expressamente, a própria Constituição determina.

E, mesmo assim, interpretar a Constituição conforme as leis é algo reticente, pois haverá o perigo de a interpretação ser inconstitucional, não cabendo, por exemplo, interpretar a Constituição segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, ou uma outra.

Não se deve sobrepor a *legalidade da Constituição à constitucionalidade das leis*.

Existem órgãos e procedimentos próprios para alterar ou inovar constitucionalmente.⁸⁹⁰

Entretanto, a doutrina especializada costuma lançar aos debates o significado constitucional da integração⁸⁹¹.

⁸⁹⁰ Constituição do Brasil. Ver o art. 60.

⁸⁹¹ “Em contrapartida, a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal, sem recurso a normas de legislação ordinária. (...) Em última análise, o reconhecimento da existência de lacunas será tanto maior quanto maior for a consciência de que o processo político se encontra submetido ao Direito. Mas um bem melindroso papel cabe à interpretação ao discernir e qualificar, caso a caso, as diferentes situações e ao propor soluções idóneas, tendo sempre em conta a mutável realidade constitucional.” (MIRANDA,



8.3. LACUNAS CONSTITUCIONAIS



A necessidade de integração ocorreria quando uma matéria que *devesse estar* prevista, não estivesse, não podendo ser coberta mediante a interpretação extensiva, quer ampliando a letra da lei, quer a sua finalidade.

A *obtenção do direito* de modo a exigir a integração analógica decorrente do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional é algo que visualizo difícil; pois não pode o juiz se substituir ao Constituinte, até porque ele só é juiz nos limites da Constituição e das leis processuais, não tendo autoridade jurídica para ir além; estando, no Brasil, constitucionalmente proibidos os juízes ou tribunais de exceção.⁸⁹²

Do contrário, haveria um absolutismo dos juízes⁸⁹³, o que é tão reprovável quanto qualquer outro.

A advogada ausência de norma constitucional não pode justificar *lacunas constitucionais a expandir os poderes das autoridades públicas*.

Mas isto tudo não retira a curiosidade sobre o que sejam lacunas constitucionais.

Portanto, merece a palavra J. J. GOMES CANOTILHO, que logra fazer distinções entre *lacunas constitucionais autônoma, heterônoma e integrações corretivas*.

Desde já, é preciso destacar que não basta a aparente incompletude para fundamentar a existência de lacuna.

JORGE. Manual de Direito Constitucional – Constituição e Inconstitucionalidade. Tomo II. 3ª ed. reimpressão. Coimbra. Coimbra Editora. 1996, p. 269)

⁸⁹² Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) XXXVII- não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

⁸⁹³ CARL SCHMITT, em sua Teoria da Constituição, diz que se a lei pudesse, hoje, ser entendida apenas em seu conceito formal- como uma disposição dos órgãos legislativos, mediante o cumprimento de um procedimento também legislativo- haveria um absolutismo dos órgãos legislativos. Assim, na opinião deste autor, toda a luta do Estado de Direito contra o absolutismo do Monarca haveria terminado, introduzindo-se, no lugar do absolutismo monárquico, o absolutismo de mil cabeças dos partidos políticos que, a cada momento, se encontrasse em maioria. (Teoría de la Constitución. Apresentação de FRANCISCO AYALA. Epílogo de MANUEL GARCÍA-PELAYO. Versão espanhola de FRANCISCO AYALA. Madrid. Alianza Editorial. 1982, p. 159)



É preciso mais.

Afinal, o silêncio pode haver sido pretendido, não havendo de se falar em omissão contrária ao plano regulativo constitucional.

Eis, aqui, J. J. GOMES CANOTILHO, admitindo a existência de lacunas constitucionais: “*Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao «plano» de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autónoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da Constituição e da teleologia da regulamentação constitucional.*”⁸⁹⁴

Portanto, o que chama de *lacuna constitucional autónoma* poderia ter um disciplinamento jurídico a partir do próprio plano regulado pela Constituição, ou, então, decorrente das suas finalidades.

Mesmo se admitindo que isto possa ser chamado de lacuna, não se faz tábula rasa da Constituição, remetendo às altas torres do ideário a identificação da teleologia constitucional.

Aí, a ventania política poderá ter um espaço ainda mais indesejado, ampliando o espaço da precariedade da definição das atribuições dos Poderes constituídos.

É preciso ter muito cuidado com a usurpação inconstitucional do Poder Constituinte.

Mas J. J. GOMES CANOTILHO vai além, diferenciando as *lacunas constitucionais autónomas* das heterônomas e das integrações corretivas.

Quanto às heterônomas, as diz inconstitucionais; pois violariam imposições constantes da Constituição.

Quanto às *integrações corretivas*, também o seriam; pois terminam por perpetrar uma penetração indevida do Poder Constituinte.

⁸⁹⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional. 5ª ed. totalmente refundida e aumentada. Coimbra. Livraria Almedina. 1991, ps. 243-244.



8.3. LACUNAS CONSTITUCIONAIS



Novamente, é J. J. GOMES CANOTILHO que tem a palavra para apresentar a sua classificação das lacunas constitucionais, e diferenciá-las do que chama de integração corretiva, inserindo-as no âmbito das “patologias constitucionais”: “A anterior noção de lacuna constitucional autónoma permite-nos diferenciá-la: (1) das chamadas lacunas constitucionais heterónomas, que resultam do não cumprimento das ordens de legislar e das imposições constitucionais concretamente estabelecidas na Constituição; (2) das integrações correctivas, fundamentadas na ideia de a regulamentação constitucional ser, sob o ponto de vista político, incompleta, errada ou carecida de melhoramento. Ambas as hipóteses caem no domínio da «patologia constitucional».”⁸⁹⁵

De fato, sinto dificuldades por fazer revestir a noção de lacuna a idéia de usurpação legislativa, de modo a se corrigir o que disse a Constituição.

Fora do âmbito da competência, o juiz não é juiz; nem tampouco o legislador merecerá tal referência.

Colmatação inconstitucional não é forma de preenchimento ou de completude.

É arbítrio, e nada mais.

Assim, é preciso frisar que o silêncio produz efeitos jurídicos a depender do contexto em que esteja inserido.

O silêncio poderá ser intencional quer porque a matéria deva ser remetida ao legislador, de modo a permitir a intensificação das lutas políticas; quer porque, realmente, nada deva ser dito.

Não podem os Poderes Políticos (Executivo, Legislativo ou Judiciário) corrigirem a Constituição, atribuindo-lhe um texto que não é o seu.

O intérprete não se deve comportar como o ventríloquo da Constituição.

O silêncio constitucional poderá ser conforme o seu próprio plano regulativo, sendo, profundamente, perigoso imaginá-lo contra este plano; atribuindo a colmatação da

⁸⁹⁵ CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional. Obra citada. 1991, p. 244.



8.3. LACUNAS CONSTITUCIONAIS



lacuna a um outro veículo que não seja o da Emenda, constitucionalmente prevista quanto à competência para desencadeá-la, quanto ao seu procedimento de aprovação, quanto aos momentos de sua impossibilidade, quanto às cláusulas havidas como irremovíveis etc.⁸⁹⁶

É de insistir, portanto, que, em se tratando das normas constitucionais, tenho como possível o silêncio eloqüente (*não disse porque não quis dizer*), e encontro como o meio mais adequado para uma possível colmatação de lacunas o espaço reservado para a Emenda Constitucional⁸⁹⁷.

Mas, ainda, considero que haja uma outra seara de problema.

Refiro-me àquela em que a própria Constituição atribui à lei (ordinária, complementar etc)⁸⁹⁸ ou aos atos administrativos⁸⁹⁹ a sua complementação.

⁸⁹⁶ Constituição do Brasil. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- do Presidente da República; III- de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 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. § 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

⁸⁹⁷ O emprego da analogia considero que, no Brasil, no máximo, poderá servir de parâmetro em favor da legitimidade da atividade judicante em torno da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão ou do mandado injuncional.

⁸⁹⁸ Constituição do Brasil. “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I- emenda à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos; VII- resoluções.”

⁸⁹⁹ Constituição do Brasil. “Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.” Este dispositivo provocou muitas polêmicas judiciais em torno da necessidade, ou não, de lei. A jurisprudência concluiu no sentido de que a Constituição estaria, aí, atribuindo às instruções ministeriais a sua regulamentação. Assim seria, pois, se a fiscalização e o controle do comércio exterior deveriam ser exercidos pelo Ministério da Fazenda; e, segundo a própria



8.3. LACUNAS CONSTITUCIONAIS



Não foram poucas as vezes em que a Constituição brasileira fez isto.

Pelos cálculos aproximativos que fiz, o Texto original da Constituição de outubro de 1988 exigia cerca de 36 leis complementares e 237 leis ordinárias.

Claro está, no entanto, que muitas delas foram recepcionadas do sistema jurídico anterior; o que, contudo, não afastava a intensa necessidade de um trabalho legislativo, chegando, no âmbito estadual, a serem constituídas, quase imediatamente à promulgação, Comissões para tratar de suprir o vazio legislativo.

Infelizmente, estas Comissões pouco prosperaram no seu desiderato inicial, ficando as suas atribuições no meio do caminho.

Mas, neste primeiro período, a falta de regulamentação legislativa, no Brasil, costumava apontar como saída a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da atual Constituição)⁹⁰⁰, que muito pouco foi além do mero aconselhamento, e o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI)⁹⁰¹.

Quanto a este último, embora mereçam ser destacados os casos onde o Supremo Tribunal Federal apontasse na fixação de prazos para que se legislasse, disciplinando a possibilidade de ação econômica reparatória na hipótese de insistência da omissão⁹⁰², reconheço que se apresentaram sérios entraves.

Constituição, os Ministros expedem instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos (art. 87, inc. II), não haveria inconstitucionalidade nesta *reserva da administração*. Normalmente, as questões judiciais tinham por objeto automóveis e pneus usados, que estavam impedidos de ingressar no Brasil com base em normas administrativas. Foram vários os juízes brasileiros que concederam decisões liminares de modo a derrubar esta restrição.

⁹⁰⁰ Constituição do Brasil. “Art. 103. (...) § 2º. *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.*”

⁹⁰¹ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) LXXI- *conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”.

⁹⁰² Mandado de Injunção nº 283. Diário de Justiça de 14.11.91 e Mandado de Injunção nº 355, de 07.10.94.



Entre eles, apenas exemplificativamente, indico:

1. as ações injuncionais, muitas vezes, não atingem o estágio da análise de mérito, pois esbarram em embargos processuais;
2. não são poucas as ações injuncionais que são havidas por prejudicadas, porquanto entram em vigor legislações que não atendem às expectativas existentes da parte daqueles diretamente interessados;
3. são vários os casos onde o Supremo Tribunal Federal assevera não caber o mandado de injunção, por concluir que a norma constitucional é auto-aplicável, ou tem eficácia contida⁹⁰³, não havendo a necessidade da interveniência injuncional.⁹⁰⁴

De fato, a função de legislador constitucional positivo vem sendo *prudentermente* recusada pelo Supremo Tribunal Federal; e, mesmo no caso concreto, as mesmas reservas ainda são bastante sentidas.

É, por isto, de se concluir que a teoria das lacunas constitucionais⁹⁰⁵, e a consequente possibilidade de preenchê-las, mesmo que dentro dos liames restritos do

⁹⁰³ A terminologia *eficácia contida*, no Brasil, tem o significado de que a norma constitucional, desde quando editada, produz todos os seus efeitos, cabendo à lei, posteriormente, limitá-los; acaso se compreenda haver permissivo constitucional que autorize este procedimento.

⁹⁰⁴ Caso típico daquilo que digo, encontrava-se no § 5º, do art. 40, da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, que falava em limite para a percepção de pensões. A conclusão do Supremo Tribunal Federal foi a de que o limite cogitado não poderia ser outro senão o teto remuneratório dos servidores públicos, não podendo a legislação ordinária restringi-lo (por exemplo: Recurso Extraordinário nº 212995. 1997. Rio Grande do Sul. 1ª Turma. DJ 15.08.97, p. 37077. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Unânime).

Estas Decisões não prestigiavam os interesses do Governo, que tratou de movimentar-se no sentido de alterar a Constituição. A Constituição foi alterada. Este artigo, como muitos outros, foi modificado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 (*Reforma Previdenciária*).

⁹⁰⁵ JORGE MIRANDA esclarece que é preciso distinguir entre as *omissões legislativas* e as *lacunas constitucionais*. As primeiras (omissões legislativas) correspondem a normas constitucionais que não têm exequibilidade própria, permitindo, após o decurso de um certo tempo, que se fale em inconstitucionalidade por omissão. Nas palavras de JORGE MIRANDA: “As lacunas são situações



8.3. LACUNAS CONSTITUCIONAIS



leading case, é algo que não pertence a um espaço livre, não encontrando, com respeitosa venia, a possibilidade de compatibilizá-la frente à reedição de medidas provisórias.

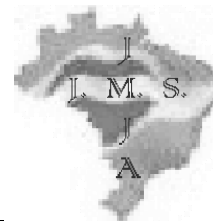
Não há nada, na Constituição de outubro de 1988, que disponha sobre a reedição de medida provisória.

Saber se isto se trata de um *silêncio eloqüente* ou de uma *lacuna constitucional* pressupõe tentar definir o que significam.

Ou a Constituição nada disse sobre a reedição de medidas provisórias porque nada quis dizer; ou, então, ocorreu um esquecimento, que poderia ser suprido dentro do próprio plano regulativo constitucional.

É o tema a seguir: as lacunas e o silêncio eloqüente.

constitucionalmente relevantes ‘não previstas’. As omissões legislativas reportam-se a situações ‘previstas’, mas a que faltam, no programa ordenador global da Constituição, as estatuições adequadas a uma imediata exequibilidade. As lacunas são verificadas pelo intérprete e pelos órgãos de aplicação do Direito. As omissões, se podem ser por eles também verificadas, só podem ser declaradas especificamente pelos órgãos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. A integração de lacunas significa a determinação da regra para aplicação ao caso concreto e é tarefa do intérprete e do órgão de aplicação. A integração de omissões legislativas reconduz-se à edição da lei pelo legislador.” (MIRANDA, JORGE. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Obra citada. 1996, ps. 270-271)



9. AS LACUNAS E O SILÊNCIO ELOQUENTE

9.1. PARTE GERAL

“No processo da ação declaratória de constitucionalidade, por visar à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo que é seu objeto, não há razão para que o Advogado-Geral da União atue como curador dessa mesma presunção. Aliás, o silêncio da Emenda Constitucional nº 03 a esse respeito, não obstante tenha incluído um § 4º, no art. 103 da Carta Magna⁹⁰⁶, é um silêncio eloqüente, a afastar a idéia de que houve omissão, a propósito, por inadvertência.” Grifei (SILVA, JOSÉ AFONSO. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1995, p. 62)

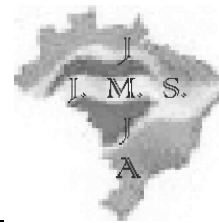
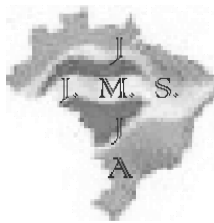
Logo a partir desta afirmação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, percebe-se que a figura do *silêncio eloqüente* não é algo novo a ser introduzido no direito brasileiro como um argumento estritamente teórico e de oportunidade para reforçar a tese que defendo.

Não se trata de aplicar doutrina estrangeira sem que antes houvesse passado pelo crivo da doutrina e da própria jurisprudência, como se verá a seguir.

A tese é a seguinte: se a lei não disse, é porque não quis dizer. Ainda mais em se tratando de direito público, como é o caso do Constitucional.

Exige-se um mínimo de segurança jurídica, de modo que não se atribua às autoridades públicas a faculdade de fazer algo que a lei não comanda.

⁹⁰⁶ Constituição do Brasil. “Art. 103. (...) § 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.”



Se não há o comando constitucional pela reedição de medidas provisórias, isto não significa uma omissão ou uma inadvertência do legislador constituinte.

Não disse, porque não quis dizer.

Não se trata de uma lacuna, mas de um *silêncio eloqüente*.

A diferença entre uma e outra existe, dado que não há lacuna sempre que a lei se mantenha em silêncio.

Pode haver o silêncio, e não haver lacuna jurídica.

Basta que a matéria seja do conhecimento do legislador; e, mesmo assim, ele não haja disposto sobre ela.

Ora, como é de todos conhecido, o decurso de prazo implicava na aprovação do antigo Decreto-lei, que foi extinto, na atual Constituição, sob a justificativa de que tanto o Decreto-lei, quanto o decurso de prazo como uma manifestação positiva de vontade, eram manifestações autoritárias provenientes de períodos de intervalo democrático.

Tanto isto é verdade que no art. 25, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal⁹⁰⁷ ficou disposto que os Decretos-leis editados até 02.09.88 deveriam

⁹⁰⁷ Constituição do Brasil. “Art. 25. (...) Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição (05.10.88), sujeito este prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I- ação normativa; II- alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. § 1º. Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição, terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I- se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de cento e oitenta dias, a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II- decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados; III- nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes. § 2º Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo Único.”



ser apreciados, pelo Congresso Nacional, no intervalo de cento e oitenta dias, contados desde a promulgação da Constituição (05.10.88), não computado o recesso parlamentar.

Encerrado este prazo, sem a apreciação destes Decretos-leis, eles deveriam ser havidos como rejeitados.

Uma espécie de decurso de prazo como manifestação negativa de vontade.

Quanto aos Decretos-leis editados a partir de 03.09.88 até a promulgação da Constituição (05.10.88), os mesmos seriam convertidos em medidas provisórias, aplicando-se-lhes o Parágrafo Único, do art. 62, do Texto Constitucional permanente, que diz: “*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.*” (Texto originário)

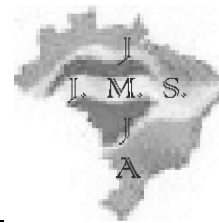
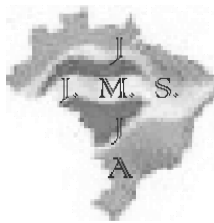
Assim, era reconhecida a importância do tempo na consideração do Decreto-lei, e, conseqüentemente, na sua sucessora, a medida provisória, cujo ambiente de nascença é, diametralmente, diverso daquele do Decreto-lei, que foi instalado no Brasil na Constituição do Estado Novo, de novembro de 1937, e desapareceu com ela, para só vir a retornar ao ordenamento jurídico brasileiro à época dos Atos Institucionais⁹⁰⁸.

Nesta altura, faz-se imperioso lembrar, seguindo o raciocínio do Senador Constituinte FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, atual Presidente da República, de que a Assembléia Constituinte brasileira funcionou como um ponto de encontro dos cidadãos; talvez, algo inusitado em todo o mundo: “Pela primeira vez, na História do Brasil, e talvez do mundo, se faz uma Constituição com a colaboração direta da cidadania. Recebemos milhões de assinaturas em emendas populares e o povo sentiu de perto o que é consciência

(...) “Art. 62. (...) 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.*” (Texto originário). Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias.

⁹⁰⁸ GETÚLIO VARGAS, dizendo cumprir a Constituição de 1937, chegou a editar a Lei Constitucional nº 09/45, com base em dispositivo constitucional que autorizava os Decretos-leis (art. 180).

Quanto aos Atos Institucionais aos quais me refiro são os e nºs. 02/65 e 04/66. Estão enquadrados na ideologia da *segurança nacional*, de imprecisos limites e lamentáveis lembranças.



dos nossos direitos; entendeu, rapidamente, que, sem liberdade, não há avanço social. O Congresso foi durante a Constituinte um grande ponto de encontro de empresários, sindicalistas, representantes de igrejas, de nações indígenas, professores e estudantes. Foi uma amostra de todo o Brasil que, tocado pela consciência de que era hora de mudar, veio e pressionou. Se mais não fizemos, foi porque mais não pudemos.”⁹⁰⁹

Assim, não se está reconhecendo senão que se o legislador constituinte conhecia o assunto e a sua relevância, e nada dispôs sobre ele, é porque não quis dispor.

Não quis que fosse possível a reedição de medidas provisórias.

Isto, evidentemente, não significa que não se possa discutir a alteração do Texto Constitucional, de modo que sejam fixados os limites para a reedição, acaso se reconheça esta como sendo a melhor via para a realidade nacional.

Sobre este tema (*silêncio eloqüente*), KARL LARENZ, em sua *Metodologia da Ciência do Direito*, leciona, ao analisar o Código Civil alemão, e destrinçar os conceitos de lacuna e de silêncio eloqüente: “(...) Mas, quando existe uma «lacuna da lei», tal carece de uma explicação mais concreta. Poderia pensar-se que existe uma lacuna só quando e sempre que a lei – entendida esta, doravante, como uma expressão abreviada da totalidade das regras jurídicas susceptíveis de aplicação dadas nas leis ou no Direito consuetudinário – não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, «se mantém em silêncio». Mas existe também um «silêncio eloqüente» da lei.”

E exemplifica KARL LARENZ, ainda distinguindo entre o silêncio da lei e a lacuna, através de exemplos do direito privado alemão (casa de morada), com algo que faz lembrar do chamado *bem de família* do atual direito brasileiro: “A modo de exemplo, o facto de não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual), não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito especial sobre uma casa ou uma parte do edifício, que em princípio lhe não era desconhecido, por razões da disposição das relações jurídicas sobre bens imóveis e, por isso, intencionalmente não incluiu na lei disposições a esse respeito. (...) «Lacuna» e «silêncio da lei» não são, portanto, pura e

⁹⁰⁹ Anais da última Sessão da Constituinte. Extraído de BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, p. 497.



simplesmente o mesmo. O termo «lacuna» faz referência a um carácter incompleto. Só se pode falar de «lacunas» de uma lei quando esta aspira a uma regulação completa em certa medida, para um determinado sector. O acentuar do conceito de lacuna está, pois, também em estreita conexão com as aspirações a uma codificação global completa do direito, que se suscitaram no século XVIII e tiveram o seu ponto alto no século XIX.»⁹¹⁰

Note-se, portanto, que a matéria não é recente, não se tratando de doutrina oportunística, ou de momento.

O próprio Supremo Tribunal Federal, embora sobre outro assunto, já deixou como manifesta a sua aceitação a respeito do silêncio como manifestação de vontade.

Exemplo do que digo foram os seus Acórdãos em torno do art. 114, da Constituição de outubro de 1988, que tratam da competência da Justiça do Trabalho brasileira.⁹¹¹

Exemplificativamente, reproduzo um trecho da Decisão unânime do Supremo Tribunal, que esclarece haver a necessidade de *distinguir entre a lacuna e o silêncio eloqüente*, ao analisar o recolhimento da contribuição sindical estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Eis o que digo: “*Conflito de competência entre Sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento da contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do art. 114, da Constituição Federal.*

Distinção entre lacuna da lei e ‘silêncio eloqüente’ desta.

⁹¹⁰ LARENZ, KARL. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de JOSÉ LAMEGO. Revisão de ANA DE FREITAS. 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 448.

⁹¹¹ Constituição do Brasil. “Art. 114. *Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. § 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado à Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.*” (Atualmente, a Lei nº 8984, de 07.02.95, estende a competência da Justiça do Trabalho)



Ao não se referir o art. 114, da Constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do ‘silêncio eloquente’, pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente.

Em consequência, e não havendo lei que atribua competência à Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como as sob exame, é competente para julgá-la a Justiça Comum.”⁹¹²

Ora, como, na prática judiciária, entendeu-se que era mais conveniente atribuir à própria Justiça Laboral a competência para o julgamento; e reconhecendo o Supremo Tribunal Federal que o estágio legislativo ainda não permitia esta conclusão, veio a Lei nº 8984, de 07.02.95, estendendo a competência da Justiça do Trabalho.

E, também, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (Reforma Previdenciária), que acrescentou o § 3º, ao art. 114, disciplinando: “Art. 114. (...) § 3º. *Compete, ainda, à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a” e II*⁹¹³, *e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”.*

Se for preciso mudar a lei, que ela seja mudada; o que não deve ocorrer é o seu arbitrário descumprimento.

⁹¹² Supremo Tribunal Federal brasileiro. Recurso Extraordinário nº 130552. São Paulo. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Diário da Justiça 28.06.91, p. 8907. Ementário Vol. 1626-03, p. 525. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 136-03, p. 1340. Julgamento em 04.06.91. 1ª turma. Unânime.

⁹¹³ Constituição do Brasil, na redação da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I- do empregado, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (...) II- do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201 (este dispositivo trata do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social no Brasil)”.



Quero insistir nisto. Lacuna e silêncio não são expressões coincidentes.

A esta conclusão já chegou, no Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal.

Veja-se como são claras as palavras do Ministro MOREIRA ALVES, em suas razões de voto, quando demarca o silêncio da lei como fronteira intransponível à analogia.

O silêncio eloqüente, diz o Ministro, não se coaduna com a indesejada integração analógica, simplesmente, porque não há o que se integrar.

É a teoria alemã do *beredtes Schweigen*.

Com a palavra o Ministro do Supremo Tribunal Federal, MOREIRA ALVES (razões de voto): “O acórdão recorrido, seguindo a orientação que se tornou dominante no Tribunal ‘a quo’, deu pela competência, no caso, à Justiça do Trabalho, por aplicação analógica de uma das alterações que o art. 114, da Constituição Federal introduziu na competência daquela Justiça: a de que lhe compete o julgamento dos litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Sucedee, porém, que só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam «silêncio eloqüente» (*beredtes Schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.”

Não se pense que este seja um Acórdão isolado ou solteiro.

Absolutamente, não o é.

Outros mais poderiam ser expostos, embora, por um dever de síntese, não o considere recomendável⁹¹⁴.

⁹¹⁴ Acaso o leitor pretenda aprofundar-se na jurisprudência brasileira do Supremo Tribunal Federal sobre o silêncio eloqüente, indico os seguintes Acórdãos: Recurso Extraordinário nº 130554/91. São Paulo. 1ª Turma. DJ 28.06.91p. 8907. Recurso Extraordinário nº 130555/91. São Paulo. 1ª Turma. DJ 28.06.91, p. 8908. Recurso Extraordinário nº 131013/91. São Paulo. 1ª turma. DJ 28.06.91, p. 8908. Recurso Extraordinário nº 131134/91. São Paulo. 1ª Turma. DJ 28.06.91, p. 8908. Recurso Extraordinário nº 137941/92. Distrito Federal. 1ª Turma. DJ 16.10.92, p. 18045.



Além do que a Constituição de outubro de 1988 não desconhece o silêncio como uma forma de manifestação volitiva, quando, no art. 66, § 3º, refere-se à sanção presidencial.

Diz o art. 66, § 3º: “Art. 66^A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...) § 3º. Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.”

9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS⁹¹⁵

“De facto, os piores atentados à segurança jurídica derivam do próprio papel intervencionista do Estado actual, que, na sua qualificada preocupação com a criação de uma ordem social mais justa porque materialmente compreendida, vai gerar uma inflação normativa que desconhece frequentemente, no seu afã regulamentador, os valores da coerência do sistema jurídica (mesmo admitindo a autonomia relativa das suas partes integrantes) e da generalidade das normas. (...) Toda esta situação afecta a certeza do direito, pois que prejudica a previsibilidade das consequências das condutas dos cidadãos e faz duvidar da adequação dos tradicionais instrumentos processuais para obter a satisfação dos direitos. A solução parece ser a de aproximar justiça e segurança em vez de as ver como valores opostos. (...) O que importa é apenas deixar claro que a segurança não se consome na simples observância da lei, qualquer que ela seja. Requer a obtenção concreta por meio da lei da justiça e da

⁹¹⁵ Vide o Título VII, De 2.001 em diante, onde se apresenta a nova regulamentação das medidas provisórias brasileiras. Contudo, desde já, ponho em destaque o art. 62, §§ 7º e 10, da Constituição da República Federativa do Brasil: “§ 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. (...) § 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.”



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



previsibilidade clara das consequências das condutas. Trata-se de uma tarefa permanente do legislador e por isso critério axiológico constante do conteúdo legislativo.” (MONCADA, LUIS CABRAL DE. Contributo para uma Teoria da Legislação. Lisboa. Pedro Ferreira Artes Gráficas. 1998, ps. 51-52)

Retorno ao que disse LUÍS CABRAL DE MONCADA, no título “*O Princípio da Segurança*”, em seu *Contributo para uma Teoria da Legislação*, tal como foi há pouco reproduzido.

Destaco a sua lembrança de uma indesejável inflação normativa, que afeta, decisivamente, a previsibilidade das consequências das condutas dos indivíduos, provocando um déficit de segurança e uma notória instabilidade jurídica.

Isto, sem dúvida, é prejudicial à credibilidade do direito e dos limites que ele precisa impor à atuação das autoridades públicas.

Contudo, estas recomendações de cautela vêm sendo desconhecidas no Brasil, que encontrou, na medida provisória, um instrumento de larga utilização, já superando as mesmas a marca de seis mil, entre edições e reedições.

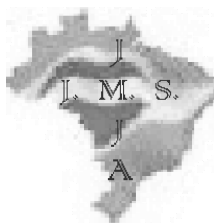
Quanto aos assuntos nelas veiculados, são os mais díspares, indo desde a remuneração de servidores públicos até à venda de veículos populares.

Funcionavam como revistas mensais de temas variados, por vezes republicadas com sutis alterações, que, para serem detectadas, exigiam uma atenção toda especial.

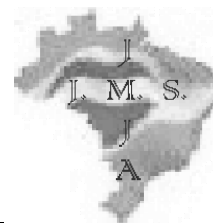
É uma investigação constante em volumes e volumes, tal como demonstra a Coletânea de Medidas Provisórias publicada em *Revistas Especiais do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. O Volume 04 estava na Medida Provisória nº 1.000. Cada um deles contendo cerca de 1.000 páginas.

Mas, onde estava o embasamento jurídico para a reedição destas medidas?

Por um dever de imparcialidade, e para início de análise, transcrevo o art. 62, da Constituição de outubro de 1988 (Texto original).



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



Era o seu teor:

“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.” (Texto originário)⁹¹⁶

Como se vê, havia um completo silêncio à cerca da reedição.

Se a Constituição nada falava sobre a reedição das medidas provisórias, é porque não queria que ela houvesse. Era esta a tese que defendia.

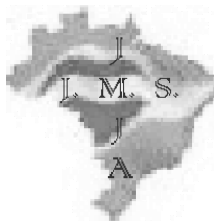
E não se pense que isto constituía uma postura tão isolada, pois o próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal, CELSO DE MELLO, logo após a promulgação da Constituição de outubro de 1988, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 365-8/600⁹¹⁷, ao tratar das Medidas Provisórias nºs. 200 e 212/90, que disciplinavam a mesma matéria contida no art. 5º, da Medida Provisória nº 195/90, disse algo que não pode deixar de ser rememorado.

Em resumo, ele equiparou a rejeição e a não-conversão em seus efeitos jurídicos.

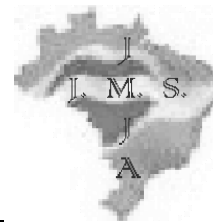
Em ambos os casos, defendeu a desconstituição integral e radical, com eficácia “extinctiva” das medidas não convertidas.

⁹¹⁶ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias.

⁹¹⁷ Vide Diário de Justiça Seção I, p. 10717/10718, de 05.10.90.



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



Reeditar medida provisória não convertida em lei seria, no ponto de vista que defendeu em suas razões de voto, uma *usurpação da competência constitucional deferida, privativamente, ao Congresso Nacional*.

Diz que não é possível confundir Decreto-lei com Medida Provisória, pois, no primeiro, a rejeição não acarretava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência, enquanto, na segunda, ela perderia a eficácia desde a edição, cabendo ao Congresso Nacional, pela via do decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas decorrentes.

Palavras duras, mas ditas por um constitucionalista respeitado, e Ministro do Supremo Tribunal Federal.

São os termos claros do Ministro CELSO DE MELLO, proferidos nos idos de outubro de 1990, e que precisam ser recuperados pela história constitucional, quer em termos de doutrina, quer em termos jurisprudenciais:

“(...) A convalidação, por deliberação executiva, de atos praticados com fundamento em medidas provisórias não convertidas afronta o preceito consubstanciado no art. 62, Parágrafo Único, da Constituição, que prevê a sua desconstituição, integral e radical, com eficácia ‘ex tunc’. A preservação, no tempo, dos efeitos de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional revela-se em manifesta colidência não só com o que expressa e literalmente dispõe o Texto Constitucional, mas, também, com a própria ‘mens constitutionis’, que quis suprimir a possibilidade de sua subsistência no mundo jurídico.

Ao contrário do que ocorria com o decreto-lei, cuja reedição não acarretava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência (CF/69, art. 55, § 2º.), a rejeição – e igualmente a não conversão – da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição. (...) A ratificação, pelo Poder Executivo, dos atos editados sob a égide de medida provisória não convertida, por traduzir usurpação daquela competência constitucional deferida privativamente ao Congresso Nacional, revela-se írrita e nula em sua indisfarçável desvalia jurídica. (...)”.

São tão enfáticas as palavras contidas nesta análise (razões de voto), que mais não se precisaria acrescentar. Bastaria que a prática constitucional das autoridades públicas, inclusive do Presidente da República, respeitasse estas *recomendações*.



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



Mas não foi isto o que ocorreu.

A justificativa que se pode encontrar para tanto faz lembrar o que disse HELMUT COING, em seus Fundamentos de Filosofia do Direito.

Ao tratar do que denomina de *lógica jurídica*, revela que ela não é autônoma, pois também as decisões jurídicas particulares tomam fundamento em decisões valorativas, havendo uma mediação de valores expandida no conflito de interesses que cerca cada caso.⁹¹⁸

O sistema jurídico não é composto só de normas, sendo equivocado imaginar que três palavras do legislador façam com que sejam superadas bibliotecas inteiras, cujo destino seria o lixo⁹¹⁹.

Todo o estudo sério, teórico ou prático, em direito, tem, no mínimo, uma importância de modo a promover o aconselhamento tanto do legislador quanto também do aplicador (juiz ou administrador público).

Revela novos horizontes, faz surgir novas perspectivas.

É com esta convicção que prossigo.

Neste estágio, surgem algumas indagações que precisam ser respondidas. Entre elas, costumeiramente, discute-se temas como os que vão a seguir.

Admitindo a tese do silêncio constitucional, e da impossibilidade histórica de serem reeditadas medidas provisórias, o que fazer se o Congresso Nacional nada dispuser sobre a disciplina das relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida.

⁹¹⁸ COING, HELMUT. Fundamentos de Filosofía del Derecho. Tradução de JUAN MANUEL MAURI. Espanha. Editora Ariel. 1976, p. 61.

⁹¹⁹ “KIRSCHMANN afirma que se o sistema jurídico fosse completo apenas de normas bastariam ‘três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras de direito iriam para o lixo.’ (extraído de MARIA HELENA DINIZ. As Lacunas no Direito. Obra citada. 1989, p. 81, nota de rodapé nº 133)



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE
MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS
LEGISLATIVOS



Primeiro, é de se dizer que este problema não aparece, apenas, quando houver o silêncio congressional, pois a mesma questão também poderá ser levantada na hipótese de a medida provisória vir a ser rejeitada.

Afinal, a medida pode, teoricamente, ser rejeitada.

Assim, o problema está posto nas duas situações.

A resposta mais simples seria aquela de que o Congresso Nacional tem o dever político de editar o decreto legislativo correspondente.

Mas, se não o fizer?⁹²⁰

Vejo, aí, duas sugestões mais imediatas, afora providências paliativas de ampliação do prazo dos trinta dias (Texto originário), tal como procedeu a Emenda Constitucional nº 32/11.09.2001, e da implantação constitucional dos termos e das condições da reedição.

A primeira é a de se recorrer ao Judiciário pela via do mandado de injunção, dado que já existem pronunciamentos atribuindo a este expediente processual a eficácia da fixação de prazo para o cumprimento da função normativa.

Acaso este venha a ser descumprido, o que é uma hipótese plausível, confere-se ao prejudicado o direito de interpor uma ação econômica reparatória⁹²¹.

⁹²⁰ A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, assim disciplina o assunto: “Art. 62. (...) § 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. (...) § 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**. ”

⁹²¹ Já foram citados: Mandado de Injunção nº 283. Distrito Federal. DJ 14.11.91, p. 16355 e MI nº 355/94. Julgamento, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 07.10.94.



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE
MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS
LEGISLATIVOS



E, quando vier o decreto legislativo, se este for ainda mais favorável, ele retroage de maneira a beneficiar o indivíduo, jamais sendo permitida a retroatividade prejudicial, em nome do resguardo do limite objetivo da irretroatividade.

Quanto à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, no Brasil, não encontro efeitos práticos; pois, na jurisprudência predominante, ela não irá além do mero aconselhamento, possivelmente descumprido.

A outra via, que é contundente, está na paralisação dos trabalhos do Congresso Nacional até que seja aprovado o decreto legislativo respectivo. Esta hipótese, a do sobrestamento, atualmente, encontra-se no art. 62, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

É de se realçar que só cabe a edição de medida provisória em hipóteses *relevantes e urgentes*, de forma que estas mesmas “*relevância e urgência*” é que estariam a justificar a paralisação dos trabalhos ordinários do Congresso Nacional.

Neste sentido, bem antes da Reforma Constitucional de 2.001, após pesquisa que fiz junto à Casa Legislativa, constatei ter sido proposta uma Emenda, em Plenário, ao Texto Substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação ao Projeto de Lei Complementar nº 223-B, de 1990, dos Deputados NELSON JOBIM, ADYLSO MOTA, PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, JOSÉ SERRA e HAROLDO LIMA.

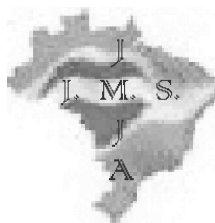
Lembrando de que o ex-Deputado NELSON JOBIM ocupa, atualmente, o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O texto proposto detinha a seguinte redação:

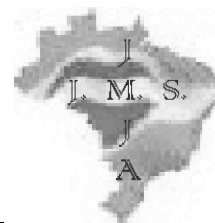
“Art. --- Inadmitida, nos termos do art. 4º, desta Lei Complementar, ou não convertida, total ou parcialmente, em lei uma medida provisória, o Congresso Nacional editará, no prazo de 60 (sessenta) dias, Decreto Legislativo dispondo sobre as relações jurídicas dela decorrentes.

Parágrafo Único. Nenhuma outra matéria será discutida ou votada pelo Congresso Nacional ou por qualquer de suas Casas enquanto não cumprido o disposto no caput.”

Reconheço que a medida é bastante severa.



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



Assim, salvo melhor juízo, talvez a saída mais adequada seja aquela de, não havendo a conversão da medida provisória em lei, no prazo constitucional de vigência, que o Congresso Nacional delibere, para a hipótese da sua omissão, a mantença, neste período, dos efeitos produzidos, de modo a não restar violada a segurança jurídica expressa no limite objetivo da irretroatividade.

Note-se, portanto, que, de fato, havia, no direito brasileiro, uma fábrica potencial de lacunas jurídicas:

- a) diante da rejeição da medida provisória sem a correspondente aprovação do decreto legislativo;
- b) diante do silêncio congressional para além dos trinta dias constitucionais (Texto originário), não havendo, também aí, a emissão do decreto legislativo exigível.

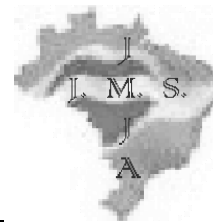
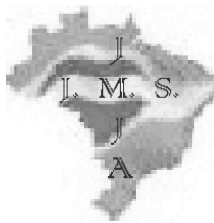
São casos típicos onde a jurisdição não instaura a completude, sendo, no máximo (*mandado de injunção*), meramente complementar ao ordenamento jurídico, observando as pautas autorizadas no sistema.

Na perspectiva mais otimista, produz-se a coisa julgada, mas não se elimina o vazio e as dúvidas que lhe correspondem, restando, sempre, a possibilidade de o Congresso Nacional editar Decreto legislativo noutro sentido.

Em outras palavras, a medida provisória era uma fonte inesgotável de lacunas jurídicas.

Daí, o Poder Legislativo brasileiro deter a difícil função de pensar em um modelo geral, procurando formas adaptadas à realidade brasileira e às necessidades sociais que dela emergem.

Para fazer justiça ao trabalho que se vem realizando, procurei investigar o que havia em torno deste assunto da não conversão das medidas provisórias em lei, quer por rejeição, quer pelo silêncio congressional.



Desenvolvi esta pesquisa a partir do Projeto de Emenda Constitucional calcado no Parecer do Senador JOSÉ FOGAÇA; na Proposta de Resolução contida no mesmo Parecer (art. 18) e na Resolução nº 01/ maio de 89, do Congresso Nacional (art. 17).⁹²²

Eis o material colhido com a pesquisa:

1. *“Projeto de Emenda Constitucional.*

Art. 62. (...)

§ 5º. *Caberá a uma Comissão Mista permanente única de Senadores e Deputados examinar as medidas provisórias e emitir parecer antes de serem votadas na forma regimental, pelo Plenário de cada uma das Casas Legislativas.*

§ 6º. *Se não for apreciada no prazo de sessenta dias de seu recebimento no Congresso Nacional, a medida provisória será colocada, em regime de urgência, na ordem do dia da Casa Legislativa em que se encontrar em tramitação, observado o critério de alternância simples entre estas duas Casas.*

§ 7º. *É vedada a reedição de medida provisória, no todo ou em parte, sempre que o Congresso Nacional, por proposição da Comissão Mista, aprovar decreto legislativo que declare a cessação de sua eficácia e discipline a garantia dos atos jurídicos realizados durante sua vigência.*

(...)”

2. *“Proposta de Resolução do Congresso Nacional/96.*

Art. 18. *Com o fim de vedar a reedição de medida provisória específica, no todo ou em parte, poderá a Comissão Mista apresentar projeto de decreto legislativo que declare a cessação de sua eficácia, e normatize a garantia dos seus atos jurídicos realizados durante a sua vigência.”*

3. *“Resolução nº 01/89, do Congresso Nacional.*

Art. 17. *Esgotado o prazo a que se refere o parágrafo único do art. 62, da Constituição Federal (30 dias), sem deliberação final do Congresso Nacional, a*

⁹²² Vide a Emenda Constitucional nº 32/11.09.2001, que dá nova regulamentação jurídica às medidas provisórias. Vide, também, o Título “*De 2001 em diante*”, onde analiso a gestação da Emenda, o seu texto e algumas das suas consequências.



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



Comissão Mista⁹²³ elaborará Projeto de Decreto Legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes e que terá tramitação iniciada na Câmara dos Deputados.”

No art. 17, da Resolução nº 01/89- CN⁹²⁴, que é imediatamente posterior à edição da Constituição de outubro de 1988, encontro reconhecido o silêncio congressional como hipótese de perda de eficácia da medida provisória, partindo-se do pressuposto de que se o Congresso Nacional não a analisou é porque não a entende como relevante ou urgente.

Há quem discorde disto, argumentando que se o decurso de prazo que implicava na aprovação do Decreto-lei era autoritário, também seria autoritário o decurso de prazo como hipótese de rejeição da medida provisória.

Portanto, a prevalência do Parecer, em cada medida provisória, da Comissão Mista referida pode vir a ser a melhor resposta para o silêncio do Congresso Nacional.

Por enquanto, contudo, na primeira etapa de análise, circunscrita ao prazo dos cinco dias⁹²⁵ - no que diz respeito à *relevância* e à *urgência*, que são requisitos de

⁹²³ Atualmente, trata-se de uma Comissão composta por 07 (sete) Deputados e 07 (sete) Senadores, que tem a incumbência de formular parecer sobre a relevância e a urgência de cada medida provisória apresentada pelo Presidente da República, além de formular um juízo sobre a constitucionalidade de cada uma delas. Este Parecer vai ao Plenário de cada uma das duas Casas do Congresso Nacional. Há proposta de reforma da composição desta Comissão, indo a sua composição para 17 (dezessete) Deputados e 17 (dezessete) Senadores. É o Projeto de Resolução/ Congresso Nacional, de 1996, nos termos do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Substitutivo oferecido pela Comissão Especial (Relator Senador JOSAPHAT MARINHO) às Propostas de Emenda à Constituição nºs. 01, 04, 11, 20 e 65, todas de 1995, relativas a Medidas Provisórias. Relator Senador JOSÉ FOGAÇA.

⁹²⁴ CN ou Congresso Nacional.

⁹²⁵ Constituição do Brasil. “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.*” (Texto originário) Vide o Título “De 2001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



admissibilidade gerais, é que, acaso sobre eles o Congresso não delibere, prevalecerá a compreensão de que existem.

Contra isto, há proposta de reforma no sentido de que, na omissão do Congresso Nacional sobre estes dois pressupostos⁹²⁶, deveria prevalecer o Parecer da Comissão Mista.

Mas este é um assunto que reservo para mais adiante.

Digo, apenas, que o silêncio congressional, na apreciação das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, pode vir a ser resolvido pela manutenção dos efeitos já ocorrentes, no período constitucional dos trinta dias (Texto originário), e mediante a prevalência do Parecer da Comissão Mista, que teria a incumbência de colocar, em anexo ao seu Parecer, na hipótese de o mesmo ser contrário à medida, um Projeto de Decreto Legislativo, que poderia vir a ter efeitos retroativos, desde que não fossem prejudiciais aos indivíduos atingidos pela medida provisória sob análise.

Assim, o Congresso Nacional, e todos os indivíduos, saberiam que o silêncio do Legislativo teria consequências previsíveis.

Esta é uma das formas que encontro para a colmatação desta fonte permanente de lacunas jurídicas⁹²⁷, que é a medida provisória no Brasil.

Outro caminho, que não obstrui este de agora, foi aquele que esbocei em conclusões anteriores, e que termina sendo de *lege ferenda* constitucional.

Em resumo:

⁹²⁶ Nos termos da Emenda Constitucional nº 32/11.09.2001: “Art. 62. (...) § 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.”

⁹²⁷ “Pode haver casos que devam ser regulados juridicamente, mas para os quais a lei não dê resposta imediata. Estes casos chamam-se ‘lacunas’ da lei.” (MENDES, JOÃO CASTRO. Introdução ao Estudo do Direito. Edição revista pelo Profº MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA. Lisboa. Pedro Ferreira, Artes Gráficas. 1997, p. 237)



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE
MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS
LEGISLATIVOS



I. expandiria-se o prazo de trinta dias (Parágrafo Único, do art. 62, da Constituição de outubro de 1988 – Texto originário) para sessenta, admitindo que, apenas no dia subsequente ao encerramento deste prazo, adviesse a reedição.

A medida reeditada teria um prazo de eficácia limitado a trinta dias⁹²⁸.

Com isto, afastaria-se o estratagema de não deixar escoar este prazo para reeditar a medida.

Imagina-se que, deste modo, está-se evitando o seu escoamento; pois, sendo assim, jamais deixaria o Presidente da República ultrapassar o período constitucional, sempre reeditando a medida antes do seu encerramento.

Aqui, a bem da sinceridade, seria ultrapassado o limite (embora maior – 60 dias), mas seria facultada uma única reedição no dia imediatamente subsequente ao do escoamento.

Realço, contudo, que a opção escolhida pela Reforma Constitucional de setembro de 2001 foi a de ampliar o prazo constitucional para 60 (sessenta) dias, permitindo a sua prorrogação por uma única vez, e estabelecendo que, durante o recesso congressional, o mesmo ficaria suspenso;

II. a medida provisória rejeitada por haver o Congresso Nacional considerado como inexistentes os pressupostos da relevância e da urgência, deveria ser, automaticamente, convertida em projeto de lei, ao qual restaria assegurado o regime de urgência, tal como hoje está consignado no § 2º, do art. 64, da Constituição de outubro de 1988⁹²⁹;

⁹²⁸ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias. Pela Emenda Constitucional nº 32/11.09.2001, o prazo constitucional é de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma única vez. Durante os períodos de recesso do Congresso Nacional, o prazo é suspenso (art. 62, § 4º).

⁹²⁹ Constituição do Brasil. “Art. 64. (...) § 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de lei de sua iniciativa. § 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.”



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



III. a medida provisória não convertida em lei por outro motivo, inclusive o do seu simples silêncio, poderia, ainda na mesma sessão legislativa, ser reapresentada; desde que compatível com o conteúdo constitucional, e não estando esta hipótese expurgada por decreto legislativo, exigindo-se a retificação dos defeitos porventura encontrados pelo Congresso, se o fundamento da rejeição o permitir. A opção da Reforma Constitucional de setembro de 2001 foi no sentido de vedar a reedição, na mesma sessão legislativa, em duas hipóteses, a saber: a) rejeição; b) perda de eficácia por decurso de prazo.

É bem verdade que se pode ponderar sobre a adequabilidade da reapresentação da medida na mesma sessão legislativa, dado que, nos termos do art. 67, da atual Constituição do Brasil, *a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional*.

A isto respondo que, veiculando a medida provisória matéria relevante e urgente, faz-se justificável que assim se proceda, particularmente diante do silêncio congressual.

Mas, para isto, é preciso novamente mudar a Constituição brasileira.

Esta atitude não diminuiria em nada o Poder Legislativo, não o transformando, absolutamente, em um *poder de fachada*; pois ele poderia vedar a reedição nos termos do decreto legislativo que está obrigado a aprovar.

Contudo, por dever de imparcialidade, reproduzo as palavras bastante conhecidas de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, que defende um perfil constitucional de democracia onde o Legislativo não “relaxe” em suas prerrogativas⁹³⁰.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR comentando o exagero das reedições, inclusive de medidas provisórias anteriormente rejeitadas, de onde retira o arbítrio do Executivo e a condição indesejável de semi-Poder do Legislativo Federal: “*Sobre a reedição das Medidas Provisórias (...) A consequência perversa deste entendimento é*

⁹³⁰ Constituição do Brasil. “Art. 49. *É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XI- zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*”.



9.2. SILÊNCIO ELOQUENTE, REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. TRABALHOS LEGISLATIVOS



óbvia⁹³¹. Em tese, reeditando medidas provisórias, até mesmo quando explicitamente rejeitadas, o chefe de Estado se outorga o poder discricionário de disciplinar não importa que matéria, fazendo do Congresso um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência ‘a posteriori’ viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões.”

E, finalmente, vaticina, conclamando os brios do Congresso Nacional: “*Afinal, de provisória em provisória se iria enchendo o papo presidencial. Pode ser até mesmo que o Legislativo, mais brioso e menos relaxado em suas prerrogativas e deveres, jamais deixasse escapar de suas mãos, como representante do povo, o indeclinável direito de o povo obrigar-se a si mesmo apenas e tão-somente por força de sua vontade e por meio de lei. Contudo, o perfil de democracia constitucional que o entendimento formal exarado no parecer da Consultoria nos traça é, no mínimo, de um presidencialismo imperial entre absoluto e arbitrário.*”⁹³²

Outra questão que ainda se põe no tema do silêncio congressual, é aquela que discute se não haveria, da parte do Presidente da República, um desrespeito para com o Congresso Nacional, acaso venha a expedir medida provisória sobre matéria que esteja em tramitação legislativa.

Esclarecendo melhor o que digo.

Imagine-se que um Projeto de lei esteja no percurso de uma das etapas legislativas, como, por exemplo, a da discussão do seu conteúdo.

Nestas circunstâncias, debate-se se poderia o Presidente da República editar, sobre o mesmo tema, uma medida provisória, atropelando a atividade legiferante.

Entendo que, em havendo os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência, não se trataria de atropelamento; mas de cumprimento das prerrogativas presidenciais, não sendo este um obstáculo, preliminarmente, insuperável.

⁹³¹ Referia-se à postura jurídica favorável à reedição, adotada, por exemplo, no Parecer do à época Consultor Geral da República SAULO RAMOS (Parecer nº SR-92, de 21.06.89).

⁹³² FERRAZ JÚNIOR, TERCIO SAMPAIO. Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. Editora Atlas. São Paulo. 1990, p. 94.



Finalmente, considero imperioso não esquecer de como a jurisprudência tratou o tema da reedição das medidas provisórias no Brasil.

Como se verá, a direção que ela apontou foi no sentido da possibilidade da reedição, mediante algumas ressalvas.

É este o objeto seguinte.

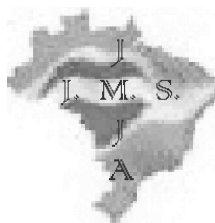
9.3. REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA, PRINCÍPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS E A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL⁹³³

“Há que praticar uma Ciência do Direito virada para a resolução de problemas concretos, com atenção particular aos fenômenos do pré-entendimento, das unidades previsão - estatuição e interpretação - aplicação e do ponderar das consequências da decisão, numa linha de consenso.” (CORDEIRO. ANTÔNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, p. 1283)

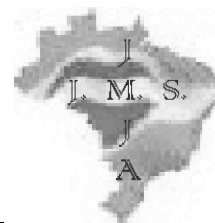
Comenta HERBERT HART⁹³⁴, em seu *O Conceito de Direito*, ao tratar do “*poder discricionário judicial*”, criticando o pensamento de RONALD DWORKIN, que este último detinha a perspectiva de que o que era incompleto não era o direito, mas a imagem positivista que dele era aceite; pois, além do *direito estabelecido explícito*, precisavam ser considerados os princípios jurídicos implícitos, que seriam *aqueles que melhor se*

⁹³³ Vide o Título VII, *De 2.001 em diante*, onde se apresenta a nova regulamentação das medidas provisórias brasileiras. Desde já, contudo, faço referência ao art. 62, §§ 7º e 10: “§ 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. (...) § 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.*”

⁹³⁴ HART, HERBERT. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. RIBEIRO MENDES. 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1994, ps. 335-336.



9.3. REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA, PRINCÍPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS E A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL



*ajustavam ao direito explícito ou com ele mantinham coerência, e também lhe conferiam a melhor justificação moral*⁹³⁵.

Neste sentido interpretativo, o direito não seria incompleto ou indeterminado, pois o juiz nunca teria a oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação no proferimento das suas decisões.

Mas HERBERT HART faz a ressalva de que ele próprio, embora advogasse a existência de um poder de criação judicial, particularmente na resolução de casos parcialmente deixados de regular pelo direito, os distingue daqueles poderes próprios aos órgãos legislativos; pois, além de serem mais estreitos, não vão além dos casos concretos que urgem ser resolvidos, não encampando a introdução de reformas de larga escala ou novos códigos.

E HERBERT HART complementa o seu discurso, dizendo que não há dúvida de que a retórica familiar do processo judicial encoraja a idéia de que não existem, em um sistema jurídico desenvolvido, casos juridicamente não regulados.

Em outras palavras, o juiz falaria como se o direito fosse um sistema sem lacunas, ou espaços vazios, mas sublinha HART a sua insatisfação quanto à imagem do juiz como um simples «porta voz» do direito, pois não são incomuns os casos submetidos a julgamento que podem ser decididos em um sentido ou em outro.

Em seu reforço, argumenta com o consentimento de magistrados da estatura de OLIVER WENDELL HOLMES e CARDOZO, nos Estados Unidos e de Lorde MACMILLAN, Lorde RADCLIFFE e Lorde REIDE, na Inglaterra.

⁹³⁵ “Decerto sabemos também que o direito não é tudo, nem talvez o que nos é pessoalmente mais importante, na existência que nos possibilita esse meio social e nem mesmo na nossa imediata vida de relação. (...) Nem hesitamos em afirmar que o respeito e a lealdade que nos devemos uns aos outros, e bem assim o dever de auxílio a que a nossa consciência nos convoca perante a situação de infortúnio de alguém e que está nas nossas mãos remediar etc., não hesitamos na verdade em afirmar que tudo isto tem a ver directamente com a ética ou a moral, e não propriamente com o direito.” (NEVES, CASTANHEIRA. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Relatório. O Sentido do Direito. O Pensamento Moderno Iluminista como factor determinante do Positivismo Jurídico. Fontes do Direito. Interpretação Jurídica. Coimbra. Composição e Impressão João Abrantes. ps. 01-02, de O Direito)



Eis o que ele, verdadeiramente, fala, de modo que se o tenha sem intermediários: *“Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juízes e juristas, quando os primeiro decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial. Juízes da estatura de OLIVER WENDELL HOLMES e de CARDOZO, nos Estados Unidos, ou de Lorde MACMILLAN, de Lorde RADCLIFFE ou de Lorde REIDE, na Inglaterra, e um conjunto de outros juristas, não só académicos como práticos, têm insistido em que há casos deixados incompletamente regulados pelo direito, em que o juiz tem uma tarefa inevitável, embora «intersticial», de criação de direito, e que, tanto quanto diz respeito ao direito, muitos casos podiam ser decididos num sentido ou noutro. (...) Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente.”*

E arremata com o carácter criativo da atividade jurisdicional: *“Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado.”*⁹³⁶

Respondendo, ainda, ao argumento de RONALD DWORKIN de que se aos juízes fosse dado o poder de criar direito, esta seria uma forma de criação jurídica antidemocrática, dado que, em regra, os juízes não são eleitos, e, em uma democracia, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação jurídica, contesta, afirmando que este seria o preço necessário, e o considera baixo, de modo a evitar a inconveniente utilização de métodos alternativos de regulamentação deste género de litígios, como seria o caso do reenvio da questão ao órgão legislativo.

Ainda sobre o problema da lacuna, HANS Kelsen⁹³⁷, embora não reconheça como o faz HERBERT HART, a sua existência, também conclui no sentido de que ao juiz

⁹³⁶ HART, HERBERT. O Conceito de Direito. Obra citada. 1994, ps. 337-338.

⁹³⁷ Vide Lacunas da lei. a) a idéia de lacunas é uma ficção; b) o propósito da ficção das lacunas. HANS Kelsen conclui o seu entendimento afirmando que a teoria das lacunas da lei constitui uma ficção, pois sempre será, logicamente, possível, embora algumas vezes mediante soluções inadequadas, aplicar o ordenamento jurídico, expedindo uma norma individual com força retroativa.



9.3. REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA,
PRINCÍPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS E A JURISPRUDÊNCIA
NO BRASIL



está facultado regular, retroativamente, o direito em relação ao caso concreto, obrigando, juridicamente, o indivíduo.

Creio, pessoalmente, que, entremeando todos estes dissensos, não há divergências tão abertas e incontornáveis; pois os tais casos *difíceis de DWORKIN*⁹³⁸ podem estar regulamentados senão por aquilo que chama de princípios implícitos, e, mesmo assim, continuam difíceis, costumando permitir mais de uma solução, sendo escolhida, por uma lógica valorativa de preferência, uma delas.

Os *standards*, ou pautas, que operam como princípios diretrizes, que fixam objetivos a serem alcançados, e que eliminariam o poder criador dos juízes, terminam sendo um argumento retórico que não reduz o poder judicial; porquanto, antes, terminam por ser apenas uma nova justificativa para a fixação das fronteiras decisórias.

De fato, o Poder Judiciário, em seu dia a dia, depara-se com casos difíceis (lacunas, indeterminações etc), recorrendo a normas aplicáveis a um número indeterminado de atos ou fatos, não obstante o façam de maneira especial, na medida em que não regulam senão tais atos ou fatos (situação jurídica determinada); como, também, recorre aos princípios expressos ou implícitos, que, em regra geral, comportam uma série indefinida de aplicações.⁹³⁹

Portanto, a conclusão a que chego é a de que, em nenhuma exposição jurídica, deve ser a jurisprudência relegada ao campo da superficialidade, sob pena de se abrir mão de algo cuja importância não se permite ver desprezada.

Foi com este espírito que me debrucei sobre a jurisprudência nacional, particularmente dos Tribunais, e, mais especialmente ainda, do Supremo Tribunal Federal.

(KELSEN, HANS. Teoria General del Derecho y del Estado. Tradução de EDUARDO GARCIA MAYNEZ. 2ª ed. revisada. México. Imprenta Universitaria. 1958, ps. 174-177.

⁹³⁸ DWORKIN, RONALD. Taking rights seriously. 5ª impressão. Londres. Duckworth. 1987, p. 22.

⁹³⁹ CRISAFULLI utiliza o critério estrutural para diferenciar entre o princípio e a norma particular. Os princípios estariam caracterizados pela maior generalidade em relação às normas. O princípio geral compreenderia não somente uma hipótese determinada, mas uma série indeterminada de hipóteses. Dos princípios (escritos ou não escritos) derivariam as normas particulares (escritas ou não escritas). Vide CRISAFULLI, VEZIO. Pela Determinação do Conceito dos Princípios Gerais do Direito. Revista Internacional de Filosofia do Direito, V. XIX. Ano XXI. Série II, janeiro - abril de 1941, p. 235-236.



9.3. REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA, PRINCÍPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS E A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL



Sem querer ser cansativo, mas buscando ser o mais possível abrangente em minha análise, selecionei uns poucos Acórdãos que, em grande medida, definem o que pensou o mais elevado Tribunal do Brasil sobre a reedição de medidas provisórias.

Primeiro, parecia assente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ser possível a reedição de medidas provisórias.

Depois, também parecia consensual a impossibilidade da reedição de medida provisória que já foi, expressamente, rejeitada pelo Congresso Nacional.

Após, havia um forte entendimento no sentido de permitir que uma medida provisória suspenda os efeitos de outra, e que, caso venha a ser convertida em lei, revogue não apenas a lei anterior existente, como também a própria medida provisória que havia suspenso. Na hipótese de não vir a ser convertida em lei, parece que o Supremo Tribunal Federal considerava que continuava a produzir efeitos a medida provisória suspensa; isto dentro do prazo restante de sua vigência.

Não significa, contudo, que as medidas provisórias estejam imunes ao exame de constitucionalidade, inclusive na via difusa, ocorrendo, porém, a necessidade de se aditar a ação que lhe ataca, na hipótese de reedição, sob pena de ser extinto o feito por ausência de objeto.

Eram, nestes sentidos, os Acórdãos mais encontrados; e, por isto, escolhi uns poucos exemplares que confirmam as minhas afirmações.

Eis os seus teores:

1. Possibilidade de reedição de medidas provisórias dentro do prazo de validade dos trinta dias (Texto originário). *“Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de outro provimento da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1617. Julgamento em 11.06.97. DJ 15.08.97, p. 3735. Ementário Vol. 1878-01, p. 107. Relator Ministro OCTÁVIO GALLOTTI. Tribunal Pleno.”*



2. Impossibilidade de reedição quando a anterior houver sido rejeitada pelo Congresso Nacional. *“O Supremo Tribunal Federal não admite reedição de medida provisória, quando já rejeitada pelo Congresso Nacional (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293. Revista Trimestral de Jurisprudência 146/707). Tem, contudo, admitido como válidas e eficazes as reedições de medidas provisórias, ainda não votadas pelo Congresso Nacional, quando tais reedições hajam ocorrido dentro do prazo de trinta dias de sua vigência. Até porque o poder de editar medida provisória subsiste, enquanto não rejeitada (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 295; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1533, entre outras). Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1610. Julgamento em 28.05.97. Por maioria. DJ 05.12.97, p. 63948. Ementário Vol. 1892-02, p. 269. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Tribunal Pleno.”*

3. Medida provisória posterior suspende medida provisória anterior. Acaso a posterior seja convertida em lei, torna-se definitiva a revogação; acaso não o seja, a anterior deve ser apreciada no prazo restante de vigência. *“Ausência de plausibilidade do fundamento, no primeiro caso, assentado que já se encontra, no Supremo Tribunal Federal, que o Presidente da República pode expedir medida provisória revogando diploma da mesma espécie, ainda em exame no Congresso Nacional, cuja eficácia ficará suspensa, até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória ab-rogante, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; retomando os seus efeitos, em caso contrário, a medida ab-rogada, que poderá, por sua vez, ser apreciada pelo Poder Legislativo no prazo restante de sua vigência. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1370. Julgamento em 18.12.95. DJ 30.08.96, p. 30603. Ementário Vol. 1839-01, p. 152. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Unânime nesta parte. Tribunal Pleno.”*⁹⁴⁰

4. Cabe ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade contra medida provisória. *“É cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade contra medida provisória. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 295. Julgamento em 22.06.90. Por maioria. DJ 22.08.97, p. 38758. Ementário Vol. 1879-01, p. 01. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. Tribunal Pleno.”*

⁹⁴⁰ Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade diz respeito ao art. 213, da atual Constituição do Brasil, que trata dos recursos públicos destinados às escolas públicas, podendo, ainda, ser dirigidos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei.



5. É preciso aditar a ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta contra medida provisória, se, antes do seu julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, houver ocorrido reedição.⁹⁴¹ *“É também orientação do Supremo Tribunal Federal a de que, havendo reedição de medida provisória contra a qual foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade, e não sendo a inicial desta aditada para abarcar a nova medida provisória, fica prejudicada a ação proposta. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1665. Julgamento em 27.11.97. DJ 08.05.98, p. 02. Ementário Vol. 1909-01, p. 65. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Unânime. Tribunal Pleno.”*

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal acolheu a reedição de medidas provisórias, desde que não houvessem sido rejeitadas pelo Congresso Nacional, sequer discutindo a teoria do silêncio eloquente nesta matéria, embora, em outras, por inúmeras vezes, tal como demonstrei anteriormente, haja levantado a mesma teoria para solucionar as questões que lhe foram submetidas.

A justificativa jurídica que este Alto Tribunal encontrou para a reedição das medidas provisórias foi aquela de que, no momento em que o art. 62, da Constituição de outubro de 1988 fazia referência ao prazo dos trinta dias (Texto originário), bastava ao Presidente da República proceder de modo a não vê-lo escoado.

E a rotina utilizada pelo Presidente da República era a de reeditar as medidas provisórias não analisadas pelo Congresso Nacional. Afinal, agindo assim, não haveria o transcurso do prazo constitucional, pois ele ficaria suspenso a cada nova medida provisória editada.

Abaixo desta perspectiva, houve medidas provisórias que duraram anos, embora, originariamente, não deveriam ultrapassar, nesta condição, mais do que alguns dias.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal fez com que, de fato, a medida provisória não estivesse submetida a prazo algum, aparecendo como uma ilusão o interregno dos trinta dias (Texto originário).

⁹⁴¹ Esta Jurisprudência permite ao Governo Federal reeditar medidas provisórias com o único objetivo de tornar sem objeto eventuais Ações Diretas de Inconstitucionalidades acaso interpostas; isto bem antes do escoamento do prazo de vigência constitucional.



9.3. REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA,
PRINCÍPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS E A JURISPRUDÊNCIA
NO BRASIL



Em socorro desta interpretação, onde até o prazo constitucional dos trinta dias tornou-se indeterminado (Texto originário), encontro raciocínios de base econômica e política que, inegavelmente, terminaram por interferir no direito formal moderno.⁹⁴²

Particularmente, considero que isto sabote a determinabilidade e a calculabilidade jurídica, contribuindo para o que JUSTUS HEDEMANN chamou de *osteoporose do direito*.⁹⁴³

Ora, a despeito de a jurisprudência puder ser entendida como criadora, não deveria tornar indeterminado algo que, naturalmente, não o é.

O prazo constitucional de vigência é um limite objetivo imposto pela ordem jurídica constitucional em vigor, não podendo a jurisprudência construir um novo prazo, que, pela sua indeterminação, provoca um conflito entre o processo prático e a previsibilidade constitucional.⁹⁴⁴

Pois bem, o tema, a seguir, caminha em torno da relevância e da urgência exigidas como requisitos de admissibilidade de toda medida provisória expedida pelo Presidente da República.

É o que vai mais adiante: relevância e urgência como *conceitos jurídicos indeterminados*.

Em torno desta expressão “*conceito indeterminado*”, o Supremo Tribunal Federal faz exíguas referências, talvez porque seja na própria atuação jurisprudencial que eles adquiram uma maior densidade.

⁹⁴² Vide o estudo dos *fenômenos de interferência*, ou dos *conflitos entre informação e interferência* de GUNTHER TEUBNER, em O Direito como Sistema Autopoiético. Obra citada. 1989, ps. 207 e ss. Nele, faz-se alusão a JENSEN, MUNCH, LUHMANN e WILLKE.

⁹⁴³ Extraído de GUNTHER TEUBNER. O Direito como Sistema Autopoiético. Obra citada. 1989, p. 203.

⁹⁴⁴ Note-se que esta questão é diversa daquela apresentada por KARL ENGISH, em sua Introdução ao Pensamento Jurídico, quando ele menciona que até os conceitos exatos, como aqueles numéricos, podem tornar-se indeterminados, exemplificando com as notas de exame, em relação às quais haveria uma certa «margem de jogo» (extraído de Introdução ao Pensamento Jurídico. Obra citada. 1983, ps. 259-260).



O único caso que teve notícia foi o relativo à noção de *crime político* com o objetivo de verificação da competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento do sequestro de um famoso empresário brasileiro.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, *sob a ótica da ordem jurídica nacional, um fato submetido à sua jurisdição e que, sob a perspectiva de um ordenamento estrangeiro, configure crime político, não terá, no Brasil, a mesma qualificação jurídica, salvo se simultaneamente ofender ou ameaçar a segurança ou a ordem político-social brasileiras.*

Esta foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal: “Os fatos pelos quais condenados os recorrentes podem ser reputados delitos políticos pelos Estados contra cujos sistemas e valores de caráter político os agentes pretendessem dirigir a atividade finalística da associação clandestina e a aplicação, nela, do produto da extorsão que aqui obtivesse êxito; para o Brasil, entretanto -, a cuja ordem política são estranhos a motivação e os objetivos da ação delituosa -, o que existe são apenas os crimes comuns configurados – independentemente de tais elementos subjetivos do tipo – pela materialidade da conduta dos agentes.”

Assim, a ação dos sequestradores foi considerada crime comum.⁹⁴⁵

⁹⁴⁵ “Crime político: conceituação para fim de verificar a competência da Justiça Federal, segundo a Constituição (art. 109, inc. IV – Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) IV- os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral); dimensões constitucionais do tema. Quando, para a inteligência de uma norma constitucional, for necessário precisar um conceito indeterminado, que ela mesma remeteu – como é o caso da noção de crime político para a definição da competência dos juízes federais -, é imperativo admitir-se, no recurso extraordinário, indagar se, a pretexto de concretizá-lo, não terá, o legislador ou o juiz de mérito das instâncias ordinárias, ultrapassado as raias do âmbito do possível da compreensão da noção, posto que relativamente imprecisa, de que se haja valido a Lei Fundamental. (...) para efeitos de direito interno, dar prevalência, na qualificação de uma infração penal complexa, aos seus aspectos políticos ou às suas conotações de criminalidade comum é uma opção de cada ordenamento nacional positivo, com a qual nada tem a ver a razão de ser das restrições dominantes, só para efeitos extradicionais, ao conceito de delito político. Uma vez que a Lei de Segurança Nacional mesma é que, no art. 20, arrola entre os crimes políticos a extorsão mediante sequestro, desde que vise a ‘obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou



9.3. REEDIÇÃO E PRORROGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA,
PRINCÍPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS E A JURISPRUDÊNCIA
NO BRASIL

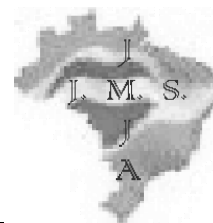


Enfim, por uma questão de método, primeiramente, estudarei algumas noções sobre os referidos conceitos, para, em seguida, abordar a relevância e a urgência como requisitos preliminares na adoção das medidas provisórias.

É o assunto a seguir.

subversivas', destrói por si só o argumento de que bastaria a elisão do caráter político desse mesmo delito – assim qualificado pela lei – que nele contivessem os elementos típicos de crime comum, classificado de hediondo.(...)

É da essência da criminalidade política a pertinência dos bens e valores tutelados pelas normas da incriminação que a compõe, em cada sistema jurídico nacional, a identidade ao ordenamento político do Estado respectivo. Por isso, sob a ótica da ordem jurídica brasileira, um fato submetido à sua jurisdição e que, sob a perspectiva de um ordenamento estrangeiro, configure crime político, não terá aqui a mesma qualificação jurídica, salvo se simultaneamente ofender ou ameaçar a segurança ou a ordem político-social brasileiras. (...) Recurso Extraordinário Criminal nº 160841. São Paulo. DJ 22.09.95, p. 30610. Ementário Vol. 1801-08, p. 1503. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento em 03.08.95. Tribunal Pleno. Unânime”.



10. AS LACUNAS E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

10.1. PARTE GERAL

“Ciência do Direito. Caracterização. (...) O jurista visa sempre em última análise chegar à solução válida, a que deve ser: e isso pode levá-lo a deixar de parte a solução efectiva, a que habitualmente se pratica. (...) Assim, mesmo que a prática vá uniformemente em certa direcção, o jurista pode opor-se, sustentando, por exemplo, que uma lei se deve entender em sentido diverso do correntemente afirmado.” (ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA⁹⁴⁶. O Direito – Introdução e

⁹⁴⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em seu O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira, afirma: “A equidade (...) A solução pela equidade é a solução conforme às circunstâncias do caso concreto, e não a quaisquer injunções, mesmo indirectas, do sistema normativo. A equidade, segundo a definição que referimos já, é a justiça do caso concreto. Adapta-se a este plenamente, porque plenamente valora as circunstâncias de cada ocorrência. A equidade não está necessariamente vinculada à matéria da integração das lacunas do sistema jurídico. Pode a equidade funcionar também quando há norma (...) A analogia repousa na existência, a que o pensamento actual é extremamente sensível, do tratamento igual de casos semelhantes. (...) O intérprete procederá então de semelhante a semelhante, na feliz expressão das nossas Ordenações (Livro III, título 69). Muitas vezes, o jurista tira indevidas consequências do silêncio legislador. (...) Mas assim mobiliza-se o argumento ‘a contrario’, que como veremos é muito perigoso, pois só é legítimo se se demonstra o carácter excepcional da regra que fornece o ponto de partida. (...) O que quer dizer que é sempre e só através de uma valoração, dirigida à descoberta da essência daquela situação, que podemos chegar à afirmação de que há analogia. (...) A ordem jurídica brasileira trabalha com os seus próprios instrumentos. Os processos de integração que prevê são verdadeiramente intra-sistemáticos, próprios do sistema jurídico brasileiro. Ela basta-se a si mesma, como todos os sistemas jurídicos modernos. Chegamos assim à conclusão de que os princípios gerais de direito, a que a lei brasileira faz apelo para a integração das lacunas, devem ser entendidos no sentido técnico da expressão, mas com afastamento dos princípios materiais (trazem a concretização, através de uma opção por uma regulamentação material; mas não dispensa a mediação ulterior da regra) – ele não está ainda concretizado a ponto de permitir a mera subsunção, ps. 416-417). Os princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica brasileira, que



Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 10^a ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, p. 217)

Pretendo dividir a abordagem inicial deste tema referindo-me, primeiramente, às palavras, enquanto rótulos das coisas, inserindo o direito na realidade empírica e interdisciplinar.

Após, tenho a intenção de abordar noções sobre os chamados conceitos indeterminados, bem como sobre outras figuras que lhes são afins.

Tudo isto com o objetivo definido de ter em conta estes elementos no estudo da segurança frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

É esta a peleja.

De fato, todas as palavras não são mais do que rótulos que se dão às coisas. Quando se muda o nome que se atribui a algo, o objeto não muda a sua natureza por causa disto.

Se chamo uma cadeira de lápis, ou vice-versa, pela só utilização de um nome diferente não se opera a transformação.

Agindo assim, quebraria-se a coerência em relação ao mundo circundante, produzindo-se um aprofundado sentimento de insegurança dado a falta de conexão entre o texto e o contexto.

Não haverá mensagem, restando truncado o pensamento, e prejudicando a linguagem na sua proposta cognoscente.

Quanto maior for a determinação daquilo que falo (uniformidade), maior será também a segurança na comunicação.

fundam e unificam normas e soluções singulares.” (ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 10^a ed. revista. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, ps. 441 e 445-447 e p. 461)



É, por isto, importante que, pelo bem da boa comunicação, o uso comum ou convencional não seja afastado senão quando for realmente necessário, porquanto haja a exigência de tornar mais preciso algo que se apresenta vago e ambíguo.

Ocorre que a construção de uma linguagem nova e artificial, tal como acontece, em grande medida, com as chamadas ciências exatas,⁹⁴⁷ até agora não foi feita pelo direito, restando um espaço de imprecisão na linguagem jurídica.

Isto não significa que, quando se emprega um termo em sentido diferente daquele comum, não se deva advertir sobre o seu novo significado.

Esta é uma exigência da comunicação.

Obviamente, isto só deverá ser feito quando apresentar vantagens, e não por um capricho erudito.

É preciso contrabalançar entre a exatidão que se acredita atingir e o risco de não ser entendido, ou de ser mal interpretado.

Portanto, para ser adotado o neologismo, exige-se, em minha perspectiva, algumas circunstâncias, tais como:

1. a inexistência de palavra, dentro do uso comum ou convencional, que diga aquilo que se quer falar;
2. em existindo a palavra, verifique-se que ela detém tantos significados, ou é tão vaga e imprecisa, que provocará confusão no discurso;

Contudo, se o legislador utilizar a palavra de uso convencional sem nenhuma ressalva, é razoável imaginar que o tenha feito de maneira a não provocar surpresas ao intérprete.

⁹⁴⁷ Quase todas as leis da física têm uma expressão exata, embora sejam obtidas mediante cálculos de probabilidades, constituindo, portanto, um sistema de meras probabilidades. Vide, neste sentido, ORTEGA Y GASSET. O que é filosofia? Madrid. Revista de Occidente en Alianza Editorial. 1988, ps. 58-59.



Superado este primeiro estágio de saber se o vocábulo foi empregado em um sentido técnico específico, ou em um sentido vulgar, é de se reconhecer que as palavras têm uma zona de significado mais ou menos certa, e uma outra área onde remanesce alguma dúvida, havendo de se buscar as suas acepções dentro do contexto.

Dito de outro modo, o processo interpretativo é integrado não apenas pelos elementos literal, histórico e teleológico; mas também pelo elemento sistemático.

Este é um caminho ou método a partir do qual se pode, em certa medida, diminuir *a luta de palavras*.

A delimitação totalmente precisa, no caso das expressões colhidas pelo direito, é algo que não se atingiu, nem sequer há a certeza de se querer atingir, dado que, assim, fornece-se ao intérprete uma margem de atualização; o que não implica em um fornecimento de uma *carta branca*, que seria insensato e inconveniente.

Afinal, a necessidade da determinabilidade legislativa é um corolário do princípio do Estado de Direito.⁹⁴⁸

No entanto, não me parece útil, de modo a permitir a compreensão do direito pelos não juristas, que se pleiteie uma *jurimétrica*⁹⁴⁹, acaso isto implique em uma matematização dos raciocínios jurídicos, até porque são de todos reconhecidas as dificuldades que muitos têm de apreender as fórmulas matemáticas.

O direito trabalha com as palavras, e estas não têm outro significado senão aquele que lhe é dado.⁹⁵⁰

⁹⁴⁸ Vide LUÍS CABRAL DE MONCADA. Contributo para uma Teoria da Legislação. Lisboa. Pedro Ferreira – Artes Gráficas. 1998, p. 44.

⁹⁴⁹ Vide LOEVINGER, LEE. Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry. Revista Law and Contemporary Problems, publicada pela Duke University, School of Law, vol. XXVIII, nº 01, Durham (Carolina do Norte, EUA). 1963, ps. 05 e ss.

⁹⁵⁰ Um outro brasileiro, e pernambucano como eu, JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, em seu *Ihering e o Direito no Brasil*, distingue entre aquilo que chama de *teorias retóricas e ontológicas* da linguagem, dizendo que, entre as teorias retóricas, defende-se que a linguagem não tem outro fundamento além de si própria, não havendo elementos externos a ela que garantam a sua



Ou seguem uma certa convenção linguística da própria comunidade, ou, então, cumprem uma estipulação expressa de quem a utiliza, por considerar que, assim, permite uma mais fácil ou mais rica compreensão desejável.

Por isto, o complexo linguajar próprio não deve ser levado às ultimas consequências, exatamente porque a tentação de elaborar uma linguagem mutante, pode vir em direção oposta ao seu objetivo inicial de comunicação.

Isto não significa que a adoção de um termo aparentemente simples, e sem ressalvas de significados específicos, implique em abandono do sistema em que se enquadra.

E não é assim apenas para a linguagem das Constituições e dos Códigos, pois, até expressões como “pai” e “filho”, são relativas; e dependem do contexto⁹⁵¹.

Afinal, se, em uma relação, a mesma pessoa pode estar como pai; em outra, ela própria poderá estar como filho. Tudo depende do contexto.

De tal modo, exige-se o conhecimento da realidade normativa como base indispensável para toda elaboração científico-jurídica.

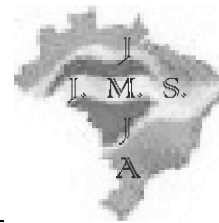
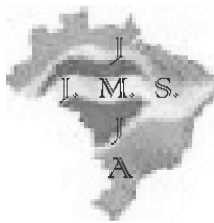
Não se diga que tal conduta pode resultar em frustrações, e, daí, dever ser evitada, caindo-se na tentação de elaborar raciocínios à margem da lei positiva vigente.

Obviamente, o conhecimento da realidade positiva não deve implicar em servilismo a ela; pois ele pode se reunir ao entorno da realidade empírica, sendo esta inesgotável.⁹⁵²

consistência de modo a legitimá-la, tais como fatos, objetos, coisas, relações. (ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO. *Filosofia do Direito*. São Paulo. Editora Saraiva. 1996, p. 85)

⁹⁵¹ “Quem lê unicamente Código ou Constituição tem uma só base, a mais fraca – a exegese verbal; faltam-lhe os demais, e os melhores, elementos de interpretação; por isso, toma, com frequência, a nuvem por JUNO, desgarra a valer.” (MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Obra citada. 1981, p. 133)

⁹⁵² Tratando da psicologia e da sociologia, AGUSTIN GORDILLO, em seus *Princípios Gerais do Direito Público*, declina questões práticas de relevo à solução de casos concretos, que não devem ser desconhecidas ou relegadas a uma seara de menor importância. Veja-se o que ele diz: “Saber como



Assim, as informações jurídicas a respeito dos precedentes legislativos e jurisprudenciais faz parte do necessário conhecimento global, e a sua organização tem o pendor de evitar a cansativa tarefa da busca de antecedentes, o que permite mais rapidez e uma maior segurança na análise dos casos que se apresentem a pedir solução.

Pode-se argumentar que este conhecimento diversificado tem um limite humano, sendo, também por isto, que o progresso da ciência jurídica é obra da contribuição coletiva.

Repito que não estou me referindo à recepção acrítica de significados para termos ou leis, pois todos os homens são imperfeitos e falíveis, ainda mais quando estão no exercício do poder⁹⁵³.

Governar ou *decidir* não melhora a natureza humana, pois, antes pelo contrário, é comum estas situações de poder trazerem à tona defeitos particulares ocultos, como o autoritarismo, a adoração de si mesmo etc.

pedi-lo, por sua vez, é uma questão em parte de prática de recursos (forma de redação, forma de apresentação etc) e em parte de psicologia (uma reclamação imperiosa, ou pedido cordial, ou uma súplica insistente) que, sem dúvida, varia conforme seja o destinatário do pedido e segundo quem seja também o que formula o pedido. Há pessoas que se deixam influenciar por uma súplica e há pessoas que se enojam com uma súplica; há pessoas às quais se deve insistir e há pessoas com as quais se deve ter muito tato e cuidado antes de insistir, sob pena de provocar sua reação desfavorável; há pessoas que sabem como reclamar de algo, transmitindo sensação de autoridade e há pessoas que não sabem fazê-lo; há pessoas que sabem pedir com simpatia e há as que não sabem fazê-lo; há pessoas que sabem pedir com simpatia e há as que não sabem ou não podem e portanto não devem fazê-lo. (...) Não há livro algum que possa orientar o advogado ou estudante acerca de todos os aspectos ou arestas que a realidade lhe pode apresentar: somente pode advertir-lhe que não deve esquecer nunca de investigar e tratar de conhecer e aprender esta realidade empírica, simultaneamente com a realidade normativa, antes de iniciar o esboço de soluções, eleger vias ou formular teorias ou construções jurídicas.” (GORDILLO, AGUSTIN. Princípios Gerais de Direito Público. Obra citada. 1977, ps. 15-16)

⁹⁵³ “Interpretação e Construção. Exegese e Crítica. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la, e, nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real. A Interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico.” (MAXIMILIANO, CARLOS. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Obra citada. 1981, p. 40)



É tal como um velho ditado espanhol dizia: “*se queréis conocer a Juanito, dadle un carguito.*”

Enfim, o direito está em formação, sendo uma tarefa que não se encerrou; e continua podendo ser aperfeiçoada.

Pelo que defendo, não é adequado afastar-se do contexto jurídico, cujo ponto de partida é a Constituição.

Em outras palavras, é preciso escolher um sistema de referência como tela de confronto para aquilo que se afirma⁹⁵⁴.

A minha escolha resultou na conclusão de que o texto da lei é o ponto inicial. E a Constituição a norma em relação à qual todas as leis devem respeito.

A noção de sistema de referência é fundamental, não sendo um rebusco teórico de pouca valia.

E isto não funciona como critério assecuratório de conclusões mais adequadas apenas no Direito, haja vista, por exemplo, a teoria da relatividade de EINSTEIN e o confronto entre as geometrias euclidianas e não euclidianas.

Faço aqui um breve intervalo, com o objetivo de esclarecer melhor o que digo.

1. Sobre a teoria da relatividade.

Apontarei um caso que considero impressionante, e que demonstra a importância de se ter um determinado sistema de referência.

⁹⁵⁴ “Não há intérprete seguro sem uma cultura completa. O exegeta de normas isoladas será um leguleio; só o sistematizador merece o nome de jurisconsulto; e, para sistematizar, é indispensável ser capaz de abranger, de um relance, o complexo inteiro, ter a largueza de vistas do conhecedor perfeito de uma ciência e das outras disciplinas, propedêuticas e complementares. Entretanto, nesse terreno difícil se não deve entrar com excessiva audácia. (...) Realmente, não basta conhecer as leis (...)” (MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Obra citada. 1981, ps. 195 e 197)



A partir dele, as conclusões, diante dos mesmos fatos, podem ser completamente diversas. De onde também retiro a conclusão dos perigos que podem decorrer de uma recepção acrítica de institutos de um outro sistema de referência, como, por exemplo, um determinado direito estrangeiro.

As cópias podem trazer resultados desastrosos. Os transplantes pouco refletidos são uma armadilha.

O espírito de imitação de culturas com tradições distintas da brasileira é algo que deve ser evitado.

Mas, volte-se ao exemplo de EINSTEIN, como uma demonstração de que o sistema de referência é condição do próprio conhecimento.

Imagine-se um trem com um comprimento de 5.400.000 Km, a caminhar a uma velocidade constante de 240.000 Km/s, e em movimento retilíneo e uniforme.

Dentro dele, exatamente no centro, há uma lâmpada. Existem, também, duas portas equidistantes, uma dianteira e outra traseira.

No momento em que a luz acendesse, e os seus raios atingissem cada uma das portas; elas, automaticamente, abririam.

O quadro fático é este.

Tome-se, agora, duas pessoas. Uma delas é um viajante que se encontra dentro do trem. A outra, um lavrador que está no campo, a uma certa distância do trem.

EINSTEIN demonstrou, com operações físicas e matemáticas, que o viajante, ao ver acender a lâmpada, veria também, nove segundos depois, as duas portas abrindo-se simultaneamente.

Quanto ao lavrador, admitindo que percebesse o acendimento da lâmpada no mesmo instante em que o viajante, cinco segundos depois veria a porta traseira abrir-se, e, somente, quarenta e cinco segundos depois, veria a abertura da porta dianteira.

Note-se que os fatos foram rigorosamente os mesmos.



Contudo, como o ponto de referência do viajante não era o do lavrador, as percepções foram, matematicamente, diversas.

Afinal, enquanto as portas abriram simultaneamente para o viajante; para o lavrador, entre a abertura da primeira porta e a da segunda, passaram 40 segundos.

Dito de outro modo, o que foi simultâneo em um sistema de referência, foi sucessivo em outro.

Então, conclui-se que até o tempo relaciona-se com o sistema de referência⁹⁵⁵.

2. *Sobre as geometrias euclidianas e não euclidianas*⁹⁵⁶.

Na geometria euclidiana, por um ponto tomado fora de uma reta pode-se fazer passar uma paralela a essa reta, e só uma.

No entanto, há geometrias não euclidianas que não concordam com este postulado, que, ao leigo, parece incontestável.

Por exemplo, segundo RIEMANN, por um ponto tomado fora de uma reta não se pode fazer passar nenhuma paralela a essa reta.

Para LOBATCHEWSKY, por um ponto tomado fora de uma reta, pode-se fazer passar uma infinidade de paralelas a ela.

O que variaram foram os sistemas de referência. Possivelmente, todos eles igualmente rigorosos.

⁹⁵⁵ O exemplo foi extraído de TELLES JÚNIOR, GOFREDO DA SILVA. *Direito Quântico*. São Paulo. Editora Max Limonad. 1985, p. 289.

⁹⁵⁶ Vide CARVALHO, PAULO DE BARROS. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo. Editora Saraiva. 1998, p. 03.



Falo isto, de modo a destacar que o colonialismo cultural, ou posições deslumbradas, não colaboram; pois é preciso considerar que as adaptações, acaso sejam feitas, precisam não esquecer da cultura e das circunstâncias de cada povo.

Esta é uma tarefa do jurista.

De fato, nas palavras de GERALDO ATALIBA, *não há nada mais prático do que uma boa teoria.*⁹⁵⁷

Ou, nas palavras de LOURIVAL VILANOVA, que encontra, no jurista, o *ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência.*⁹⁵⁸

Ou, ainda, como prefere dizer PAULO DE BARROS CARVALHO, lembrando a lição de PONTES DE MIRANDA, que não existe diferença entre teoria e prática, pois o que existe é o conhecimento do objeto: *“ou se conhece o objeto ou não se conhece o objeto.”*⁹⁵⁹

Enfim, o direito é, em grande medida, um fenômeno de linguagem, detendo um aparato coativo, que representa uma motivação significativa de modo a transformar comportamentos sociais. Mas a coercibilidade só não basta.

Assim, legislar é uma tarefa que exige grande responsabilidade; o que faz lembrar das conclusões de MARIA DA GLÓRIA FERREIRA GARCIA, em sua *A Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*.

MARIA DA GLÓRIA, após extrair do Renascimento a moldura de um conceito de poder, e das Revoluções Liberais a busca do compromisso entre o poder e a liberdade, chega ao Estado Social de Direito sublinhando a sua tarefa de tornar clara a necessidade de um algo mais: a responsabilidade.

⁹⁵⁷ Palavras de GERALDO ATALIBA, no Prefácio de Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. Dissertação de Doutorado de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1988, p. 14.

⁹⁵⁸ VILANOVA, Fundamentos do Estado de Direito. Revista de Direito Público 43/44, p. 21.

⁹⁵⁹ CARVALHO, PAULO DE BARROS. Direito Tributário – fundamentos jurídicos da incidência. Obra citada, 1998, ps. 05-06.



Disse a autora portuguesa, em torno da sua trilogia de equilíbrio - *poder-liberdade-responsabilidade*: “Um dos grandes contributos do século XX para a compreensão e consciencialização da vida social e política reside no facto de construir o Estado de Direito por sobre uma ideia de equilíbrio entre poder/liberdade/responsabilidade. Estes conceitos, que emergem da comunicação, ligam os elementos da sociedade numa teia de relações estreitas, através de proposições de dever cujo cumprimento funda o clima de confiança indispensável à concretização da paz social através da justiça, finalidades por excelência do Estado de direito.”⁹⁶⁰

A sensibilidade de quem legisla, embora a fixação da sanção ocupe um papel relevante como fixador da vontade, não pode desconhecer os valores mais caros que movimentam a comunidade, sob pena de lançar disposições estereis, não atingindo os objetivos perseguidos.

É, em parte, por isto, que um determinado dispositivo pode funcionar razoavelmente em um país, e não funcionar em outro.

Não se pode relegar a realidade histórico-social.

Isto não serve apenas para as medidas provisórias, porquanto seja um raciocínio bem mais geral.

Mas não é só a norma isolada a que me refiro, pois, dificilmente, um caso levado ao Judiciário merece a resposta deste Poder mediante a utilização de uma norma singular.

É, geralmente, necessária a utilização de várias normas simultaneamente.

É necessário aplicar o ordenamento jurídico como um todo.

E não funciona assim apenas nos casos de lacunas, conceitos indeterminados, cláusulas gerais.

Absolutamente, não.

⁹⁶⁰ GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS. A Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas. Conselho Económico e social. Lisboa. 1997, p. 91.



Isto ocorre diuturnamente.

É preciso compor normas materiais e processuais.

Frequentemente, percorre-se um longo caminho adaptando o sistema para a solução do caso concreto.

De posse de um conjunto de normas (regras e princípios, na terminologia de CANOTILHO)⁹⁶¹ forma-se como que uma nova norma, que busca resolver a contenda judicial.

Por este enfoque, esta nova norma será quase sempre implícita ao sistema, porquanto não encontrada, expressamente, em nenhum artigo de lei.

Daí, falar-se em norma implícita parece algo redundante, dado que é, na implicitude dos textos legais, que o juiz se socorre para proferir muitas das suas sentenças.

E esta constatação não se retira porque o Legislativo pode produzir leis que não sejam justas, ou em face da *tempestade interior* que, nestes casos, pode acometer o juiz.

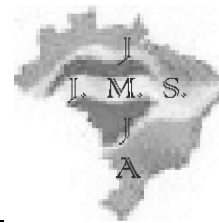
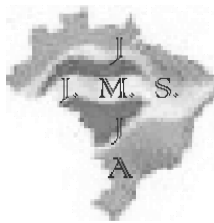
Mas porque, ao aplicar qualquer dispositivo jurídico, no mínimo, haverá, também, de aplicar a Constituição, não logrando exercer a sua tarefa mediante a utilização de uma norma isolada.

É no intervalo das possibilidades normativas que o juiz se movimentará, reconhecendo os limites que o sistema de referências normativas lhe impõe.

Leituras diferentes do mesmo sistema serão possíveis, o que não é de provocar surpresa; pois o direito se apresenta como um objeto cultural, verificando, nele, a presença de valores realizáveis, não sendo um produto pronto em parte alguma.

O que ocorre é que não se reinventando institutos, sendo menor a instabilidade legislativa e não sendo cedidos espaços à superficialidade momentânea do governo, em

⁹⁶¹ “As regras e os princípios são duas espécies de normas. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.” (CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1991, p. 172)



nome de um discutível pragmatismo, a insegurança decai; pois a jurisprudência começa a fazer uma leitura previsível dos valores fundamentais que a ordem jurídica preconiza, fornecendo ao indivíduo um clima de confiança nas ações e manifestações do Estado.

Este é um pressuposto importante para a vida, realmente, civilizada e produtiva.

Em um clima de relativa segurança, as iniciativas privadas terminam por ser estimuladas pelo Estado, não se dissipando as energias com maltratos e perseguições com providências provisórias.

A instabilidade legislativa desconserta, por si, o ambiente de um País, conspirando contra o direito, que termina por se revelar uma precária opção em momentos cada vez menores.

Mas não adianta apenas reclamar.

Estas situações de crescente falta de segurança jurídica exigem atitudes maduras, que venham a apresentar sugestões, fazendo instalar um clima de debate.

É na tentativa da observação imparcial que talvez possa ser realizado um trabalho que ofereça alternativas mais consistentes.

A pressa costuma ser inimiga da segurança, e uma conselheira sem alicerces.

Faz-se imperiosa a serenidade.

Isto não significa apatia, ou esquecimento do passado.

O passado não deve ser menosprezado, nem tampouco o que nele foi dito.

A arguida indeterminação das palavras de hoje pode ser melhor conduzida acaso venha a ser pensada em torno dos debates do passado.

Por exemplo, veja-se as anotações de RUY BARBOSA comentando a Constituição brasileira de 1891, ao tratar do que chamou de *loucuras com o nome de leis*.

No seu relato, há grande importância histórica, ao menos por dois motivos:



10.1. PARTE GERAL



1. ele acredita que a primeira Constituição da República Federativa do Brasil foi uma *cópia traço a traço* da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte⁹⁶²;
2. ele atribui ao Congresso Nacional uma atitude passiva diante do anseio presidencial de fazer leis.

Com a palavra RUY BARBOSA: “Aí está, senhores, como se prefigura o que ocorreria, no país donde trouxemos a nossa Constituição, nos Estados Unidos, se um Presidente, ensandecendo no seu cargo, se descocasasse ao extremo de fazer leis. Uma gargalhada ultra-homérica abalaria o continente e o mentecapto seria obrigado a internar-se num hospício de alienados.

Que é, pois, o que nos resta, aqui, de um tal sistema, copiado traço a traço por nós, daquela República, se os nossos Presidentes carimbam as suas loucuras com o nome de leis, e o Congresso Nacional, em vez de lhes mandar lavrar os passaportes para um hospício de orates, se associa ao despropósito do trasvairado, concordando no delírio, que devia reprimir ?”⁹⁶³

⁹⁶² Entre as principais características da Constituição norte-americana, destaco: a) é a mais antiga Constituição escrita em vigor no mundo, sendo de 1787; b) é uma Constituição relativamente curta, embora já haja sido aditada 27 (vinte e sete) vezes. As 10 (dez) primeiras Emendas foram ratificadas em 1791, e a última em 1992. Diferentemente da Europa, a idéia de uma organização política, através de representantes eleitos, não decorreu, nos Estados Unidos da América do Norte, de lembranças de um parlamentarismo feudal, mas da poderosa influência do puritanismo e do presbiterianismo. De fato, a maior *fluidez de classes*, embora no século XVIII ainda houvesse a escravidão e as restrições aos direitos das mulheres, foi um fio condutor do regime republicano em oposição à monarquia absoluta, afirmando a soberania popular. Contudo, a Constituição norte-americana, na sua redação original, não acolhia um Capítulo sobre *Direitos e Garantias individuais*, pois, somente alguns anos depois, surgiu a “*Bill of Rights*”, uma Declaração de direitos veiculada pelas 10 (dez) Emendas anteriormente referidas. Aos 17.09.2.001, comemorou-se os seus 214 (duzentos e quatorze) anos de vigência.

⁹⁶³ BARBOSA, RUY. Comentários à Constituição Federal Brasileira. Coleção Homero Pires. Vol. II. São Paulo. Editora Saraiva. 1933, p. 09.



Somos, portanto, como que prisioneiros da nossa história⁹⁶⁴, o que se, por um lado, pode trazer depreciações pessimistas; por outro, apresenta-se como um excelente elemento moldurador de certos conceitos à primeira vista indeterminados.

O passado pode ser propulsor de reformas que, muitas vezes, não precisam ser nas leis; mas no modo de pensar o direito; pois, embora não se deva negar o que passou, isto pode servir de lição para a construção de um futuro.

Repito que direito é tarefa que não encerra historicamente.

Assim, como mais um sustento do que digo, peço que se considere o caso das Súmulas como uma forma de se atribuir segurança jurídica, ou de se reduzir a indeterminação de conceitos e cláusulas gerais.

Ora, a partir dela não se recusa a investigação do caso concreto, o que ocorre é, apenas, a simplificação, em situações idênticas, assim aferidos depois de investigadas, conferindo uma maior previsibilidade para o Direito⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Por vezes, o passado pode ser reescrito, tal como fez GILBERTO FREYRE, segundo os comentários de PEDRO MÁRIO SOARES MARTINEZ, em *GILBERTO FREYRE – SÁBIO INOVADOR*: “Em torno da unidade económica e moral que era o engenho, GILBERTO FREYRE procedeu a uma revisão profunda da história económico-social do Brasil e, portanto, de Portugal. A sua cultura, a sua independência, o seu amor à verdade, destruíram a lenda de uma colonização económica confiada exclusivamente a santos e a heróis – lenda sem consistência, porque os heróis e os santos sempre foram poucos, não merecendo também geralmente crédito bastante para que se lhes entregasse a administração de empreendimentos de cujo êxito dependia a sobrevivência material de todos. Mas, com a mesma lucidez e com a mesma autoridade, GILBERTO FREYRE destruiu também a lenda negra da colonização portuguesa, assente na falsa premissa da absorção das riquezas naturais em proveito exclusivo da metrópole. Através da sua longa peregrinação pelo estrangeiro, sem se deslumbrar na contemplação dos esplendores alheios, GILBERTO FREYRE carregou materiais que lhe facilitariam a sua obra de desmistificação.” (Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XXVI. 1985. GILBERTO FREYRE – SÁBIO INOVADOR. Oração proferida pelo Professor Catedrático da Faculdade de Direito Doutor PEDRO MÁRIO SOARES MARTINEZ, na sessão da Universidade de Lisboa de 19 de novembro de 1985, na qual foi conferido a GILBERTO FREYRE o grau de doutor «honoris causa», p. 102)

⁹⁶⁵ Recordo das palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em seu *Da Inconstitucionalidade da Revogação dos Assentos*, quando afirma que as “generalizações fáceis são tanto ou mais conceitualistas do que o construtivismo que pretendem combater. Caso a caso deveria ter sido debatido o tema da (in)constitucionalidade dos assentos; caso a caso haverá de indagar a



Em outras palavras, a Súmula é também interpretável, não se podendo punir o juiz porque a interpretou.⁹⁶⁶

Além do mais, as Súmulas precisam ser alteráveis, sendo, perfeitamente, justificável à doutrina sinalizar a discordância.

É o que ocorre, no Brasil, em face da Súmula nº 584, que versa sobre o imposto de renda, e diz: *“Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração.”*

Em um ambiente científico, é possível construir interpretações diferentes daquela assumida pela Súmula, tal como o fez grande parte da doutrina brasileira, à frente GERALDO ATALIBA, dizendo sobre a necessidade de as questões tributárias serem enfrentadas tendo em conta de primeiro raciocínio o Texto da Constituição; o que, infelizmente, nem sempre ocorreria da parte do Supremo Tribunal Federal: *“Pois, os tributaristas brasileiros inventaram raciocínios técnicos tão particulares e peculiares – tão mesquinhos e miúdos, tão distanciados da teoria geral do direito, sobretudo das exigências básicas do direito constitucional – que conseguiram engendrar uma vasta e ‘sólida’ literatura, que ensejou, afinal, uma jurisprudência, pela palavra mais solene do Supremo Tribunal Federal, consagrado em súmula, autorizando aplicar-se a legislação do imposto de renda em vigor no momento do lançamento e não aquela vigente no momento em que acontecem os variados fatos que vão contribuindo para configurar a própria materialidade do fato impositivo (que só poderia ter efeito tributário com base em lei que lhes fosse anterior. Em outras palavras: o Supremo Tribunal Federal consagrou a pior interpretação, aquela que anulava, tornava inteiramente inoperante, sem significação e função, um dos*

(in)constitucionalidade da sua revogação” (Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I, ps. 799-811. Organização de JORGE MIRANDA. Coimbra Editora)

⁹⁶⁶ Faça esta referência tomando em conta os acirrados debates, no Brasil, sobre as denominadas *súmulas com efeitos vinculantes*. Nos termos do Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992 (Emenda JAIRO CARNEIRO), apresentado pela Comissão Especial, consta no § 4º, do art. 98: *“O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º, do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções.”*



princípios constitucionais básicos, cujas dimensões, como dito, são universalmente conhecidas há muitos séculos (além de dispostas no Texto Magno). ”⁹⁶⁷

Em outras palavras, a leitura de GERALDO ATALIBA acerca da anterior Constituição do Brasil (*e não perderia o vigor na atual Constituição*) discordava, frontalmente, daquela que lhe fazia o Supremo Tribunal, a quem atribuiu colher a pior teoria.

Ocorre que, havendo Súmula, e sendo permitido os debates, ainda há uma previsibilidade do resultado prático, sem impedir, com isto, a alteração do seu teor.

Em resumo, até as Súmulas de Jurisprudência não estão imunes a serem interpretadas, e podem mudar.

Pois bem, tudo o que até aqui foi dito teve o objetivo de esclarecer que as palavras da lei não são determinadas “a priori”⁹⁶⁸, embora uma relativa previsibilidade não seja uma atividade para além do conhecimento do homem.

Se nenhuma segurança houver, não haverá direito, nem bom, nem mal; nem de classe alguma.

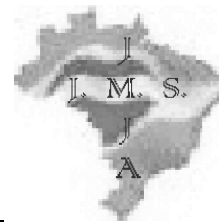
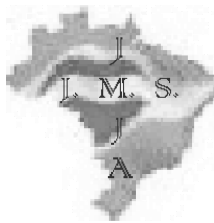
Em certas situações, contudo, o esforço poderá ser maior, ao menos, considerando a expressão em abstrato.

Refiro-me aos chamados conceitos indeterminados, às cláusulas gerais e aos tipos menos densos⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ Prefácio de GERALDO ATALIBA à Tese de Doutorado de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. Obra citada. 1988, ps. 09-10). Referia-se ao Texto da Constituição anterior do Brasil. Mas os debates continuam em torno da Constituição de outubro de 1988.

⁹⁶⁸ Sobre a pré-determinabilidade das decisões, considero que, em certa medida, ela possa existir, partindo o aplicador do direito de uma convicção prévia, indo, após, buscar os argumentos positivos para justificar aquilo que decide. Contudo, não generalizo este entendimento.

⁹⁶⁹ Em relação à boa fé, é o que diz ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO: “*Para a dogmatização da boa fé recorre-se a conceitos indeterminados, cláusulas gerais, tipos e padrões jurídicos; tais noções devem ser precisadas.*” (Da Boa Fé no Direito Civil. Obra citada. 1997, p. 1298)



Para fornecer uma noção daquilo que falo, recorrerei a ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, que, em sua Boa Fé no Direito Civil, formula lições no sentido do que sejam estas concepções⁹⁷⁰.

Sobre a idéia de conceito indeterminado, diz que é aquele que tem a característica de não permitir comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento.

Acrescenta que o domínio constitucional é próprio às indeterminações.⁹⁷¹

Acrescenta, ainda, que os conceitos indeterminados, embora vagos, não são, necessariamente, vazios, a exemplo do que ocorre com a boa fé subjetiva.⁹⁷²

Diz ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO que os termos ambíguos, por exemplo os legais, quando utilizados pelo aplicador, também exigem fundamentação uniforme; o que reduz a vaguidade: *“Em princípio, a indeterminação adveniente de polissemia, ambiguidade ou porosidade será menor do que na vaguidade, atingindo um grau máximo nos conceitos vazios; na realidade, ela relativiza-se, nas aplicações diversas, consoante as referências disponíveis. Na concretização de conceitos indefinidos, a retórica ganha um interesse particular. Uma vez que só uma decisão do intérprete - aplicador a pode levar a cabo, os factores que modelem a sua vontade apresentam-se como argumentos. A não arbitrariedade da solução cifra-se, nesta perspectiva, na autoridade diferente revestida pelos tópicos a considerar, a qual, objectivamente insuflada pelo Direito, permite, através da fundamentação, o controlo das decisões. (...) a segurança na valoração e o controlo*

⁹⁷⁰ CORDEIRO, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES. Da Boa Fé no Direito Civil. Obra citada. 1997, ps. 1176 e ss.

⁹⁷¹ Vide J. J. GOMES CANOTILHO, em Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas (Coimbra. Coimbra Editora Limitada. 1982, ps. 277 e ss. Este autor, citando RONALD DWORKIN, em *The Model of Rules*, I, 25 e ss. Refere-se que as regras estão na dimensão do *tudo ou nada*, enquanto os princípios são mais maleáveis e abstratos, funcionando como fundamentos para a aplicação das regras. Funcionam, assim, na dimensão do peso, sendo possível conflitos entre princípios, onde pela ponderação da importância de cada um deles, permite-se que um afaste o outro diante de um caso concreto, e continuem a convivendo, sem falar em revogação.

⁹⁷² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Da boa Fé no Direito Civil. Obra citada. 1997, p. 1189.



subsequente nunca atingem o grau de precisão próprio dos conceitos determinados ou das próprias decisões apoiadas em núcleos conceituais.”⁹⁷³

Repetindo o que foi dito: é em face da fundamentação que se permite o controle da atividade do intérprete-aplicador.

Sobre a noção de cláusula geral⁹⁷⁴, após declarar que elas vêm sendo muito discutidas, declina ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO que, pela extensão das mesmas, elas provocam recursos freqüentes a conceitos indeterminados.

E completa, pragmaticamente, dizendo que a indeterminação e as cláusulas gerais terminam por facilitar o trabalho do legislador, transferindo poder ao intérprete-aplicador, perturbando a repartição dos poderes: *“Na medida em que se associam a conceitos indeterminados, as cláusulas gerais deixam nas mãos do intérprete – aplicador um poder considerável, perturbando a repartição de poderes entre parlamento e tribunais e constituindo um factor suplementar de insegurança. Permitem, contudo, uma aplicação cuidada do direito, com limites, apenas, no nível conjuntural dominante no espaço jurídico e expresso pelo julgador, facilitando a actividade legislativa.”⁹⁷⁵*

Quanto aos tipos, diz que a doutrina sobre eles corresponde a uma *exigência geral do conhecimento humano*, havendo uma espécie de pré-figuração mediante o recurso ao *procedimento particular da antecipação de figurações mais características*.⁹⁷⁶

Assim, um tipo poderá ser mais ou menos determinado, a depender de como a forma básica se apresente⁹⁷⁷.

⁹⁷³ Da Boa Fé no Direito Civil. Obra citada. 1997, ps. 1180-1181.

⁹⁷⁴ “Como referência importante, deve dar-se, ainda, conta das conclusões cuidadas extraídas por GARSTKA, no seu estudo sobre cláusulas gerais, que o habilitam a defini-las como proposições jurídicas que «em relação com o seu contexto normativo, compreendem conceitos muito gerais ou muito indeterminados, se relacionam com previsões muito gerais ou sejam muito abstractas.” (Da Boa Fé no Direito Civil. Obra citada. 1997, p. 1182)

⁹⁷⁵ CORDEIRO, ANTÔNIO MENEZES. Da Boa Fé no Direito Civil. Obra citada. 1997, p. 1184.

⁹⁷⁶ CORDEIRO, ANTÔNIO MENEZES. Da Boa Fé no Direito Civil. Obra citada. 1997, ps. 1184-1187.

⁹⁷⁷ “Devem-se à doutrina alemã as primeiras referências a um princípio da tipicidade na tributação, normalmente relacionado, ou mesmo confundido, com o princípio da legalidade tributária. (...) Foi, como se sabe, ALBERT HENSEL quem pela primeira vez atribuiu ao



Não destoando muito disto, encontro JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em seu “O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira”, que, ao tratar do significado das tipologias legais, afirma como a figura dos conceitos vem cedendo à noção dos tipos menos densos: “A *descrença nos conceitos trouxe para o primeiro plano da ciência moderna a noção de tipo. (...) O tipo tem fronteiras por natureza fluidas. Resulta de uma descrição dum elenco de características relevantes, mas as figuras que ocorram podem reunir um número maior ou menor dessas características, sem deixarem de poder ser referidas a ele. Pelo contrário, um conceito é definido, e as figuras que não possam subsumir-se à definição não podem integrar-se no conceito.*”⁹⁷⁸

De fato, no Brasil, sobre o tema *tipo* há uma obra que recebeu grande destaque a partir do final da década de 80.

Refiro-me a *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, que formulou uma tese de doutoramento, de cujas conclusões extraio alguns trechos.

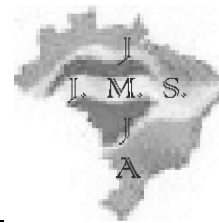
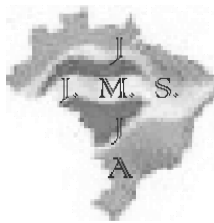
Entre o que realço, destaco que o tipo funciona como sendo uma forma básica decorrente ou da repetitividade real ou de um modelo-padrão pretendido idealmente.

Assim, haveria como que um *tipo real* e um *tipo ideal*.

Veja-se o entendimento de MISABEL DERZI que, após afirmar sobre a existência das várias acepções do que seja o *tipo*, destaca o significado da “forma básica”, do “modelo padrão”: “*Dentro da Ciência do Direito, destacamos o uso da palavra tipo em três importantes e distintas acepções, a saber, tipo como ordenação do conhecimento em ordens que admitem as transições fluidas e contínuas, tipo como sinônimo de Tatbestand ou suposto fático da norma jurídica e tipo como técnica administrativa ou judicial de*

Tatbestand tributário lugar de relevo na dogmática do Direito Fiscal, definindo-o como o conjunto dos pressupostos abstratos contidos nas normas tributárias materiais, cuja verificação concreta desencadeia efeitos jurídicos determinados.” (XAVIER, ALBERTO PINHEIRO. Conceito e Natureza do Acto Tributário. Dissertação de Doutorado em ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito de Lisboa. 1972, ps. 263-264)

⁹⁷⁸ ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. O direito. introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 10ª ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, p. 453.



simplificação da execução das leis (especialmente leis tributárias). (...) Apesar de apontarmos as três inconfundíveis acepções com que o termo vem sendo aplicado ao Direito, registramos que existe um conceito derivado das notas comuns a cada um desses diversos usos de tipo.

Essas notas prendem-se, especialmente, ao significado de tipo como cópia ou forma básica comum a vários seres distintos. Como cópia ou clichê de fatos, o tipo guarda maior proximidade à realidade e representa a repetitividade de fenômenos semelhantes. Quer essa cópia ou forma básica seja considerada como descritiva da realidade, quer assuma a concepção de modelo-padrão ideal a ser seguido ou de forma total ou íntegra, subjaz sempre a idéia de que o tipo detém maior ‘concretude’ do que o conceito amplamente abstrato, vale dizer, contém ricas notas referenciais ao objeto, por via das quais se dá a especificação.”⁹⁷⁹

Finalmente, sobre os chamados *padrões jurídicos*, diz ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO que eles *correspondem a um alcance médio ou a uma bitola normal, fazendo referência ao senso comum, ao tráfego natural das coisas.*

E arremata o mesmo autor: “*Procurando precisar a ideia de ESSER, STRACHE procede à aproximação entre padrões e tipos jurídicos, acabando por descobrir naqueles, tipos normais ou, de modo mais preciso, visto implicarem elementos empíricos, tipos reais.*”⁹⁸⁰

Ora, quer através de conceitos determinados ou indeterminados, cláusulas mais ou menos gerais, tipos, padrões etc. não pode o órgão julgador esquecer que, dificilmente, ele aplicará uma norma isoladamente ao caso concreto.

Ele, o aplicador, terá de fazer o retorno do seu raciocínio à norma constitucional (*limites e fundamentos*); pois é este o seu ponto de partida, a sua tábua de referência.

Pensando assim, de logo se afasta o temor de transformar o Judiciário em um órgão acima dos demais, pois ele também deve obediência à Constituição, respondendo, de

⁹⁷⁹ DERZI, MISABEL DE ABREU MACHADO. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. Obra citada. 1988, ps. 285-286.

⁹⁸⁰ CORDEIRO, ANTÔNIO MENEZES. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Obra citada. 1997, ps. 1187-1188.



acordo com o sistema jurídico brasileiro, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (*atos contrários à Constituição*), perante o Senado Federal.⁹⁸¹

Sem a possibilidade de responsabilização, não cabem ser atribuídos poderes.

Poder e Responsabilidade. Um não vive sem o outro, sob pena de advir o arbítrio, e a mais completa insegurança.

Agora, e de posse de todos estes elementos, realizo o aprofundamento, no Texto Constitucional brasileiro de outubro de 1988, particularmente no que se refere às oportunidades em que ele prevê os conceitos de *relevância* e de *urgência*.

1. Relevância.

Primeiramente, retiro da Constituição brasileira de outubro de 1988, as oportunidades em que menciona o conceito de relevância.

Dizem respeito:

1. ao comparecimento de Ministros de Estado ao Senado Federal, Câmara dos Deputados ou às suas Comissões, por iniciativa do próprio Ministro, ou em atendimento à Mesa respectiva. (art. 50, § 1º);
2. às medidas provisórias (art. 62);
3. à competência do Conselho da República (art. 90, inc. II);
4. à função institucional do Ministério Público de zelar pelos serviços de relevância pública (art. 129, inc. II);
5. à situação justificadora de empréstimo compulsório (art. 148, II);

⁹⁸¹ Constituição do Brasil. “Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: (...) II- processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.*”



6. à exploração direta pelo Estado da atividade econômica (art. 173);

7. às ações e serviços de saúde (art. 197).

8. a exploração das riquezas naturais dos solos, dos rios e dos lagos em terras indígenas, mediante o interesse da União veiculado através de lei complementar (art. 231, § 6º);

9. ao Fundo Social de Emergência (art. 71, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

São as citações constitucionais:

“Art. 50. § 1º.

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.

§ 1º. Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.”

“Art. 62.

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.” (Texto originário)

“Art. 90, inc. II.

Art. 90. Compete ao Conselho da República (órgão superior de consulta do Presidente da República) pronunciar-se sobre:

(...)

II- as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.”

“Art. 129, inc. II.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II- zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”.

“Art. 148, inc. II.

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

(...)

II- no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b (princípio da anterioridade pelo exercício financeiro).”

“Art. 173, “caput”.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividades econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”



“Art. 197.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

“Art. 231, § 6º.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.”

“Art. 71, “caput”, do Ato das disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 71. É instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, bem assim nos períodos de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997 e 1º de julho de 1997 a 31 de dezembro de 1999, o Fundo Social de emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, incluindo a complementação de recursos de que trata o § 3º, do art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁹⁸², benefícios

⁹⁸² Constituição do Brasil “Art. 60. (...)”



previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e despesas orçamentárias associadas a programas de relevante interesse econômico e social.”

Portanto, a Constituição de outubro de 1988, não se referiu à relevância apenas como pressuposto de admissibilidade das medidas provisórias presidenciais, não fazendo nenhuma ressalva ao senso comum.

Desta ordem, o Congresso Nacional tem, em seu juízo político, a alternativa de recusar a relevância dos fundamentos presidenciais (Exposição de Motivos da medida provisória)⁹⁸³, e o Judiciário o dever de controlar os fundamentos materiais e procedimentais de constitucionalidade de cada medida de per si.

2. Urgência.

Quanto à urgência, a Constituição de outubro de 1988 também previu este conceito várias vezes.

Nesta esfera, além de ser pressuposto de admissibilidade das medidas provisórias presidenciais, a urgência aparece para efeito de convocação extraordinária do Congresso Nacional, para facultar o aceleração, a pedido do Presidente da República, na apreciação de Projeto de lei de sua iniciativa, para justificar a abertura de crédito extraordinário e para permitir o antigo empréstimo compulsório que era cobrado em favor das Centrais Elétricas Brasileiras (ELETROBRÁS).

São as citações constitucionais:

§ 3º. A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1º, sempre que, em cada Estado e no distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. (refere-se ao desenvolvimento e à manutenção do ensino fundamental para o qual foi prevista a criação de um Fundo). Vide Emenda Constitucional nº 14, de 12.09.96.”

⁹⁸³ Projeto de Lei Complementar nº 223, de 1990: “Art. 1º. (...)”

§ 2º. A mensagem será acompanhada de exposição de motivos circunstanciada, contendo:

I- razões que justifique a urgência da iniciativa e relevância da matéria versada;

II- fundamentos da constitucionalidade e da juridicidade da proposição; e

III- minuciosa descrição das circunstâncias conjunturais que evidencie a oportunidade e a conveniência do mérito das inovações pretendidas.”



“Art. 57, § 6º, inc. II.

Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

(...)

§ 6º. A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

(...)

II- pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante.”

“Art. 62.

(Este artigo trata das medidas provisórias, e há pouco, foi reproduzido).”

“Art. 64, § 1º.

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.”

“Art. 148, inc. II.

(Este artigo já foi reproduzido)”

“Art. 167, § 3º.

Art. 167. (...)



§ 3º. A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”

“Art. 34, § 12, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 01, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 12. A urgência prevista no art. 148, II⁹⁸⁴, não prejudica a cobrança do empréstimo compulsório instituído, em benefício das Centrais Elétricas Brasileiras S. A (Eletrobrás), pela Lei nº 4.158, de 28 de novembro de 1962, com as alterações posteriores.”

Como se vê, a expressão da urgência não é solteira no Texto Constitucional brasileiro.

Merecendo de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em se tratando de medidas provisórias, o comentário de que a pragmatização da urgência se opera conforme o senso comum, sendo urgente aquilo que não pode ser adiado sem provocar sérios riscos de efeitos desastrosos.

Acrescenta, também, que a própria Constituição, ao prever a possibilidade de o Presidente da República solicitar urgência para os projetos de sua iniciativa, revelou que se for possível esperar o decurso deste prazo, não haverá a urgência habilitadora para utilização do expediente excepcional da medida provisória.

Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é preciso descobrir diferentes degraus de urgência no Texto Constitucional brasileiro, entre eles a urgência das medidas provisórias e a urgência de um projeto de lei da iniciativa

⁹⁸⁴ Constituição do Brasil. “Art. 148. A União, mediante lei complementar poderá instituir empréstimos compulsórios: (...) II- no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b (princípio da anterioridade pelo exercício financeiro).”



presidencial: *“Que é urgência? Que coisa deve ser havida como urgente ? Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou no mínimo, existirão sérios efeitos desastrosos em caso de demora.*

Acresce, que, ante o Texto Constitucional, existe ainda um parâmetro suplementar: para fins do art. 62 não será em hipótese alguma configurável como urgente aquilo que possa aguardar, sem comprometimento do interesse público, o prazo necessário para que o Congresso Nacional aprecie projeto de lei de iniciativa do Executivo para o qual este haja solicitado o regime de tramitação urgente, previsto nos §§ 1º a 4º, do art. 64.”

E prossegue CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, detalhando a urgência do projeto de lei da iniciativa presidencial, apresentando prazos matemáticos precisos: *“De acordo com o § 2º, se ‘a Câmara dos Deputados e o Senado não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até 45 dias sobre a posição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.’ Mesmo a apreciação, pela Câmara, das emendas feitas pelo Senado, submetem-se a um prazo para serem votadas: 10 dias, conforme prevê o § 3º.”*⁹⁸⁵

Pois bem, demonstradas as hipóteses constitucionais de relevância e de urgência, será especificado, ainda mais, o estudo.

Agora, dentro dos estritos lindes da medida provisória no Brasil.

É o tema a seguir.

⁹⁸⁵ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. Revista de Direito Público nº 95, p. 29-30, julho / setembro de 1990. São Paulo.



10.2. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.⁹⁸⁶

“O processo representa o ‘momento mais crítico de todo ordenamento’, observa ainda CAPOGRASSI (Intorno al Processo, p. 263), porque nele se desenvolve precisamente o ponto crucial desse ordenamento jurídico, o paradoxo da unidade que inclui em si os sujeitos que a formam, e, ao mesmo tempo, tem, perante si, a autonomia destes sujeitos singulares.” (CZERNA, RENATO CIRELL. Ensaio de Filosofia Jurídica e Social. Notas sobre o Problema da Certeza do Direito. São Paulo. Editora Saraiva. 1965, ps. 230-231)

HEINRICH HENKEL, em sua Introdução à Filosofia do Direito, adverte que estes conceitos jurídicos havidos como indeterminados exigem, por sua própria natureza, uma integração valorativa mais destacada, permitindo um maior espaço de liberdade na sua formulação geral.⁹⁸⁷

O que não impede que se tome em conta as circunstâncias juridicamente relevantes da individualidade do caso concreto ou sob análise.

A jurisprudência nacional não os desconhece, falando sobre eles em esporádicas situações, tal quando analisa a concessão de medida liminar em mandado de segurança,

⁹⁸⁶ Aos 08 de agosto de 2.001, a Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE estava realizando pesquisa, entre os seus associados, pela INTERNET, cuja pergunta era a seguinte: *Limitação das Medidas Provisórias – Você acha que os juizes federais podem controlar a existência de “relevância” e “urgência” nas medidas provisórias editadas pelo Governo?* O resultado até então era: SIM (96,00%). NÃO (4,00%).

⁹⁸⁷ HENKEL, HEINRICH. *Introducción a la Filosofia del Derecho*. Tradução de ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. Madrid. Editora Taurus. 1968, ps. 582 e ss.



frente à exigência legal do *relevante fundamento*⁹⁸⁸; ou ao dispor sobre o que seja *apreciação equitativa do juiz* para a fixação de honorários de advogado.⁹⁸⁹

Por si sós, estes conceitos não devem ser rejeitados de plano; pois permitem a atualização do direito sem o recurso à *inflação normativa* instabilizadora, havendo a necessidade de se procurar encontrar o equilíbrio pelo não exagero das suas utilizações.

Os conceitos indeterminados fornecem linhas diretivas que podem orientar as sentenças, ou, então, como na situação das medidas provisórias, permitem ao Legislativo conformar um juízo político conjunto com o Executivo.

Explico melhor o que digo.

Para o Presidente da República editar uma medida provisória, ele precisa estar convicto de que os requisitos constitucionais prévios da relevância e da urgência estejam presentes.

Mas esta sua convicção não basta, exigindo-se a ratificação do Legislativo.

Assim, Executivo e Legislativo têm a responsabilidade conjunta de determinar, em cada medida provisória, o que, em abstrato, é indeterminado.

Afinal, conceitos jurídicos indeterminados (*a priori*), na análise de cada caso (*a posteriori*), podem ser melhor demonstrados.

Assim, ressalta a importância da Exposição dos Motivos presidenciais que justificam a medida provisória sob cotejo.

⁹⁸⁸ Tribunal Regional da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 3026467. 1997. São Paulo. 4ª Turma. DJ 03.02.98, p. 324. Relatora Juíza LÚCIA FIGUEIREDO. Unânime. Decidiu por não existir o relevante fundamento, em face do julgamento do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras – CPMF.

⁹⁸⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 130430. 1997. São Paulo. 2ª Turma. DJ 15.12.97, p. 66362. Relator Ministro ARI PARGLENDER. Unânime. Decidiu que a expressão “apreciação equitativa do juiz” constitui conceito jurídico indeterminado, *dependente sempre do caso concreto, a cujas peculiaridades o recurso especial não pode descer*.



É a divisão da responsabilidade política.

Cabe, neste estágio, perquirir sobre a atuação do Judiciário nesta esfera.

Deteria este Poder atribuições constitucionais para sindicar estes pressupostos (*relevância e urgência*), ou eles teriam caráter meramente político; e, portanto, seriam impassíveis de apreciação judicial⁹⁹⁰ ?

É a célebre questão dos freios e dos contrapesos, de modo a não transformar nenhum dos Poderes em um super-Poder.

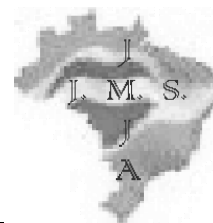
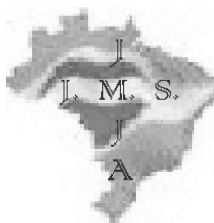
Ora, não se trata, aqui, de fazer uma reformulação da teoria das funções do Estado; mas, apenas, de refletir sobre como o Judiciário brasileiro vem se comportando diante desta importante questão.

Com esta fronteira, saliento, apenas a título de exemplo, e tomando em conta o direito comparado, que o Tribunal Constitucional espanhol considera possível controlar juridicamente a existência dos pressupostos habilitadores do Decreto-lei, podendo concluir pelo seu uso abusivo ou arbitrário, desde que, em seu entendimento, os órgãos políticos não tenham se submetido às definições de *relevância* e de *necessidade*.⁹⁹¹

⁹⁹⁰ Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI- a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (...)”.

⁹⁹¹ Vide SS 29/1982, de 31-5 e 111/1983, 2-12. Extraído de Constituição Espanhola. 2ª ed. preparada por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, JOAQUÍN HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO e JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ. Editorial Colex. 1993, p. 377.

Veja-se o art. 86, da Constituição espanhola, de 1978: “Art. 86. No caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá editar disposições legislativas provisórias, que tomarão a forma de Decretos-leis e que não podem atingir a regulamentação das instituições básicas do Estado, nem aos direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, ou ao regime das Comunidades Autônomas bem ao Direito eleitoral geral. Os Decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e à votação pela totalidade do Congresso dos Deputados, convocado no caso de não estar reunido, no prazo de 30 dias, seguintes à sua promulgação. O Congresso deverá pronunciar-se expressamente dentro do referido prazo sobre a sua convalidação ou derrogação, para o que o Regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário.



Em Portugal, analisando o art. 409º, do Código Administrativo⁹⁹², DIOGO FREITAS DO AMARAL, em seu Curso de Direito Administrativo, Vol. I, comenta que a análise da *urgência e da necessidade pública* deve ser controlada pelos tribunais administrativos, que poderiam anular os atos praticados pelo Governador Civil, acaso considerassem que não estava presente um caso de *extrema urgência e necessidade pública*. Vai além, ao afirmar que esta norma confere ao Governador Civil a possibilidade de “*invadir competência alheia*”, embora não lhe dê o direito de “*praticar actos ilícitos ou actos ilegais quanto ao seu objecto ou conteúdo*”; dizendo, ainda, que, quanto à forma, estes atos deverão, em princípio, respeitar às exigências legais, “*ressalvadas as excepções decorrentes da teoria do ‘estado de necessidade’ que forem aplicáveis*”.

No Brasil, em regra geral, não parece ser esta a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a *relevância* e a *urgência*, previstas no *caput* do art. 62.

Comprovando o que digo, relaciono os seus Acórdãos na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Cautelar nº 1417 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Cautelar nº 1667.⁹⁹³

A conclusão do mais elevado Tribunal brasileiro, nestes Acórdãos, é a de que *não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios da relevância e da urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória*.

Durante o prazo estabelecido anteriormente, as Cortes poderão tramitá-los como projetos de lei seguindo o procedimento de urgência.”

⁹⁹² Código Administrativo português: “Art. 409º. Nos casos de extrema urgência e necessidade pública, pode o Governador Civil tomar providências administrativas indispensáveis, solicitando, logo que lhe seja possível, a ratificação pelo Governo dos actos que tiver praticado fora da sua competência normal.” Vide AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Vol. I. Portugal. Livraria Almedina. 1986, ps. 409-410.

⁹⁹³ Vide Diário de Justiça de 21.11.97, p. 60586. Ementário Vol. 1892, p. 315. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Julgamento pelo Tribunal Pleno em 25.09.97. Por maioria.

Substancialmente, na ADIn. nº 1667, veio o Supremo Tribunal Federal a admitir o entendimento de que resta assentado, na mais Alta Corte, como legítima a disciplina sobre matéria tributária por medida provisória. Nesta Decisão, acrescenta-se que é pacífico, neste Alto Tribunal, o entendimento da legitimidade da disciplina de matéria tributária por meio de medida provisória, *instrumento a que a Constituição confere força de lei* (ver, também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar nº 1417).



Entretanto, não podem passar despercebidas três Decisões do Supremo Tribunal Federal, que permitem concluir que, em situações excepcionais, haveria a possibilidade da censura jurisdicional quanto a estes dois pressupostos.

Pelo elevado teor polêmico desta afirmação de agora, e de modo a melhor permitir ponderar sobre ela, destaco três importantes Arestos com esteio nos quais me baseio.

São os Acórdãos que destaco:

1. O primeiro diz respeito à prisão temporária, que foi instituída pela Medida Provisória nº 111/89⁹⁹⁴.

No caso, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade do controle judicial naquilo que chamou de *excesso do poder de legislar*, não reconhecendo, contudo, ser esta a hipótese em julgamento.

Grifou, também, no sentido de que, em princípio, os conceitos de relevância e de urgência ficam na esfera do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República.

Eis o Acórdão:

“(...) Os conceitos de relevância e urgência a que se refere o art. 62, da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias,

⁹⁹⁴ Vide Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) LXI- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII- a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII- o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado; LXIV- o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Discutia-se, nesta Ação direta de Inconstitucionalidade a compatibilidade entre o art. 3º, da Medida Provisória nº 111 e o inc. LXIII, do art. 5º, da atual Constituição. O Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de liminar.



decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto (...). Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 162. Julgamento em 14.12.89. Por maioria. DJ 19.09.97, p. 45525. Ementário Vol. 1883-01, p. 01. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Tribunal Pleno.”

2.O segundo diz respeito à Medida Provisória nº 1577-6/97, que ampliou o prazo decadencial de dois para cinco anos quanto à propositura de ação rescisória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como pelas suas respectivas autarquias e fundações públicas.

Esta Medida Provisória criou, ainda, em favor das mesmas entidades públicas, uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças indenizatórias de expropriação, que trouxessem valores, flagrantemente, superiores aos preços de mercado.

A liminar foi deferida.⁹⁹⁵

Quanto à relevância e à urgência, admitiu o Supremo Tribunal Federal que, por exceção, cabia se falar na censura jurisdicional destes requisitos.

Mais: decidiu pela inexistência da preliminar de urgência quanto à ampliação, por medida provisória, das hipóteses de rescindibilidade; a reconhecendo duvidosa quanto à extensão do prazo de propositura da ação rescisória.

Eis o Acórdão:

“(…). 1. Medida Provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a

⁹⁹⁵ O argumento utilizado para o deferimento da liminar calcou-se no art. 5º, inc. I e LIV:: “Art. 5º. (...) I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.



ampliação do prazo de decadência – é, pelo menos, duvidosa. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1753. Julgamento em 16.04.98. Unânime. DJ 12.06.98, p. 51. Ementário Vol. 1914-01, p. 40. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno.*”

3. O terceiro Acórdão admitiu, em princípio, o caráter político dos requisitos da urgência e da relevância, cuja apreciação ficaria por conta do Executivo e do Legislativo, ressalvando, contudo, o Supremo Tribunal: *a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente*⁹⁹⁶.

“(...) Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente.

*No sentido de que urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia: RE 62.739-São Paulo, ALIOMAR BALEEIRO. Plenário, Revista Trimestral de Jurisprudência 44/54; Revista de Direito Público 5/223. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1397. Julgamento em 28.04.97. Por maioria. DJ 27.06.97, p. 30224. Ementário Vol. 1875-02, p. 317. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Tribunal Pleno.*⁹⁹⁷”

⁹⁹⁶ Neste Acórdão, também foi decidido como possível juridicamente a reedição de medida provisória não rejeitada, expressamente, pelo Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 295. Distrito Federal e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1516. Roraima.

⁹⁹⁷ Neste mesmo sentido: Recurso Extraordinário nº 221856. 1998. Pernambuco. 2ª Turma. DJ 07.08.98, p. 67. Ementário Vol. 1917-14, p. 2865. Recurso Extraordinário nº 223217. 1998. Pernambuco. 2ª Turma. DJ 07.08.98, p. 68. Ementário Vol. 1917-15, p. 3150.



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS

“A marca da autenticidade patenteia que o compromisso com a mudança foi cumprido com 69,65% de renovação no colegiado legislativo, nele se incorporando 26 mulheres, participação inédita na história parlamentar brasileira. Outro ineditismo, em termos internos, é que na proporção de 67,57%, demograficamente, o Brasil é hoje um país urbano e não rural, característica populacional das constituintes predecessoras. A convivência, os veículos de comunicação de massa, a acessibilidade de Brasília, a conseqüente organização da sociedade em milhares de sindicatos, entidades e associações, que nesse volume inexistia anteriormente, asseguram, através da efetividade da participação e da pressão legítima, o exercício de salutar democracia direta.” (O Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte – 1987. Presidente ULYSSES GUIMARÃES, em discurso anterior à promulgação do Regimento).⁹⁹⁸

Ainda durante a vigência do Decreto-lei na Constituição de janeiro de 1967, o saudoso GERALDO ATALIBA, analisando o pressuposto da urgência como deflagrador da competência presidencial, afirmava que o Texto Constitucional oferecia um critério *seguro e imposterável, obrigatório, quer para o agente (o Presidente da República), quer para o intérprete.*⁹⁹⁹

O critério que encontrava era o de que não teria cabimento recorrer à edição do Decreto-lei, que deveria ser excepcional, se o pedido presidencial de urgência para a análise do Projeto de Lei, encaminhado ao Congresso Nacional, implicasse no cumprimento de prazos suficientes, de modo a evitar efeitos danosos ao Estado e ao interesse público.

Se a solução pudesse ser dada por lei, não caberia o recurso ao Decreto-lei.

⁹⁹⁸ Extraído de PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, p. 855.

⁹⁹⁹ ATALIBA, GERALDO. O Decreto-lei na Constituição de 1967. Editora Revista dos Tribunais. Novembro de 1967, ps. 31-32.



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



Fazer o contrário, implicaria em fraudar a Constituição.

Acrescenta, ainda, que a única hipótese que justificava abandonar este critério incorreria nos períodos de recesso do Congresso Nacional.

Não haveria, assim, um livre arbítrio presidencial, de modo que o Presidente da República pudesse agir segundo o seu bel prazer.

E isto foi dito na década de 60, quando o Brasil estava imerso em mais um intervalo autoritário.

Portanto, o tema posto em discussão não é tão novo, e, também por isto, considero importante conceder uma atenção especial sobre o estágio de evolução que o tempo lhe permitiu atingir.

A análise dos trabalhos legislativos que, agora, farei será específica, voltando as suas atenções para os conceitos de *relevante* e *urgente*.

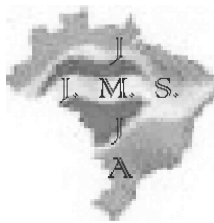
Começo a minha investigação legislativa, abstraindo a análise formal de veículo introdutor¹⁰⁰⁰, a partir do Projeto de Lei Complementar, do Deputado TARSO GENRO (07.05.90).

Na Justificativa que imprimiu ao seu Projeto, argumentou que o Executivo não deve estar livre para tomar quaisquer medidas, e muito menos de caráter legislativo.

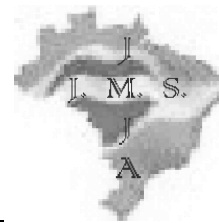
Assim o é porque, em um Estado de Direito, o Legislativo precisa impedir que se invada as suas prerrogativas e competências constitucionais.

Embora reconhecendo a relevância e a urgência como *juízos de valor*, advoga a divisão da responsabilidade política entre o Congresso Nacional e o Presidente da República.

¹⁰⁰⁰ Tenho comigo que qualquer restrição aos poderes presidenciais à edição das medidas provisórias deve ser veiculada por Emenda Constitucional; ou, então, retirada, sistematicamente, dos dispositivos constitucionais já existentes.



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



Para o Projeto, casos urgentes e relevantes são aqueles que *proporcionam danos irreparáveis à economia nacional, ou ameacem a existência da União e a forma federativa do Estado* (art. 1º.).

Além do que, enfatiza a necessidade de uma Exposição de Motivos circunstanciada, prevenindo sobre as consequências da não utilização presidencial da prerrogativa de emitir as medidas provisórias. (art. 3º.)

Aduz, também, que se o Congresso Nacional não apreciasse a medida provisória no prazo de cinco dias, naquilo que respeita à relevância e à urgência, esta deveria ser considerada rejeitada (art. 4º.), por considerar que o silêncio implicava no desabono congressual da urgência.

Também o Projeto de Lei Complementar nº 223-b/90 - apresentado pelos Deputados NELSON JOBIM (hoje, Ministro do Supremo Tribunal Federal), ADYLSO MOTA, PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, JOSÉ SERRA e HAROLDO LIMA - é de merecer destaque.

Neste Projeto, esclarece-se que se a medida provisória for inadmitida por carência dos requisitos de ser relevante e urgente, fica, terminantemente, vedada a sua reedição na mesma sessão legislativa, convertendo-se em Projeto de lei, a que se permitirá a urgência constitucional.

Esta segunda urgência vem assim definida no art. 64, § § 1º e 2º: “Art. 64. (...) §1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.”

Aqui, cabe a comparação com o que dizia a Constituição de janeiro de 1967, no art. 51, § 2º: “Art. 51. (...) § 2º. Se o Presidente da República julgar urgente o projeto, poderá solicitar que a sua apreciação seja feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro do prazo de quarenta dias. § 3º. Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.”



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



De fato, pela Constituição anterior, o Presidente da República, se julgasse conveniente a deliberação urgente do Congresso Nacional sobre o Projeto de lei, a solicitava mediante deliberação, em sessão conjunta, no prazo de 40 dias, contados do recebimento do Projeto, mais dez sessões subseqüentes em dias sucessivos.

Se permanecesse o silêncio, o Projeto de lei era considerado aprovado.

Na Constituição de outubro de 1988, não se prevê o procedimento concentrado das duas Casas Legislativas.

Também não há qualquer referência à aprovação tácita, se advier o final do prazo fixado para deliberação.

Especialmente quanto às medidas provisórias, a Constituição de outubro de 1988, no § 6º, do art. 66, acrescentou: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação, enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...) § 6º. Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido para a apreciação do veto presidencial (sessão conjunta), ele será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias veiculadas por medidas provisórias.”

Por este dispositivo, que se distingue da outrora prevista manutenção de veto em face do silêncio congressual (art. 59, § 4º, da Constituição de janeiro de 1967), constata-se, mais uma vez, a não previsão da aceitação tácita da vontade do Executivo.

Quanto às medidas provisórias, a particularidade é a de que elas têm precedência no exame pelo Congresso Nacional, inclusive sobre os vetos presidenciais.

A matéria da urgência tem sede própria nos Regimentos Internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Como são bastante parecidos, reservo o conhecimento, apenas, das principais disposições, neste assunto, do Regimento Interno do Senado Federal, que foi aprovado pela Resolução nº 93, de 1970, alterada pela Resolução nº 18, de 1989 e outras posteriores, relacionando o texto, atualmente, consolidado.



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



Afora o art. 163, é, basicamente, a partir do art. 336 que o tema da urgência vem tratado.

Evidentemente que não especificarei, aqui, os detalhes procedimentais.

Contudo, quero frisar que existem certas hipóteses onde há uma espécie de urgência presumida, onde não se faz necessário nem mesmo a solicitação neste sentido.

Refiro-me ao previsto no art. 353, do referido Regimento, que presume urgente a autorização ao Presidente da República para a declaração de guerra, celebração de paz, permissão para forças estrangeiras transitarem pelo território brasileiro, ou nele permanecerem temporariamente; bem como que impliquem em aprovação do estado de defesa e intervenção federal, ou autorização do estado de sítio; além da suspensão de quaisquer dessas medidas.

O art. 336 é o que fixa as hipóteses onde a urgência pode vir a ser requerida. Entre elas, encontra-se as situações de perigo para a segurança nacional ou que exijam providências para atender à calamidade pública.

Enfim, o conceito de urgência, que, à primeira vista parece indeterminado, vai adquirindo densidades mais específicas à medida em que se dá a aproximação do caso concreto.

Um outro ponto que costuma ser discutido nos debates sobre a urgência requisitada para edição de medidas provisórias é aquele que adverte sobre o problema de a urgência poder, ou não, ser desconstituída.

Sim. Porque, sendo isto possível, o Presidente poderia editar uma medida provisória, por considerar a existência deste pressuposto, e, mais adiante, pretender retirá-la da apreciação do Congresso Nacional, sob o argumento de que aquilo que era urgente o deixou de ser.

Pondera-se, portanto, sobre a natureza emergencial da medida provisória; e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de o Presidente da República suprimir a sua análise, quer pela retirada, quer pela revogação total ou parcial do seu texto.



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



No Substitutivo da Comissão de Constituição, Justiça e Redação ao Projeto de Lei Complementar nº 223/90, vem, no art. 9º, uma regulamentação impeditiva a partir da publicação da medida provisória no Diário Oficial (art. 1º).

São os teores dos arts. 9º e 1º, respectivamente:

“Art. 9º. Desde a publicação a que se refere o art. 1º desta lei complementar, a medida provisória é insuscetível de retirada ou de revogação, ab-rogação, modificação ou suspensão de sua eficácia por outra medida provisória.

(...)

Art. 1º. O Presidente da República, em caso de relevância e urgência, poderá editar medida provisória, com força de lei, que será examinada pelo Congresso Nacional nos trinta dias subsequentes à publicação no Diário Oficial (...).”

Porém, tenho comigo que uma das questões mais intrincadas em torno do requisito da urgência é a que apresentarei em seguida.

Antes de expô-la, é preciso recorrer ao senso comum para indagar se algo que exige um intervalo de um exercício financeiro (ano civil)¹⁰⁰¹, ou a passagem de noventa dias, pode ser considerado como urgente.

Em princípio, entendo que não.

Contudo, não parece ser esta a conclusão do Supremo Tribunal Federal.

Não são poucos os seus Acórdãos que sinalizam claramente o que digo, abrindo espaço às medidas provisórias em matéria tributária, mesmo que submetida ao princípio constitucional da anterioridade quer pelo exercício financeiro, quer pela necessidade de respeito ao prazo nonagesimal.

¹⁰⁰¹ Lei nº 4320, de 17.03.64 (Normas Gerais de Direito Financeiro para a elaboração e o controle dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal). Título IV. Do Exercício Financeiro (arts. 34-39). Art. 34. *O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.*”



Isto ocorre porque parece assente o entendimento de que o prazo dos noventa dias, exigido pelo § 6º, do art. 195, da atual Constituição brasileira¹⁰⁰², para a cobrança das contribuições sociais em favor da seguridade social, começa a ser computado a partir da medida provisória que for convertida em lei.

Assim, uma medida provisória poderia vir a ser reeditada até ser convertida em lei. Esta última medida, aquela que foi convertida, teria o seu prazo contado para efeito de desconto dos noventa dias exigidos constitucionalmente.

Note-se que não há como saber qual será, dentre as reeditadas, aquela a ser convertida em lei; o que provoca uma situação de evidente insegurança jurídica.

Eis uma das muitas Decisões do Supremo Tribunal Federal neste sentido: *“Contribuição social sobre o lucro (...). Elevação da alíquota de 8% para 10%. O prazo de noventa dias, previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, flui, no caso, a partir da data da Medida Provisória nº 86, de 25.09.89, convertida na Lei nº 7.856, de 25.10.89. (...) Orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs. 197.790-3 e 181.664-3. Recurso Extraordinário nº 182.574. Rio Grande do Sul. DJ 25.04.97, p. 15219. Ementário Vol. nº 1866-05, p. 1015. Relator Ministro NERI DA SILVEIRA. Julgamento da 2ª Turma em 25.02.97. Unânime.”*

Entretanto, esta posição jurisprudencial vem merecendo reservas declaradas pelo menos de um Ministro da Suprema Corte, tal como transparece mais adiante.: *“Contribuição. Anterioridade. Lei nº 7856/89. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, exsurgiu constitucional o art. 2º, da Lei nº 7856/89, no que atendida a anterioridade prevista no art. 195, § 6º, da Constituição Federal em face de haver resultado da conversão de medida provisória, isso considerado o lucro de 1989 das pessoas jurídicas. Recurso Extraordinário nº 192617. Rio Grande do Sul. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 148349. Pernambuco. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. 2ª Turma etc.”*

¹⁰⁰² Constituição do Brasil. “Art. 195. (...) § 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b (princípios da anterioridade pelo exercício financeiro).”



É, a partir deste quadro jurisprudencial¹⁰⁰³, que se defende a tese de que uma medida provisória não deve subordinar os seus efeitos jurídicos a eventos futuros, que serão advindos para além dos trinta dias constitucionais (Parágrafo Único, art. 62 – Texto originário).¹⁰⁰⁴

Ocorre que a Constituição de outubro de 1988 é clara ao prescrever que “as medidas provisórias perderão a eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação”.

Se perdem a eficácia quando não convertidas, vem entendendo o Supremo Tribunal Federal que, na hipótese de conversão, os seus efeitos temporais devem ser considerados para o cumprimento do princípio da anterioridade tributária.

O problema, então, seria o de saber se são possíveis medidas provisórias em matéria submetida ao princípio da anterioridade.

Respeitando quem pense o contrário, entendo que não.

A urgência requisitada para as medidas provisórias e o prazo constitucional dos trinta dias (Texto originário) não podem ser vistos separadamente. Um integra o outro.

A medida provisória atende a uma espécie de regulamentação jurídica da crise, um direito da crise.

A medida provisória é uma providência de exceção, e as exceções merecem interpretação restrita. As exceções são restritas, pois, do contrário, viram regras.

Em contrário ao que defendo, não posso desconhecer o argumento de alguns dos autores nacionais, que afirmam que, sendo da essência da medida provisória os

¹⁰⁰³ O Supremo Tribunal Federal vem, ultimamente, entendendo que o cômputo do prazo poderá incluir desde a primeira edição da medida reeditada.

¹⁰⁰⁴ Constituição do Brasil. “Art. 62. (...) *Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*” (Texto originário). Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias.



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



fundamentos da necessidade e da urgência, fortalece-se a tese de sua renovação; pois a inércia do Congresso, ainda que não intencional, não poderia vir a prejudicar a comunidade¹⁰⁰⁵.

Ocorre que a Constituição de setembro de 1946 sequer previa os Decretos-leis, ou as medidas provisórias, e o Brasil desenvolveu-se para além dos níveis médios da América Latina (Plano de Metas, de JUSCELINO KUBITSCHEK).

Assim, mesmo que possam ser úteis em situações de exceção; não são imprescindíveis.

Outros temas de relevo, ainda no âmbito da urgência, e dos trabalhos legislativos, são os que discutem a necessidade absoluta do sigilo prévio e o da impossibilidade de enxertos.

Explico melhor o que falo.

Primeiramente, quanto à necessidade absoluta de sigilo.

O problema é que, em propostas de *lege ferenda*, pretendia-se estabelecer a exigência de o Presidente da República comunicar com um determinado prazo de antecedência a medida provisória que iria editar ao Presidente do Congresso Nacional, salvo situações extremamente excepcionais, devidamente justificadas na Exposição de Motivos da medida em concreto.

¹⁰⁰⁵ “A Comissão Mista do Congresso, em parecer sobre a tese, admitiu a reedição de medida provisória de eficácia extinta pelo decurso de prazo, e também assim conclui MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (*Medidas Provisórias com força de lei. Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 05, março de 1989). A própria essência da medida provisória, que se fundamenta na necessidade e urgência do provimento, fortalece a tese de sua renovação, não podendo valer como recusa a inércia do Congresso, ainda que intencional. CARLOS FRESA informa (*Provvisorieta com forza di legge e gestione degli stati di crisi*), com apoio em DI CIOLO, SORRENTINO e PIZZORUSSO, que prevalece ‘a tendência na doutrina a reputar compatível com a previsão constitucional a praxe da reapresentação’, antes consagrada na continuidade de renovação dos decretos-leis.” (TÁCITO, CAIO. *As Medidas Provisórias na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. 176:1-28. Abril / junho de 1989, p. 07)



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



Ocorre que surgiu a oposição contra isto, defendendo que a natureza urgente e relevante da matéria veiculada por medida provisória caracterizaria uma necessidade absoluta de sigilo prévio, exigindo uma fulminante implementação das providências.

Seria uma condição essencial da urgência e da relevância agir silenciosamente.

Por enquanto, não prevalece a necessidade da comunicação prévia.

A segunda questão diz respeito ao expediente de oportunidade de se colocar, em um texto de uma medida provisória contendo um assunto realmente urgente, um outro que não seja tão urgente assim.

É o que se chamou de enxerto.

A impossibilidade deste tipo de atitude parece resultar do bom senso. Ocorre que, nem sempre, ele prevalece.

Creio, contudo, que o acerto caminha no sentido de que os assuntos estranhos ao sentido global de uma medida provisória devem ser deixados ou para uma outra medida, ou, então, para a via do Projeto de lei.

É uma questão de boa fé legislativa.

Sobre o tema da relevância, é preciso considerar até que ponto uma medida chamada de provisória poderá constituir situações definitivas, em face das circunstâncias excepcionais em que deve ser editada.

No art. 2º, do Substitutivo ao Projeto de Lei Complementar nº 223/90, apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação, está disposto:

“Art. 2º. A medida provisória somente poderá versar sobre matéria regulável por lei ordinária, vedada a sua utilização para complementar a Constituição, tratar de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas ou para constituir situações definitivas, em face dos efeitos jurídicos e factuais irreversíveis que venha a proporcionar.”



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



Repita-se: estaria vedada a utilização de medida provisória para constituir situações definitivas em face dos efeitos jurídicos e factuais.

Independente da adequabilidade do veículo legislativo empregado (projeto de lei complementar), e estando defendendo o entendimento de que novas limitações às medidas provisórias dependem de norma constitucional, cabe perquirir se a norma constitucional já existente não proíbe a utilização de medida provisória a constituir situações definitivas.

Por exemplo, em matéria penal, a perda da liberdade é algo definitivo. A liberdade perdida não se recupera, nem mesmo mediante reparações econômicas.

Ora, as medidas provisórias, tal como defendo, têm caráter acautelatório, não devendo trazer consequências sem reposições equivalentes.

Se a riqueza do caso concreto trazer a aparência de infirmar o que digo, será preciso sindicá-lo com bastante atenção; pois a relevância da medida provisória presidencial não poderá desconhecer os direitos constitucionais dos indivíduos, que não podem ser afastados senão segundo as estritas barreiras do próprio Texto Constitucional. (vide Estado de Defesa e Estado de Sítio)¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁶ Constituição do Brasil. “Do Estado de Defesa. Art. 136. (...) § 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I- restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II- ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. (...) § 3º. Na vigência do estado de defesa: I- a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. (...) III- a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; IV- é vedada a incomunicabilidade do preso. (...) Do Estado de Sítio. (...) Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I (comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa - o inc. II deste artigo refere-se ao estado de guerra ou resposta à agressão estrangeira), só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I- obrigação de permanência em localidade determinada; II- detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III- restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



Finalmente, ainda dentro do tema da relevância, não deve ser esquecido que toda medida provisória deve passar, antes de ser analisada por cada uma das Casas do Legislativo Federal (Senado Federal e Câmara dos Deputados), por uma Comissão Mista, que tem a obrigação regimental de oferecer Parecer sobre os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência.

Só após a emissão deste Parecer é que serão realizadas as sessões plenárias.

Assim, a questão que se coloca em cheque é a de que, acaso o Plenário nada delibere no prazo constitucional dos cinco dias (art. 62, “caput”, da atual Constituição)¹⁰⁰⁷, se deverá prevalecer a conclusão tomada no Parecer da Comissão Mista, mesmo que seja contrário à existência destes dois requisitos, ou o julgamento presidencial, que o levou a editar a medida provisória.

Por enquanto, em termos da Resolução em vigor, que é a Resolução nº 01/89, prevalece o julgamento do Presidente da República (art. 5º, § 5º).

Este dispositivo, o art. 5º, trata do modo como, no Congresso Nacional, faz-se o julgamento da relevância e da urgência, cabendo, pela importância do tema, a sua integral exposição:

“Art. 5º. A Comissão terá o prazo de cinco dias, contado da publicação da Medida Provisória, no diário Oficial da União, para emitir parecer que diga respeito à sua admissibilidade total ou parcial, tendo em vista os pressupostos de urgência e relevância a que se refere o art. 62, da Constituição.”

informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV- suspensão da liberdade de reunião; V- busca e apreensão em domicílio; VI- intervenção nas empresas de serviços públicos; VII- requisição de bens.”

¹⁰⁰⁷ Constituição do Brasil. “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.” (Texto originário) Vide o Título “De 2001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).



§ 1º. O parecer, em qualquer hipótese, e sem prejuízo do normal funcionamento da Comissão, será encaminhado à Presidência do Congresso Nacional, para as seguintes providências:

I- no caso de o parecer da Comissão concluir pelo atendimento dos pressupostos constitucionais, abertura de prazo máximo de vinte e quatro horas para apresentação de recursos no sentido de ser a Medida Provisória submetida ao Plenário, a fim de que este decida sobre sua admissibilidade;

II- no caso de o parecer da Comissão concluir pelo não atendimento daqueles pressupostos, convocação de sessão conjunta para deliberar sobre a admissibilidade da Medida Provisória.

§ 2º. O recurso a que se refere o inciso I do parágrafo anterior deverá ser interposto por um décimo dos membros do Congresso Nacional, ou líderes que representem este número.

§ 3º. Havendo recurso, a Presidência convocará sessão conjunta, a realizar-se no prazo máximo de vinte e quatro horas do seu recebimento, para que o Plenário delibere sobre a admissibilidade da Medida Provisória.

§ 4º. No caso do inciso II, do § 1º, a sessão conjunta deverá ser realizada no prazo máximo de vinte e quatro horas, contado do recebimento pelo Presidente do Congresso Nacional, do parecer da Comissão.

§ 5º. Se, em duas sessões conjuntas, realizadas em até dois dias imediatamente subsequentes, o Plenário não decidir sobre a matéria, considerar-se-ão como atendidos pela Medida Provisória os pressupostos de admissibilidade do art. 62, da Constituição Federal.”

Como se vê, é o decurso de prazo favorável ao Presidente da República, em sede de Resolução do Congresso Nacional.

Ocorre que este art. 5º. vem sendo visado por alguns Projetos de Resolução, entre eles destaco aquele proposto pelo à época Senador MÁRIO COVAS, atual Governador reeleito por São Paulo, que foi apresentado em 30.05.90, e o contido no Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e cidadania, que teve por Relator o Senador JOSÉ FOGAÇA (1996).

No primeiro, permanece o silêncio congressional como uma forma de admissibilidade dos pressupostos da relevância e da urgência.



10.3. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E OS TRABALHOS LEGISLATIVOS



No segundo, entretanto, a falta de deliberação do Plenário da Casa Legislativa faz prevalecer o Parecer da Comissão Mista, que tanto poderá ser pela existência dos requisitos da relevância e da urgência, quando poderá ser um juízo negativo de admissibilidade.

Independentemente do que se venha a resolver, é preciso ter em conta as condições jurídico-sociais do Brasil, que não comporta um sistema parlamentar de governo; mas um presidencial.

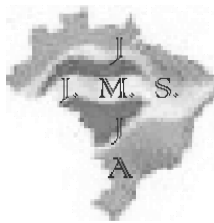
Assim, a transposição imediata da experiência constitucional de outros países, ou mesmo o acondicionamento à estrutura histórica dos Decretos-leis no Brasil, que foram típicos aos intervalos autoritários nacionais, podem não servir de sistema de referência.

O Brasil é um país que ainda é jovem, mas que pode ser suficientemente maduro para escolher o seu próprio destino¹⁰⁰⁸.

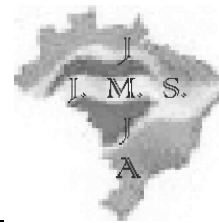
Pois bem, a Constituinte deixou os seus rastros de democracia, que não podem ser apagados com a instalação de um ordenamento jurídico capturado pela insegurança.

Afinal, a exceção deve ser restrita, e a medida provisória é uma medida de exceção.

¹⁰⁰⁸ A única votação da Constituinte em que compareceram os 559 parlamentares foi a do presidencialismo. O parlamentarismo havia vencido em todas as etapas iniciais da Constituinte – subcomissões, comissões e Comissão de Sistematização –, mas acabou perdendo, no Plenário, para o presidencialismo.



CONCLUSÕES



CONCLUSÕES¹⁰⁰⁹

Principais Mudanças na Edição das Medidas Provisórias Brasileiras

TEXTO ORIGINAL		EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001
30 dias	Prazo de vigência	60 dias, prorrogáveis por mais 60
As MPs podem ser reeditadas várias vezes	Reedição	Proibida
Não podem tratar de matéria penal nem de assuntos que tenham sido objeto de emendas constitucionais, entre outros	Conteúdo das MPs	Além dos atuais, não poderão versar sobre orçamentos, ativos financeiros, poupança popular, seqüestro de bens, temas regulamentáveis por meio de lei complementar, entre outros
30 dias, podendo ser reeditada	Prazo para votação pelo Congresso	45 dias, sob pena de trancar a pauta de votações
As MPs são analisadas no Congresso por comissão mista de senadores e deputados	Tramitação	A tramitação sempre se iniciará pela Câmara e a votação será separada nas duas Casas

Iniciei as minhas considerações sobre o tema das lacunas, do silêncio eloqüente e dos conceitos indeterminados fazendo referência aos sonhos.

Dizia que, com eles, é possível tentar atingir realizações; enquanto que, sem eles, não há nada a realizar.

O esforço que fiz foi neste sentido, o de tentar atingir a exposição de um assunto que ainda está sob um exaltado debate no Brasil; mas de uma maneira simples e compreensível, sem perder a profundidade.

¹⁰⁰⁹ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde é comentada a Reforma Constitucional das medidas provisórias brasileiras.



CONCLUSÕES



Busquei compatibilizar tudo o que expus com uma abordagem pertinente ao princípio da segurança no regime jurídico brasileiro.

Parti do raciocínio de que toda norma é uma tomada de posição perante fatos e em função de valores, o que sempre permitirá uma lógica de preferência ou de preterição.

Neste aspecto, os princípios são como que círculos exteriores às regras, admitindo que ambos, princípios e regras, possam ser entendidos como expressões das normas jurídicas constitucionais.

É verdade que, por vezes, esta tomada de posição aparece trêmula e pouco precisa, o que pode ainda mais confundir a tarefa do aplicador do direito.

As expressões *relevância* e *urgência* são um exemplo do que digo, sendo pressupostos de admissibilidade da medida provisória brasileira, que é um instrumento que vem provocando uma enorme inflação legislativa.

Mas a insatisfação com a lei constituída, ou em formação, não deve trazer a consequência de enxergá-la como um entrave a ser superado mediante a utilização de princípios gerais acima do direito positivo.

Esta minha confessa inclinação vai de acordo com as posturas doutrinárias que defendem que, sem a dogmática, qualquer debate termina por ser alheio ao Direito e à sua Ciência.¹⁰¹⁰

Logo, temas difíceis como os das lacunas, dos silêncios eloqüentes, dos conceitos indeterminados; e outros tantos mais, não podem desconhecer a garantia constitucional estampada, entre os direitos fundamentais, de que a segurança jurídica é um direito individual e coletivo, cujas expressões constitucionais são havidas como cláusulas irremovíveis do ordenamento jurídico nacional.¹⁰¹¹

¹⁰¹⁰ Vide CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra. Livraria Almedina. 1997, ps. 29 e 31.

¹⁰¹¹ Constituição do Brasil. “Título II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I. Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a*



CONCLUSÕES



Portanto, será sempre necessário fazer valer o Texto Constitucional.

Na ponderação dos valores, na indagação das razões universais fundantes dos modelos possíveis e na perquirição sobre o significado da ação do jurista no ato interpretativo, encontro o grande relevo da Filosofia do Direito.

É preciso superar as atitudes extremadas, onde o filósofo se vanglorie, enfaticamente, da quase inutilidade das suas pesquisas para o jurista; e este, por sua vez, encontre, na Filosofia, um mero adorno.

A indagação da tábua de valores que fundamenta a ordem jurídica positiva garante uma íntima conexão entre a Ciência do Direito e a Filosofia.

Por isto, não defendo uma Filosofia Jurídica, meramente, acadêmica; que pouca ou nenhuma participação termina por exercer sobre a Ciência do Direito.

A busca por uma Filosofia do Direito, que não seja exclusivamente acadêmica, não é uma iniciativa solitária, pois, bem ao contrário, conforme revela RECASÉNS SICHES¹⁰¹², tem partidários da estatura de BENTHAM, JHERING, HOLMES, BENJAMIN CARDOZO, ROSCOE POUND, GÉNY, RIPERT, EHRLICH, KANTOROWICZ, PHILLIP HECK, MAX RUMELIN, MAX ASCOLI, CARNELUTTI etc.

É tal como diz ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO sobre a necessidade de a teoria não abandonar o caso concreto, perdendo-se nas generalizações: “*As generalizações fáceis são tanto ou mais conceitualistas do que o construtivismo que pretende combater*”¹⁰¹³; ou, ainda, “*a descoberta da norma é tarefa a realizar caso a caso, por meio*

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...). Art. 60. (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV- os direitos e garantias individuais.”

¹⁰¹² Extraído de MIGUEL REALE. Teoria Tridimensional do direito – situação atual. Obra citada. 1986, p. 08.

¹⁰¹³ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I. Coimbra Editora. Da Inconstitucionalidade da Revogação dos Assentos, p. 811.



CONCLUSÕES



*da interpretação. Não serão aqui necessários desenvolvimentos suplementares: bastará chamar a atenção para o facto de a mesma Constituição (fonte), sem ser alterada, poder fornecer normas diferentes consoante as circunstâncias específicas do tempo em que seja aplicada.*¹⁰¹⁴

Em outras palavras, é devido evitar a *ventania romântica* de uma filosofia, meramente, acadêmica.

Em tudo aquilo que escrevi, tomei a orientação de procurar a experiência jurídica na sua integridade, esforçando-me por não estancar em pontos finais; reconhecendo que é próprio do homem não se contentar com as precárias criações do seu engenho.

Ora, se assim o é fora do direito, também, em seu domínio, é natural que não se contente com as criações juspositivas, lutando por aperfeiçoá-las.

Assim, afasto a idéia de que seja possível encontrar uma solução monocórdica para os problemas jurídicos, partindo de pseudototalidades que destaque a realidade do seu contexto.

Tento, também, evitar a obscuridade contemplativa, de modo a permitir a minha leitura, com maior facilidade, por todos aqueles que se interessem pelo objeto de pesquisa que escolhi.

O direito não costuma ser descoberto em deduções fáceis, e isto não se aplica tão somente às lacunas, aos silêncios legais e aos conceitos indeterminados.

A Ciência Jurídica não pode ser exata por inteiro, pois a exatidão absoluta, se é que ela existe, cabe aos deuses; e não aos homens. Até mesmo as leis da física remetem a cálculos de probabilidades (sistema de probabilidades).

Evitar o erro é um ideal pobre, nada acrescentando ao conhecimento.¹⁰¹⁵

¹⁰¹⁴ CORDEIRO, ANTÔNIO MENEZES. A Constituição patrimonial privada. Extraído de Estudos sobre a Constituição. Vol. III. Livraria Petrony. 1979, ps. 366-367.

¹⁰¹⁵ Vide POPPER, KARL. Conocimiento Objetivo. 24ª ed. Madrid. Ed. Tecnos. 1982, p. 176.



CONCLUSÕES



De fato, na análise do meu objeto, senti-me em meio à discussão travada entre RONALD DWORKIN e HERBERT HART, pois funcionei como um observador externo de um sistema jurídico no qual sempre vivi e formei os meus alicerces intelectuais.

Senti, assim, a importância dos direitos estrangeiros e das suas úteis possibilidades de sugerir novas interpretações, o que vai de encontro ao chamado fenômeno de globalização, que vem aproximando os diversos sistemas jurídicos.

Na minha colheita, fortaleci a convicção de que é necessário distinguir entre o uso e o abuso de quaisquer institutos.

Nesta linha de apreciação, é indevido esquecer das suas origens históricas, tal como ocorre com o Decreto-lei brasileiro, um instrumento normativo coincidente com períodos nitidamente autoritários¹⁰¹⁶, onde o predomínio do Executivo saltava aos olhos.

Foi possível viver sem eles, pois, durante a Constituição de setembro de 1946, que não os previa, JUSCELINO KUBITSCHEK (1956-1961) desenvolveu o seu Plano de Metas, fazendo com que o Brasil crescesse três vezes mais do que o restante da América Latina.

Enfim, não cabe isolar a Constituição no mundo lógico, esquecendo-se de que ela foi feita para ser aplicada e de que é preciso um intercâmbio entre a teoria e a prática.

Sem nenhuma segurança, não há direito, nem bom, nem mal; talvez de espécie alguma.

Pois bem, partindo destas premissas, enfoquei as minhas considerações fundado na pauta exemplificativa concreta da medida provisória.

De fato, se *a Constituição é o que a Corte Suprema decide que é*¹⁰¹⁷, e sendo judicialmente permitidas as reedições destas medidas¹⁰¹⁸, não logrei encontrar norma que autorizasse, ou desautorizasse, a reedição.

¹⁰¹⁶ Constituição de novembro de 1937 (Estado Novo). Atos Institucionais (AI 02/65 e AI 04/66). Constituição de janeiro de 1967 e Emenda Constitucional de outubro de 1969 etc.

¹⁰¹⁷ Vide GORDILLO, AGUSTIN. Princípios Gerais de Direito Público. Obra citada. 1977, ps. 52-53.



CONCLUSÕES



Em outras palavras, decidi por estudar se, no caso, era permitido falar em lacuna.

Complementando o meu estudo, também decidi por aprofundar-me em um tema afim, o dos conceitos jurídico-constitucionais indeterminados, e na maneira como vêm sendo densificados pelo Legislativo e pelo Judiciário brasileiros.

Fixados os objetivos, fiz um estudo sobre as lacunas e a previsibilidade legislativa nacional quanto à sua possibilidade de existência.

Aqui, afora os vários dispositivos legais que as reconhecem, apresentei, em minha perspectiva, as suas duas funções básicas, que seriam a de impossibilitar os magistrados de dizerem que não julgam, porquanto não encontrem normas para regular o caso concreto; e a de tornar justificável a atividade do Legislativo, que, naturalmente, tem por função precípua a de legislar.

No entanto, sublinhando que o direito não é apenas norma ou fato, admiti que o desencontro entre eles e os valores predominantes em um certo local e momento histórico também pode justificar a presença de lacunas.

Isto porque o direito é aberto e mutável não apenas no campo da doutrina, mas no da própria ordem jurídica objetiva, permitindo a sua atualização pelo processo histórico.

O ondulamento dos valores não implica em que não se possa pretender alguma previsibilidade, ou segurança, estando a noção de sistema mais propícia a garantir este princípio do que a irregular multiplicidade de normas singulares e desconexas.¹⁰¹⁹

Contudo, e exatamente em face da arguição do conceito de sistema, é que grande parte da Jurisprudência brasileira não parece tão tranquila quanto à aceitação das lacunas e contradições, remetendo ao Judiciário a harmonização.

¹⁰¹⁸ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional sobre o regulamento jurídico das medidas provisórias brasileiras.

¹⁰¹⁹ Vide CANARIS, CLAUDIUS-WILHELM. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Obra citada. 1989, ps. 22 e 281.



CONCLUSÕES



Quando muito, admite-se a lacuna na legislação, que seria suprida mediante a *analogia legis*, em nome do princípio constitucional da isonomia; pois casos semelhantes devem ser regulados por normas também semelhantes.

Embora venham sendo assumidas lacunas em sentenças (supríveis mediante embargos declaratórios) ou em denúncias criminais (supríveis se não houver prejuízos para a defesa), parece que, na opinião da maioria, não são detectadas lacunas no conjunto do ordenamento jurídico.

Isto não impede que se discuta, muito episodicamente, expressões como *lacuna jurídica ameaçadora*, como se fez no caso onde se decidia quanto ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, alegando que a conclusão pela inexistência de norma poderia provocar a insolvência do Tesouro Nacional.¹⁰²⁰

Via de regra, no caso concreto, a conclusão é a de que não existe a lacuna.

Mas a doutrina não abre mão do assunto, suspirando algumas definições sobre as apontadas técnicas de colmatação previstas na própria lei.

É bem verdade que podem ser incompletas, dado que não é fácil definir coisa alguma¹⁰²¹.

Sobre a analogia, diz-se que o seu fundamento está menos na vontade presumida do legislador, e mais no princípio da igualdade.

Sobre o costume, aponta-se duas funções básicas¹⁰²². A primeira, como uma forma de preenchimento de lacunas. Seria o *propter legem*. A segunda, como um elemento a auxiliar a interpretação. Seria o *secundum legem*.

¹⁰²⁰ No caso, o Supremo Tribunal Federal repeliu a existência de lacuna. Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 513. Distrito Federal. DJ 30.10.92, p. 19514. Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 141-03, p. 739. Relator Ministro CÉLIO BORJA. Tribunal Pleno. Unânime.

¹⁰²¹ Utilizo, aqui, como base do que digo, as lições de CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Obra citada. 1981.

¹⁰²² A lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1768, no § 14, declarava observável o costume conforme a *boa razão*, que não fosse contrário às leis, e tão antigo que excedesse o tempo de cem anos. Afora o exagero do prazo, evidentemente que não é fácil detectar o seu termo inicial.



CONCLUSÕES



Quanto ao costume *contra legem*, diz-se que ele não é aceito no Brasil, dado que *a lei só se revoga por outra lei*.¹⁰²³

Enfim, costume não revoga lei; e, menos ainda, a Constituição.

Sobre os princípios gerais do direito, diz-se que seria uma espécie de síntese de um complexo sistema orgânico, podendo ter maior ou menor amplitude.

Sobre a equidade, também se lhe aponta um duplo papel, sendo mais comum não encontrá-la como um meio de integração de lacunas; mas como uma forma de atenuar o rigor de um texto legal, fazendo ponderar as consequências da interpretação.

Ainda sobre a equidade, a própria Constituição de outubro de 1988 a ela se referiu ao tratar da seguridade social, que deveria ter, entre os seus objetivos, *a equidade na forma de participação no custeio*. (art. 194, inc. V)

A partir desta referência constitucional, e após informar que a Constituição brasileira de julho de 1934 trazia, no art. 113, item 37, o preceito de que *nenhum juiz deixaria de sentenciar por motivo de omissão na lei; pois, em tal caso, deveria decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade*, prossegui com os apontamentos legais sobre as lacunas e as variantes formas de colmatação do direito.

Entre os diplomas mais conhecidos, relacionei a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º), o Código Tributário Nacional (arts. 108 e 172), o Código de Processo Civil (arts. 126 e 127), o Código de Processo Penal (art. 3º), a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 8º), o Código de Processo Penal Militar (art. 3º), o Código de Proteção de Defesa do Consumidor (art. 7º), a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 25), a Lei da Arbitragem (art. 2º) e o Código Comercial (art. 665).

¹⁰²³ Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-lei nº 4657, de 04.09.42: “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”



CONCLUSÕES



Estas referências não excluem outras, como, por exemplo, as dos vários diplomas que tratam da lacuna da lei estrangeira sobre a assistência médica em favor dos dependentes dos *auxiliares locais* brasileiros dos Ministérios das Relações Exteriores, da Aeronáutica, do Exército e do Estado Maior das Forças Armadas.

Há, também, Súmula do Supremo Tribunal Federal que recusa a analogia como técnica a ampliar os termos da lei aos benefícios previdenciários dos trabalhadores rurais.¹⁰²⁴

De fato, quando se atribui ao juiz a função subsidiária de preencher espaços vazios, não se o está igualando ao legislador, nem ferindo o princípio constitucional da distribuição das funções; mas, apenas, admitindo-lhe uma função subsidiária, no exercício da qual não poderá afastar-se das pautas que lhe são submetidas pelas normas legisladas.

É função do Judiciário extrair da Constituição tudo o que dela pode ser legitimamente retirado, sendo ela o ponto de partida do direito estatal.

O problema peculiar do Brasil é o de que, sendo tão elevado o número de Emendas Constitucionais, está-se a perpetrar um verdadeiro desmonte do principal instrumento de um Estado Democrático de Direito, que é a Constituição.

Assim, vem sendo enfraquecida a idéia de que, quando o Judiciário, processualmente, decide o caso concreto, com isto, firma um precedente que, mesmo o Supremo Tribunal Federal, reluta a dele se afastar. Este fenômeno eleva a instabilidade jurídica.

A frequente mutação legal, e constitucional, reduz a previsibilidade do direito brasileiro, dando margem, como se verá mais a seguir, à constante possibilidade de espaços vazios.

É um paradoxo. Quanto mais, no Brasil, legisla-se, maiores as possibilidades de lacunas.

Explico melhor o que digo.

¹⁰²⁴ A lei citada é a de nº 6367, de 19.10.76. Súmula nº 612.



CONCLUSÕES



À medida em que o Presidente da República edita medidas provisórias em maior difusão, elas podem perder a eficácia, se não forem convertidas em lei, quer pela ultrapassagem do prazo constitucional, quer pela rejeição, resultando o dever do Congresso Nacional de editar um decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

No entanto, sem o decreto legislativo, restaria o vazio; conforme defendo, preenchível pela via do mandado de injunção.

Diante destas posturas, passei ao fundamento do denominado dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico, que reside no enunciado de que *tudo aquilo que não está proibido, está permitido*.

Defendi que, em direito público, ele não merece ser aplicado, sob pena de se violar o princípio da legalidade.

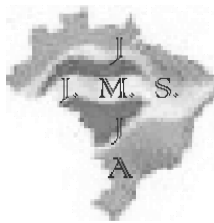
Este princípio, como os demais, não deixa de produzir efeito pelo fato de ser transgredido, tornando-se *letra morta*.

Entendo que quantas vezes for atacado, tantas vezes deve ser reafirmado na sua força axiológica, sendo a sua afirmação um vetor relevante do sistema.

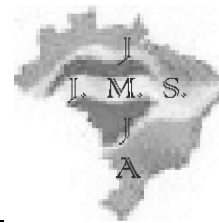
Poderia-se dizer que, sendo as lacunas uma questão de valoração, este enunciado, em nome do interesse público, poderia também ser aplicado para além das fronteiras do direito privado.

Discordo. A uma, porque quando o sistema autoriza a sua integração, por uma necessidade ético-política, ele corre um outro risco, que é o de que a norma específica, criada pelo intérprete, seja, também ela, *injusta*. A duas, porque as necessidades do momento cometem surpresas, residindo os preceitos de ordem pública no domínio do “*deve fazer assim*”, e não no do “*pode fazer assim*”.

Para que o Estado possa agir, exige-se uma regulamentação permissiva positiva, conferindo-lhe uma competência vinculada ou discricionária. É esta a advertência que tenho em conta.



CONCLUSÕES



Por isto, se a Constituição não disse é porque não quis dizer, não cabendo às autoridades públicas reescrever a Constituição, senão pelo processo regular de Emenda Constitucional.

É o silêncio como manifestação de vontade.

Não se trata de um julgamento divino ou de um costume dizer que o administrador não é dono da *coisa pública*, mas de uma consequência que extraio do próprio princípio do Estado Democrático de Direito, com que inicia o Texto Constitucional brasileiro, logo no art. 1º.¹⁰²⁵

Aqui, a jurisprudência não deve destoar não porque mereça ser antipatizada, ou porque o juiz seja um escravo da lei, ou um seu mero porta-voz; mas, sobretudo, porque, no direito público, a lei é o limite, não reconhecendo ao administrador o mesmo espaço de liberdade do cidadão comum na gerência do seu dia-a-dia.

É, neste estágio, que enfrento o tema das lacunas constitucionais¹⁰²⁶, e da sua colmatação pela analogia, que, usualmente, é entendida como uma precária conclusão do particular para o particular.¹⁰²⁷

Aqui, defendo que a Constituição, como sendo a *lei mais robusta do sistema jurídico*, é que deve garantir as demais normas do mesmo sistema; e não o contrário.

Interpretar a Constituição conforme as leis traz em si o perigo de a interpretação ser inconstitucional.

Ora, se assim o é em relação à atividade de interpretar, muito menos reconheço ao Judiciário a faculdade de se substituir ao Constituinte, até porque só há juiz nos limites da Constituição e das leis processuais, não havendo autoridade judiciária para ir além.

¹⁰²⁵ Constituição do Brasil. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito e tem como fundamentos (...)”

¹⁰²⁶ Vide este tema em J. J. GOMES CANOTILHO. Direito Constitucional. Obra citada. 1991, ps. 243-245.

¹⁰²⁷ Vide ENGISH. KARL. Introdução ao Pensamento Jurídico. Obra citada. 1983, ps. 288-289.



CONCLUSÕES



No Brasil, estão proibidos os juízes e os tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).

Pretender, explícita ou implicitamente, o contrário implica em advogar o absolutismo dos juízes, o que é tão reprovável quanto qualquer outro.

Com estes fundamentos, reconheço a curiosidade da classificação de J. J. GOMES CANOTILHO sobre as *lacunas constitucionais*.

Para este autor, seria possível falar em lacunas constitucionais autônomas, heterônomas e integrações corretivas.

Quanto às duas últimas, as vaticina como inconstitucionais, denominando-as de *patologias*.

Quanto à primeira, a lacuna constitucional autônoma, diz que ela surge *quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da Constituição e da teleologia da regulamentação constitucional*¹⁰²⁸.

A tudo isto quero interpretar que não seja possível remeter às altas torres do ideário a identificação da teleologia constitucional da norma ausente. Só assim será viável reduzir a ventania política que poderá ter um espaço ainda mais indesejado entre as atribuições dos Poderes constituídos.

É preciso tomar cuidado com a usurpação inconstitucional do Poder Constituinte.

Aqui, assume especial relevo distinguir entre o silêncio intencional, remetendo a Constituição ao legislador para dispor sobre uma certa matéria; daquele outro, onde não se disse porque nada se havia a dizer.

Em ambos os casos, o intérprete não se deve comportar como um *ventríloquo da Constituição*.

¹⁰²⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional. Obra citada. 1991, ps. 243-244.



CONCLUSÕES



No silêncio eloqüente, a Constituição não disse porque considerou que nada havia a dizer.

Assim, nestes casos, não cabem mandados de injunções, ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, não apenas em razão do pressuposto processual da legitimidade ativa; mas, também, porque se trata de hipótese de silêncio eloqüente.

O tema do silêncio eloqüente não é uma novidade nem na doutrina nem na jurisprudência nacional, conforme objetivei demonstrar.

Logo, não defendo uma tese de mera oportunidade.

Em direito público, tal como o Constitucional, com maior razão sublinho o silêncio como manifestação de vontade.

Na recente história constitucional brasileira, existia o decurso de prazo implicando em aprovação do Decreto-lei; o que veio a ser extinto na atual Constituição.

A justificativa para tanto foi a de considerar que se tratava de uma manifestação autoritária proveniente de períodos de intervalos democráticos.

Comprovando o que digo, aponto o art. 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição de outubro de 1988, que determinou que os Decretos-leis, editados até 02.09.88, deveriam ser apreciados pelo Congresso Nacional. Encerrado o prazo nela estabelecido, os mesmos deveriam ser havidos como rejeitados.

Quanto aos Decretos-leis editados a partir de 03.09.88, até a promulgação da Constituição (05.10.88), eles seriam convertidos em medidas provisórias; não havendo qualquer referência à reedição.

Ora, o legislador constituinte originário conhecia o assunto e a sua alta relevância; e, mesmo assim, nada dispôs sobre a reedição.

Isto não significa que não se possa discutir a alteração do Texto Constitucional, de modo que sejam introduzidos, constitucionalmente, os casos e os limites da reedição destas medidas, se se reconhecer esta como a melhor via para a realidade nacional.



CONCLUSÕES



A tese do silêncio eloqüente, embora não tenha merecido comentário específico frente às medidas provisórias, é consagrada, no Supremo Tribunal Federal, em outros casos, tal como aquele que tratava da competência da Justiça do Trabalho para o recolhimento da contribuição sindical estipulada em convenção ou acordo coletivo.

Recentemente, por se entender que o assunto merecia um novo tratamento, veio a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 (Reforma Previdenciária), na atual redação do art. 114, § 3º, a atribuir à Justiça do Trabalho a competência, que não era sua, segundo a Côrte Suprema em face do silêncio constitucional.

Em havendo o silêncio eloqüente, há uma fronteira intransponível à analogia, simplesmente porque não há o que integrar.

Quando o silêncio implicou em autorização, a própria Constituição de outubro de 1988 esclareceu neste sentido, tal como o fez no art. 66, § 3º, permitindo a sanção presidencial tácita.

Mesmo mantendo o Texto Constitucional atual, é possível reduzir, sensivelmente, a inflação normativa no Brasil, tornando a coerência do sistema e a previsibilidade das consequências das condutas dos cidadãos algo mais próximo da realidade.

O constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, CELSO DE MELLO, chegou a dar a receita, ao decidir, ainda em 1990, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, equiparando, nos efeitos jurídicos, a rejeição e a não-conversão das medidas provisórias.¹⁰²⁹

Mas a lógica jurídica não é autônoma, segundo HELMUT COING, tomando em conta uma mediação de valores expandida no conflito de interesses que cerca cada caso¹⁰³⁰.

Assim, na atual moldura que apresenta a Constituição de outubro de 1988, defendo a impossibilidade da reedição das medidas provisórias.

Contudo, se assim o fôr, surge um importante desdobramento prático.

¹⁰²⁹ Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 365-8-600. Diário de Justiça. Seção I, p. 10717/10718, de 05.10.90.

¹⁰³⁰ Vide COING, HELMUT. Fundamentos da Filosofia do Direito. Obra citada. 1976, p. 61.



CONCLUSÕES



É o de que, diante da inflação normativa e da possibilidade de o Congresso Nacional não disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida, é preciso apontar alguma solução.

Em minha perspectiva, vejo como sugestões:

1. a utilização do expediente processual do mandado de injunção, que, segundo alguns Acórdãos do Supremo Tribunal Federal, poderia resultar em uma ação econômica reparatória, acaso não fossem cumpridos os prazos fixados, sem que isto implicasse no prejuízo de o decreto legislativo ulterior vir a retroagir para beneficiar o indivíduo.
2. a previsão, pelo próprio Congresso Nacional, através da via de um Decreto legislativo geral, pela manutenção dos efeitos das medidas não convertidas.

É bem verdade que, pela pesquisa que fiz dos trabalhos legislativos, é possível encontrar propostas radicais, tal como a paralisação das atividades do Legislativo nacional até que venha ser aprovado o Decreto legislativo correspondente a cada medida não convertida, argumentando-se que os requisitos de relevância e de urgência exigidos por todas as medidas provisórias justificariam a paralisação.

De fato, do modo como está, creio que se comporte a referência da medida provisória como uma fábrica de lacunas jurídicas, pois o vazio jurídico permanecerá:

1. diante da rejeição da medida provisória sem a correspondente aprovação do decreto legislativo;
2. diante do silêncio congressional para além dos trinta dias constitucionais (Texto originário), não havendo, também aí, a emissão do decreto legislativo exigível.

Uma outra medida de *lege ferenda* constitucional seria a da vedação das reedições apenas nos casos em que houvesse sido aprovado o decreto legislativo declarando a cessação da eficácia, e disciplinando os atos jurídicos realizados durante a sua vigência.



CONCLUSÕES



Também há quem defenda que se não houve a apreciação no intervalo dos trinta dias (Texto originário) é porque o Congresso Nacional não considerou a matéria relevante e urgente. Portanto, o decurso de prazo funcionaria, agora, como uma forma de recusa.

Contrapõe-se a isto o fato de que se era autoritário o decurso de prazo como uma maneira de aprovação do Decreto-lei, também o será como uma forma de rejeição de medida provisória.

Atualmente, segundo a Resolução nº 01/89, do Congresso Nacional, o silêncio, no prazo constitucional dos cinco dias, quanto à relevância e à urgência implica no reconhecimento dos mesmos pelo Congresso Nacional (art. 5º); embora, no art. 17, desta Resolução, o silêncio congressual, para além dos trinta dias (Texto Constitucional originário), implique em perda de eficácia da medida.

Contra o silêncio como manifestação positiva da relevância e da urgência há Proposta de Reforma da Resolução nº 01/89, datada de 1996, alterando o critério; e fazendo prevalecer o Parecer da Comissão Mista incumbida de analisar cada medida provisória editada pelo Presidente da República.

Pelo que defendi, o silêncio congressual na aprovação das medidas provisórias também pode vir a ser resolvido pela manutenção dos efeitos já ocorrentes, no período constitucional dos trinta dias (Texto originário), e mediante a prevalência do Parecer da Comissão Mista, que teria a incumbência de colocar, em anexo ao seu Parecer, na hipótese de o mesmo ser contrário à medida, um Projeto de Decreto Legislativo, que poderia vir a ter efeitos retroativos, desde que não fossem prejudiciais aos indivíduos atingidos pela medida provisória sob análise.

Com isto, haveria um estímulo para o próprio Presidente da República defender a apreciação no prazo constitucional.

Afinal, se o Parecer lhe fosse favorável, a medida seria aprovada com o beneplácito do Congresso Nacional, conjugado pelo próprio Parecer. Se lhe fosse contrário, seria do seu interesse submetê-lo ao Plenário de cada uma das Casas Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal).



CONCLUSÕES



Deste modo, evitaria-se o estratagema atual de impedir o escoamento do prazo constitucional, sempre reeditando a medida provisória antes do seu encerramento, tornando este prazo algo absolutamente indeterminado.

Sem este procedimento, pseudos-argumentos práticos vêm atropelando o Texto Constitucional, implicando em uma forma de criação do direito com matiz antidemocrático, dado que os juízes não foram eleitos, não detendo poderes de criação jurídica tão largos.

Entretanto, por um dever de imparcialidade, tenho de registrar como assente, no Supremo Tribunal Federal, a reedição das medidas provisórias até mesmo para suspender outras providências de mesma índole, embora sob algumas restrições, tal como aquela que impossibilita este procedimento quando a medida houver sido expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional.

A sindicância constitucional das medidas provisórias é também algo peculiar, pois, em que pese seja possível, vem o Supremo Tribunal Federal decidindo no sentido de que é preciso aditar a ação que lhe ataca, sob pena de o feito ser extinto por falta de objeto.

Assim, há medidas provisórias que duram anos, embora, originariamente, não deveriam ultrapassar, nesta condição, alguns dias.

A posição, atualmente, vitoriosa fez com que estas medidas não estivessem submetidas a prazo algum, tornando indeterminado o prazo constitucional.

Creio que isto sabote a determinabilidade e a calculabilidade jurídicas, contribuindo para o que JUSTO HEDEMANN chamou de *osteoporose do direito*.¹⁰³¹

A jurisprudência não deveria tornar indeterminado algo que, naturalmente, não o é. Não deve a jurisprudência construir um novo prazo, que, pela sua indeterminação, provoca um conflito entre o processo prático e a previsibilidade constitucional.

Note-se que se até o prazo constitucional vem sendo transformado em algo indeterminado, pela reedição incessante das medidas provisórias, ainda mais relevante tornou-se o estudo desta noção.

¹⁰³¹ Vide GUNTHER TEUBNER. O Direito como Sistema Autopoiético. Obra citada. 1989, p. 203.



CONCLUSÕES



De fato, as palavras não passam de rótulos das coisas; o que me veio à tona com bastante intensidade, em Portugal, onde várias expressões que julgava conhecidas passaram a ter um significado completamente diverso.

O nome que se atribui a algo não muda a sua natureza.

No entanto, quanto maior for a determinação daquilo que se fala (uniformidade), maior também será a segurança na comunicação.

É esta a trilogia que postulo: *uniformidade – determinabilidade – segurança*.

O uso comum ou convencional não deve ser afastado senão quando for realmente necessário, porquanto haja a exigência de tornar mais preciso algo que se apresenta vago e ambíguo.

Portanto, para ser adotado o neologismo, exige-se, em minha análise, algumas circunstâncias, como:

1. a inexistência de palavra, dentro do uso comum ou convencional, que diga aquilo que se quer falar.
2. existindo a palavra, verifique-se que ela detém tantos significados, ou é tão vaga e imprecisa, que provocará confusão no discurso.

Será necessário, para diminuir a *luta de palavras* recorrer-se ao contexto; ou, melhor dito, ao sistema.

Assim, caberá ao intérprete uma margem de atualização, o que não implica em uma *carta branca*, pois isto seria insensato e antijurídico.

A determinabilidade legislativa, conformada na uniformidade das interpretações, é um corolário do princípio do Estado Democrático de Direito.

Não falo, aqui, na matematização dos raciocínios jurídicos, em jurimétrica ou em coisa que o valha, pois isto, ao contrário do que possa parecer, não eliminaria as dificuldades, até porque são de todos reconhecidos os receios que muitos têm de apreender as fórmulas matemáticas.



CONCLUSÕES



A busca do contexto e da uniformidade deve ocorrer inclusive quanto a termos aparentemente simples como “pai” e “filho”, pois a mesma pessoa pode estar como pai, em uma relação; e, como filho, em outra.

Exige-se o conhecimento da realidade normativa com a qual se trabalha, mesmo que isto possa resultar em frustrações (revogações constantes etc.), embora o conhecimento da realidade positiva não deva implicar em servilismo a ela.

Daí, defender que a recepção acrítica de significados para termos ou leis é algo equivocado, pois todos os homens são imperfeitos e falíveis, ainda mais quando estão no exercício do poder.

Governar ou decidir não melhora a natureza humana; pois, bem ao contrário, é comum trazer à superfície defeitos particulares ocultos, como o autoritarismo, a adoração de si mesmo etc.

Mas é preciso escolher um sistema de referência como tela de confronto para aquilo que se afirma. A lei é o ponto inicial do intérprete, e a Constituição é a norma em relação à qual todas as leis devem respeito.

Realmente, não basta conhecer as leis; mas não se deve ignorá-las.

O meu sistema de referência foi o direito brasileiro, e concluí pelos perigos que podem decorrer da recepção automática de institutos de um outro sistema de referência, como, por exemplo, um determinado direito estrangeiro.

Exemplifiquei com um caso tomado de ALBERT EINSTEIN que faz imaginar um longo trem com uma lâmpada ao centro, viajando à velocidade da luz. Nele, haveria um viajante, e, fora dele, um lavrador a observar o movimento do comboio.

Quando a luz acende, as portas abrem.

Ocorre que, embora diante de fatos rigorosamente coincidentes, pela variação dos pontos de referência (passageiro e lavrador), as percepções são, matematicamente, diversas.



CONCLUSÕES



Através de cálculos matemáticos, consegue-se comprovar que o que foi simultâneo em um sistema, foi sucessivo em outro.

Em resumo, até o tempo relaciona-se com o sistema referencial.

Outros exemplos foram demonstrados, resultando a conclusão de que não há nada mais prático do que uma boa teoria, sendo o jurista o ponto de intersecção entre a teoria e a prática.

Volto à idéia-mãe. Ou se conhece o objeto, ou não se conhece, não havendo diferença entre a teoria e a prática; pois o que existe é o conhecimento do objeto.

Daí, ser fundamental a sensibilidade de quem legisla, pois, embora a sanção possa ocupar um papel importante como fixador da vontade, não se pode desconhecer os valores mais caros que movimentam uma dada comunidade, sob pena de lançar disposições estéreis.

Um determinado dispositivo pode funcionar razoavelmente em um país, e não funcionar em outro. Não se pode relegar a realidade histórico-social.

Mas não é só à norma isolada a que me refiro, pois, dificilmente, um caso levado ao Judiciário merece a resposta deste Poder mediante a utilização de uma norma singular.

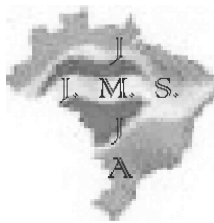
É, geralmente, necessária a utilização de várias normas, simultaneamente.

De posse deste conjunto de normas (regras e princípios na terminologia de J. J. GOMES CANOTILHO)¹⁰³², forma-se uma nova norma, que busca resolver a contenda judicial.

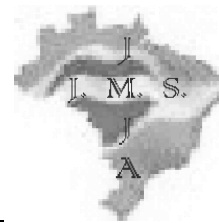
Por este enfoque, esta nova norma será sempre implícita ao sistema, porquanto não encontrada, expressamente, em nenhum artigo de lei.

Leituras diferentes serão possíveis, o que não é de provocar surpresa; pois o direito se apresenta como um objeto cultural, verificando, nele, a presença de valores realizáveis, não sendo um produto pronto em parte alguma.

¹⁰³² Vide J. J. GOMES CANOTILHO. Direito Constitucional. Obra citada. 1991, p. 172.



CONCLUSÕES



A arguida indeterminação das palavras de hoje pode ser melhor conduzida acaso venha a ser pensada em torno dos debates do passado.

O direito é tarefa que não se encerra historicamente, sendo até a Súmula de jurisprudência também interpretável, não se podendo punir o juiz porque a interpretou.

As palavras da lei não são determinadas *a priori*, embora uma relativa previsibilidade não seja uma atividade para além do conhecimento do homem.

Em certas situações, contudo, o esforço poderá ser maior, ao menos, considerando a expressão legal abstrata.

Refiro-me aos chamados conceitos indeterminados, às cláusulas gerais e aos tipos menos densos.

Particularmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, contudo, embora possa haver vaguidade, não os vislumbro como expressões vazias; pois terminam garantidas pela uniformidade das decisões judiciais.

É em face da fundamentação que se permite o controle da atividade do intérprete-aplicador.

Haveria como que um tipo jurisprudencial real, que não é permanente; mas é previsível.

Ora, quer através de conceitos determinados ou indeterminados, cláusulas gerais, tipos mais ou menos densos etc. não pode o órgão julgador esquecer que, dificilmente, ele aplicará uma norma isolada ao caso concreto. Terá de fazer o retorno do seu raciocínio à norma constitucional como um todo (limites e fundamentos), pois é este o seu ponto de partida, a sua tábua de referência positiva.

Pensando assim, de logo se afasta o temor de transformar o Judiciário em um órgão acima dos demais, pois ele também deve obediência à Constituição, respondendo perante os seus termos.

Sem a possibilidade de responsabilização, não cabem ser atribuídos poderes.



CONCLUSÕES



Poder e Responsabilidade. Um não vive sem o outro, sob pena de advir o arbítrio e a mais completa insegurança.

No Texto Constitucional brasileiro, como uma aplicação daquilo que digo, destaquei as expressões *relevância* e *urgência*.

Apontei as oportunidades em que elas são reproduzidas pela Constituição de outubro de 1988, as destacando enquanto requisitos de admissibilidade das medidas provisórias.

Concluí que são juízos políticos formulados conjuntamente pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, sendo inafastável a necessidade de uma Exposição de Motivos para cada medida a ser editada.

A sindicância geral de constitucionalidade poderá ser, normalmente, aferida pelo Judiciário.

Nesta seara, defendi que a urgência exigida pela medida provisória ultrapassa àquela que pode ser atendida mediante a ordinária solicitação de urgência, pelo Presidente da República, para a análise de Projetos de leis de sua iniciativa.

Se for suficiente a apreciação urgente do Projeto de lei, não haverá a urgência habilitadora da medida provisória.

Isto porque o art. 62, da atual Constituição, que dispõe sobre as medidas provisórias, não pode ser visto isoladamente, merecendo o cotejo do art. 64, do mesmo Diploma.¹⁰³³

¹⁰³³ Constituição do Brasil. “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. Texto originário – vide o Título “De 2001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional das medidas provisórias brasileiras – Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001 (...)*”

Art. 64. (...) § 1º. *O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de lei de sua iniciativa.* § 2º. *Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias,*



CONCLUSÕES



Se a solução pudesse ser dada por lei, não caberia o recurso à medida provisória. Fazer o contrário, implicaria em fraudar a Constituição, salvo quando se estivesse em períodos regularmente previstos de recesso do Congresso Nacional.

Enfim, os conceitos jurídicos indeterminados (*a priori*), na análise de cada caso (*a posteriori*), podem ser melhor demonstrados.

Haveria uma divisão da responsabilidade política.

Aqui, aprofundi a discussão por saber se a *urgência* e a *relevância* exigidas como pressupostos das medidas provisórias seriam, normalmente, passíveis de apreciação judicial.

Entendo que não.

É bem verdade que, em minha análise de direito comparado, encontrei casos em que o Tribunal Constitucional espanhol considerou possível controlar juridicamente a existência da *relevância* e da *necessidade*, que são condições de emissão dos seus *decretos-leis*.¹⁰³⁴

Também o próprio Supremo Tribunal Federal do Brasil, em situações excepcionais como aquelas que demonstrei, chegou a admitir a censura jurisdicional quanto aos pressupostos da *relevância* e da *urgência*.

Isto ocorreu:

1. em se tratando da prisão temporária (Medida Provisória nº 111/89), onde, embora admitisse o controle judicial do *excesso do poder de legislar*, não reconheceu, contudo, ser esta a hipótese em julgamento;

sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.”

¹⁰³⁴ Vide SS 29/1982, de 31-5 e 111/1983, 2-12. Extraído de *Constituição Espanhola*. 2ª ed. preparada por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, JOAQUÍN HUELIN Y MARTINEZ DE VELASCO e JOSÉ LUIZ GIL IBÁÑEZ. Editorial Colex. 1993, p. 377.



CONCLUSÕES



2. em se tratando da ampliação do prazo decadencial de dois para cinco anos, quanto à propositura de ação rescisória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como pelas suas respectivas autarquias e fundações públicas. (Medida Provisória nº 1577-6/97)

Esta mesma medida criou, ainda, em favor destas entidades públicas uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças indenizatórias de expropriação, que trouxessem valores, flagrantemente, superiores aos preços de mercado.

Neste caso, a liminar foi deferida pelo Supremo Tribunal Federal, que admitiu falar em censura jurisdicional da *relevância* e da *urgência*.

Decidiu-se pela inexistência da urgência quanto à ampliação, por medida provisória, das hipóteses de rescindibilidade; a reconhecendo duvidosa quanto à extensão do prazo de propositura da ação rescisória;

3. há um terceiro Acórdão que, mesmo admitindo o caráter político da *urgência* e da *relevância*, ficando por conta do Executivo e do Legislativo apreciá-las, ressalva a sindicabilidade judicial nas hipóteses manifestamente improcedentes.

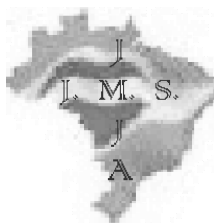
Enfim, ordinariamente, em nome da distribuição de funções entre os Poderes do Estado, a aferição da *relevância* e a da *urgência* fica por conta do Legislativo e do Executivo, cabendo ao Judiciário, em hipóteses marcadamente excepcionais, o controle jurídico sistemático destes conceitos.

Na realidade nacional, o Legislativo vem ficando, nos casos concretos, um tanto à parte nesta sua função solidária com o Executivo.

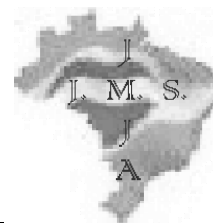
No entanto, os trabalhos legislativos em torno do assunto não cessam, havendo a necessidade de se perquirir sobre o estágio de evolução que o tempo lhe permitiu.

A análise sistemática da urgência reforça a inclinação constitucional em favor do fortalecimento do Legislativo.

Exemplifico o que digo.



CONCLUSÕES



Pela Constituição anterior de 67/69, o Presidente da República, se julgasse conveniente a deliberação urgente do Congresso Nacional sobre o Projeto de lei encaminhado, a solicitava mediante a deliberação, em sessão conjunta, no prazo de 40 dias, contados do recebimento do Projeto, mais dez sessões subseqüentes em dias sucessivos.

Se permanecesse o silêncio, o Projeto de lei era considerado aprovado.

Na Constituição de outubro de 1988, não se prevê o procedimento concentrado das duas Casas Legislativas, também não havendo referência à aprovação tácita se advier o final do prazo fixado para deliberação.

Além do mais, o procedimento legislativo está pontilhado com mudanças de reforço ao Congresso Nacional, como também demonstra a eliminação da outrora prevista manutenção de veto em face do silêncio congressional (art. 59, § 4º, da Constituição de janeiro de 1967).

Desconstituiu-se a aceitação tácita da vontade do Executivo, detendo as medidas provisórias a particularidade da precedência no exame, pelo Legislativo, inclusive sobre os vetos presidenciais (art. 66, § 6º)¹⁰³⁵.

Muito vem sendo discutido sobre a alterabilidade da urgência, partindo-se do raciocínio de que o que é urgente hoje, amanhã poderá não o ser.

Daí, haver a defesa por se permitir ao Presidente da República editar uma medida provisória, considerando a existência deste pressuposto; e, mais adiante, pretender retirá-la da apreciação do Congresso Nacional, sob o argumento de que não há mais a urgência justificadora.

Contudo, talvez a mais relevante indagação em torno da urgência, no atual ordenamento jurídico brasileiro, gire em torno de saber se algo que exige um intervalo de um ano civil (exercício financeiro), ou a passagem de noventa dias, pode ser considerado urgente.

¹⁰³⁵ Constituição do Brasil. “Art. 66. (...) § 6º. *Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º (trinta dias para a apreciação do veto), o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias de que trata o art. 62, parágrafo único (medidas provisórias).*”



CONCLUSÕES



Em princípio, entendo que não.

Mas o Supremo Tribunal Federal vem afirmando o contrário, quando abre espaço às medidas provisórias em matéria tributária, mesmo que submetida ao princípio constitucional da anterioridade, quer pelo exercício financeiro, quer pela necessidade de respeito ao prazo nonagesimal das contribuições instituídas em favor da seguridade social brasileira.

Pela jurisprudência quase pacífica deste elevado Tribunal, conta-se o prazo a partir da última medida; ou melhor, daquela que foi convertida em lei.

Este *desconto* temporal termina fragilizando o próprio princípio da segurança, pois não há como saber qual será, dentre as medidas provisórias reeditadas, aquela que vai ser convertida em lei; o que provoca uma evidente situação de instabilidade jurídica em prejuízo do contribuinte.

Com o respeito que me merece todas as decisões do Judiciário, sou levado a discordar da precarização do princípio da segurança; sobretudo quando o vislumbro como um adequado instrumento da justiça e da preservação de direitos fundamentais.

Enfim, medida provisória é uma medida de exceção, e as exceções merecem interpretação restrita.

As exceções são restritas, pois, do contrário, viram regras.

Além do que é de receber repulsa o expediente que vem sendo apelidado de *enxerto*.

Esclareço melhor o que digo.

Um texto de uma medida provisória poderá, realmente, conter um assunto urgente, não se podendo aproveitar desta circunstância para se incluir, na mesma medida, um outro que não o seja.

É a violação desta recomendação que se chama de *enxerto*.



CONCLUSÕES



Trata-se de uma questão de boa fé legislativa.

Ainda na minha análise, dei destaque aos seguintes pontos em torno da urgência e da relevância:

1. pretende-se de *lege ferenda* estabelecer a exigência de o Presidente da República comunicar ao Presidente do Congresso Nacional, com um determinado prazo de antecedência, que irá editar uma determinada medida.

Contra tal iniciativa, argumenta-se que seria uma condição essencial da urgência e da relevância agir silenciosamente.

2. sobre o tema da relevância, é preciso considerar até que ponto uma medida chamada de provisória poderá constituir situações definitivas, em face das circunstâncias excepcionais em que deva ser editada.

Por exemplo, em matéria penal, a perda da liberdade é algo definitivo, não havendo a liberdade perdida de ser recuperada por meras reparações econômicas.

Pelo que venho defendendo, as medidas provisórias têm caráter acautelatório, não devendo trazer consequências sem reposição equivalente; pois a relevância da medida presidencial não poderá desconhecer os direitos constitucionais, que não podem ser afastados senão segundo as estreitas barreiras do próprio Texto Constitucional (vide Estado de Defesa e Estado de Sítio).¹⁰³⁶

Encerro mais esta etapa da minha investigação sobre a segurança jurídica, repetindo que a transposição imediata da experiência constitucional de outros países, ou mesmo o recondicionamento de uma estrutura histórica interna ultrapassada, não devem servir de sistema de referência acrítico para o intérprete-aplicador.

O Brasil é um país que ainda é jovem, mas que pode ser suficientemente maduro para escolher o seu próprio destino.

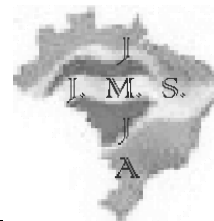
A Constituinte deixou os seus rastros de democracia, que não devem ser apagados com a instalação de um ordenamento jurídico provisório.

Afinal, é preciso distinguir entre a regra e a exceção.

¹⁰³⁶ Constituição do Brasil. Vide arts. 136 (Estado de Defesa) e 139 (Estado de Sítio).



**TÍTULO IV. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL**



TÍTULO IV

**A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA
FRENTE À RESPONSABILIDADE FISCAL.**



NOÇÕES PRELIMINARES

“O aparecimento da razão moderna, definida como seriedade e domínio sobre os afetos, provocou a exclamação do filósofo: ‘como foi alto o seu preço!’ ‘Quanto sangue e quanto horror há no fundo das ‘coisas boas!’ (NIETZSCHE; 1988:63). Seguindo o raciocínio do filósofo, é interessante anotar que os benefícios da comunidade na qual o homem foi inserido são obtidos na medida em que este exerça a sua razão e se comporte como um ser previsível, calculista e avaliador. Levando-se em consideração que a razão foi fruto de uma memória gerada pelo sofrimento, esta precisaria ser permanentemente exercida e renovada. Nesse contexto, NIETZSCHE insere a importância do Direito – instrumento de distribuição de castigos. O castigo contribuiria para o acréscimo do medo, da prudência e da dominação dos desejos, e a sua invenção estaria conectada a uma vontade de poder, atribuidora de sentido. Os Estados de Direito, baseados na lei, seriam Estados de exceção enquanto restrições parciais da vontade de vida que persegue o poder.” (APOSTOLOVA, BISTRA STEFANOVA. Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1998, p. 57)

Há quem diga que ninguém se perde no caminho da volta. Mas nem sempre é fácil voltar.

Este Título começou a ser escrito no momento em que cheguei ao Brasil.

A minha idéia inicial era a de tentar fazer transportar para o mundo europeu uma idéia o tanto quanto aproximada das realidades jurídica e social brasileiras.

Pareceu-me válido fazer isto, inclusive em face da comemoração dos quinhentos anos do Descobrimento do Brasil.

Creio, no entanto, que a aproximação pela história, pela INTERNET, pelas telecomunicações, etc. não elimina um conhecimento que, perigosamente, pode ser superficial.



Digo perigosamente porque pior do que não conhecer é pensar que se conhece.

É exatamente a necessidade de se intensificar o intercâmbio que me moveu, e acredito, mova tantos brasileiros.

Doenças distintas não merecem os mesmos remédios. Assim, sendo as circunstâncias do Brasil um tanto distintas daquelas européias, é natural que a perspectiva dos problemas sejam diversas.

Talvez, as próprias estruturas mentais não coincidam.

Ora, a forma como se vê um problema também interfere no modo de resolvê-lo, inclusive porque o que para alguém pode ser visto negativamente; para outro, pode não o ser.

Contudo, acredito que seja possível identificar funcionalmente certos institutos.

Assim, continuando a escrever sobre o princípio da segurança jurídica, e suas manifestações no atual ordenamento jurídico brasileiro, atentarei para o exagero e a falta de equilíbrio das medidas provisórias do Executivo, e daquelas provenientes do Judiciário, as liminares.

As preocupações não páram aí. Mais adiante, discuto a importância da codificação, da refundição de leis e de outros institutos afins no direito contemporâneo, tendo em conta o princípio vetor sobre o qual escrevo.

Enfim, insisto nas importantes conseqüências práticas da instabilidade do direito brasileiro, consciente de que este é um assunto de grande relevo interno e de considerável importância externa, dado o tamanho da economia nacional, que, a cada dia, vê, na participação estrangeira, um motivo de debate.

A ânsia de mudar, que hoje assola o meu País, termina por provocar a equivocada aparência de que nem mesmo o que é bom presta; ou, melhor dito, que tudo deve mudar.

Para mudar, é preciso ter tranqüilidade, evitando a *lei do menor esforço*, que parece ser irrevogável.



NOÇÕES PRELIMINARES



De fato, a banalização das leis não se manifesta tão somente pelo que chamei de inflação normativa, mas também pela perda da força normativa, fenômeno bem marcado no final deste século XX.

Não são tão incomuns leis que não impõem sanções para a hipótese de virem a ser inobservadas. Não estou falando, aqui, exclusivamente da Constituição brasileira, pois bastaria citar a L. nº 9795/99, que dispõe sobre a educação ambiental como um direito de todos, que, basicamente, formula recomendações para as instituições de ensino, sublinhando um caráter, meramente, declaratório.

Leis de recomendação, e quase sem ordens, é um fenômeno importante para que se pense o modo de fazer valer a segurança jurídica em um ambiente de transformação e de crise.

Reconhecendo que é o homem que faz a lei, e não o inverso, tenho em conta que a atuação de grupos pressionando a atividade legislativa mereceria a contra-partida da mais ampla publicidade como uma forma de fiscalização.

No Brasil, instrumentos ainda incipientes, como a TV Senado, podem apontar para um futuro um pouco menos incômodo, embora reconheça que, em meio à cerca de 10 mil leis vigentes¹⁰³⁷, apenas na área federal, fique bastante difícil recuperar a credibilidade.

¹⁰³⁷ Em seu artigo “A crise das leis” (Correio Braziliense, 11.10.99 - Opinião, p. 05) CELSO RIBEIRO BASTOS afirma que, no Brasil, “há aproximadamente 9.800 leis federais em vigência, o que torna difícil o seu conhecimento pelos cidadãos. Mas todos têm a obrigação de conhecê-las, pois ninguém pode alegar o desconhecimento da lei para justificar o seu descumprimento. O fenômeno da banalização tem causas políticas como o interesse de grupos de pressão na elaboração de determinada lei. Passou a haver uma distorção na sua utilização, principalmente no campo econômico e social, como uma certa ‘farsa’, uma tentativa de mostrar a atuação do Estado e da classe política, mesmo já de antemão sabendo-se que ela não vai resolver os problemas existentes nessas duas áreas.”



11. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO

“As idéias até agora consideradas, independentemente dos seus ocasionais estímulos de interesse científico, têm sido delimitadas por todo um pano de fundo de deuses e mitos, e a forma e desenvolvimento do mundo foram primariamente vistos por esse prisma. Muito do progresso em direcção a algo próximo da filosofia é levado a cabo com a ultrapassagem deste tipo de visão do mundo e com a busca de uma outra visão mais directa, menos simbólica e menos antromórfica. Definir os meandros e as viragens desse progresso tem sido uma ocupação predilecta dos modernos estudiosos, mas o assunto é menos rectilíneo do que freqüentemente se tem considerado.” (KIRK, G. S.; RAVEN, J. E. e SCHOFIELD, M. Os Filósofos Pré-socráticos. Tradução de CARLOS ALBERTO LOURO FONSECA. 4ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1994, p. 68)

Com o instituto da segurança jurídica, na sua expressão normativa mais polêmica no Brasil, que é a medida provisória, acredito que este termo – inflação normativa – possa ser utilizado.

Afinal, nela vem cabendo de tudo.

Por medida provisória, foi extinta a mais antiga instituição federal com atuação no Nordeste brasileiro, o Departamento Nacional de Obras contra a Seca (DNOCS)¹⁰³⁸.

¹⁰³⁸ O Departamento Nacional de Obras contra a Seca (DNOCS) algumas vezes sofreu acusações de prática de irregularidades, tais como a de perfurar poços em propriedades privadas. Ocorre que o útil não deve se viciar com o inútil: ou melhor dito, se existem vícios que eles sejam combatidos. Vide sobre o Assunto JORNAL DO COMÉRCIO. 17.05.99. Caderno - Segunda Capa, p. 02 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.



Também por este mesmo expediente, poucos dias após, em face da indignação da bancada dos parlamentares nordestinos, governistas ou não, foi revogada esta iniciativa, e publicado um novo formato para a entidade, evitando que ela administrasse poços e açudes, repassando-se esta tarefa para os Municípios, os Estados e para a iniciativa privada, através de Convênios. Ficou, assim, o Departamento Nacional de Obras Contra a Seca (DNOCS) com o papel de executor de obras preferenciais.

De fato, a importância do Poder Legislativo não deve estar no número de leis que produz; nem tampouco do Poder Executivo na quantidade de normas provisórias ou definitivas que dele provêm.

Um Poder com funções legislativas não é bom porque legisla muito, mas porque o faz na medida certa, sem iniciativas de aluvião. Tornar o ato normativo um produto de insistentes reformas termina por desprestigiar a autoridade de quem legisla.

Defendo que para se tomar a iniciativa de elaborar uma norma é preciso adotar a posição responsável de conhecer as já existentes.

Uma das maneiras objetivas de demonstrar esta situação seria a de, no novo instrumento legislado, indicar os diplomas existentes sobre o assunto que se legisla, evitando o recurso a cláusulas gerais de revogabilidade, tais como “*e demais dispositivos em vigor*”, ou similares.

Afinal, se se quer mudar alguma coisa, é preciso primeiro conhecer o estágio das disposições vigentes na matéria.

Agir assim não deixa de ser uma maneira de buscar a agilidade na aplicação do direito legislado; pois já havendo a jurisprudência (administrativa e/ou judicial) se defrontado com a norma antiga, deve haver colhido lições de experiência que não devem ser desprezadas.

Evidentemente que esta alternativa, como qualquer outra, pode vir a sofrer críticas, tal como aquela que a repudia como elemento de técnica legislativa; pois, entre outros inconvenientes, poderia provocar tédio ao leitor da norma, que veria exposto, possivelmente, um longo leque enumerativo revogado.



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Também se poderia dizer que, sendo o Direito uma expressão ativa de poder, natural seria que o grupo político vencedor, no intuito de buscar realizar as suas intenções eleitorais, venha a elaborar normas que expressem a sua vontade.

Dito de outro modo, grande parte das normas jurídicas seriam meramente contingenciais, justificando-se, assim, as suas freqüentes mudanças.

Não é incomum que se cogite de que a idéia de um direito natural, com as suas variações doutrinárias, teria um carácter romântico e bastante limitado.

Com todo o respeito àqueles que pensam assim, ousou discordar um tanto, cotejando a Constituição como um limite efetivo de poder¹⁰³⁹. E esta, a Constituição, deve ser cultivada, interpretando-se como um produto da cultura de um povo.

No caso do Brasil, certas matérias não podem ser objeto sequer de deliberação da Casa Legislativa desde o estágio de proposta de emenda constitucional. É isto o que revela o art. 60, § 4º, da atual Constituição, elencando, entre elas, a federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e as garantias individuais.

Dizendo isto, quero insistir em que há limites para aquele ou aqueles que saem vitoriosos nas pendências políticas em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, “caput”, da atual Constituição do Brasil).

Raciocinando assim não se conclui que, sendo poucas as leis, não possam as mesmas ser intoleráveis e de aplicação desordenada.

Além do mais, o arbítrio judicial é um perigo contra o qual é preciso estar sempre alerta; pois uma ditadura do Judiciário é tanto ou mais perniciososa.

¹⁰³⁹ Relembro as palavras de MACHADO NETO: “Desde as representações primitivas de uma ordem legal de origem divina, até a moderna filosofia do direito natural de STAMMLER e DEL VECCHIO, passando pelos sofistas, estóicos, padres da Igreja, escolásticos, ilustrados e racionalistas dos séculos XVII e XVIII, a longa tradição do *jusnaturalismo* se vem desenvolvendo, com uma insistência e um domínio ideológico que somente as idéias grandiosas e os pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes poderiam alcançar.” (Teoria da Ciência Jurídica. São Paulo. Editora Saraiva. 1975, p. 82)



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Há mesmo aqueles que menos preferem conhecer as leis do que os precedentes da jurisprudência, resumindo o direito à palavra dos juízes.

Um direito mudo, ou que fale precipuamente conforme o arbítrio dos juízes, não traz segurança e estabilidade.

Por outro lado, não se deve apoiar os raciocínios jurídicos no conhecimento estático da norma, esquecendo de que ela foi feita para ter efetividade.

Nenhuma proteção advém de uma norma que não é aplicada.

Aqui, a idéia central é a de que a inflação normativa é perniciosa.

Como exemplo comparativo do que defendo, lanço mão de um exemplo.

Imagine-se alguém acometido de uma doença.

Vai a um primeiro e a um segundo médico. Recebe uma primeira e uma segunda receita, mas a moléstia não o deixa. Finalmente, vai a um terceiro, que, naturalmente, discorda dos outros dois, e passa uma terceira receita.

É evidente que isto traz intranquilidade e incerteza.

O excessivo número de receitas não conduz à solução do problema.

Assim também ocorre no direito. O excessivo número de normas traz consigo as dificuldades e as complicações que os muitos remédios podem provocar no organismo.

A inflação normativa provoca danos por si, e não são poucos.

Certamente, um ordenamento jurídico demasiadamente extenso contém normas que não são utilizadas; ou, o que é pior, deixa portas e janelas abertas para a dissimulação, de modo a permitir que alguém mentalmente mais habilidoso ou importante política ou economicamente venha a chegar à solução que quiser, amparado em possíveis equívocos e indeterminações das palavras das leis.



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Leis mais claras e estáveis não excluem a necessidade da especialização profissional. Contudo, permitem reduzir a existência de verdadeiros labirintos jurídicos que menos servem aos cidadãos, e só auxiliam na criação de nichos intransponíveis que dão espaço a linguagens cifradas, só compreensíveis entre aqueles que dela se beneficiam.

O afã da especialização em temas cada vez menores vai fazendo surgir pretensões de autonomia cada vez mais específicas, sendo preciso não perder de vista que a confusão normativa, sem o amparo de elementos de teoria geral, termina por ser prejudicial à noção de que o direito deve servir ao homem, e não o inverso.

A criação de nichos de seletíssimo conhecimento, com uma multiplicidade inesgotável de normas jurídicas, conduz a situações indesejáveis, como aquela em que o Secretário da Receita Federal do Brasil, prestando informações à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Bancos, reconhece que das 500 (quinhentas) maiores empresas do País, cerca de 50% (cinquenta por cento) não pagam Imposto de Renda, e, entre os Bancos, 40% (quarenta por cento) das 66 maiores Instituições também não pagam.¹⁰⁴⁰

Importante notar que não se trata de sonegação, ou de algum comportamento ilegal que mereça outro nome jurídico, mas do que se convencionou chamar de elisão fiscal (planejamento tributário das empresas)¹⁰⁴¹, onde se lança mão de brechas legislativas que livram o contribuinte, com maiores aparatos jurídicos e melhores advogados, da tributação.

Assim, são utilizados dispositivos legais de modo a serem adotadas novas formas desonerativas, precipuamente a compensação de aparentes prejuízos.

¹⁰⁴⁰Extraído de ÚLTIMAS – Correio Brasiliense.20.05.99. www.correioweb.com.br/urgente/noticia39255.htm.

¹⁰⁴¹Em todo caso, observa-se que a legislação brasileira vem buscando adotar um maior número de iniciativas no sentido de reduzir a prática da elisão, inclusive no âmbito do planejamento tributário internacional. De acordo com duas Instruções Normativas (nº 164, de 23.12.1999 e nº 68, de 27.06.2000), da Secretaria da Receita Federal, foi publicada uma lista de países “*com tributação favorecida*”. Seriam eles: Andorra, Anguilla, Antigua, Antilhas Holandesas, Bahamas, Bahrein, Barbados, Barbuda, Bermuda, Chipre, Costa Rica, Djibouti, Gibraltar, Granada, Ilhas Cayman, Ilhas Cook, Ilha da Madeira, Ilha Man, Ilhas do Canal, Ilhas Marshall, Ilhas Maurício, Ilhas Turks e Caicos, Ilhas Virgens Britânicas, Labuan, Liberia, Liechtenstein, Malta, Monserrat, Nevis, Panamá, Saint Kitts, Saint Vincent, Seychelles, Tonga, Vanuatu, Belize, Dominica, Ilhas Samoa, Ilhas Virgens Americanas, Mônaco, Nieuí, Nauru, Santa Lúcia e San Marino.



Mas não é só isto. Uma questão que ganhou fôlego no ano de 1999, no campo do planejamento fiscal, foi aquela dos descontos na venda de mercadorias aos revendedores.

Notoriamente, grandes empresas não querem pagar mais tributos sobre os alegados descontos. Entenda-se, aí, particularmente o Imposto estadual sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e o Imposto federal sobre produtos industrializados (IPI).

No setor automobilístico, onde os descontos nos preços assumem valores mais significativos, bem como na área alimentícia, este problema assume montante de considerável importância.

A luta judicial, normalmente, não se restringe apenas a não pagar os impostos futuros, mas também vai no sentido de compensar os impostos pagos no passado sobre os havidos descontos.

Ocorre que, mesmo com eventuais decisões administrativas ou judiciais favoráveis, o repasse dos tributos para o valor das mercadorias é quase uma certeza, em se tratando do consumidor final.

Assim, de um lado, defende-se que só é constitucional a tributação incidente sobre o efetivo montante da operação realizada; e, de outro, a Fazenda federal argumenta que, mesmo sem o pagamento do tributo, haverá o repasse do mesmo ao consumidor final.

Em meu entendimento, reconheço na postura da Fazenda estadual de São Paulo uma posição mais ponderada.

É a seguinte.

A Fazenda estadual de São Paulo considera que o desconto eventualmente concedido pode ficar livre do Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, desde que atenda a uma condição importante.

A condição é a de que o valor de venda, bem como o das bonificações ou o dos descontos sejam discriminados na nota fiscal (fatura).



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Ocorre que não é incomum a empresa querer impugnar este procedimento, argumentando que isto nem sempre seria possível, porque muitas delas receiam que a concorrência descubra, pela nota emitida, os preços praticados pela concorrente.

Com o máximo respeito, prefiro ficar com a Fazenda paulista.

Pois bem, com as variações normativas, chegando o Poder Judiciário a um consenso, é de todo inconveniente para a arrecadação, e para o cidadão médio, aquele que termina suportando o tributo, que se mude incessantemente as normas.

Este tipo de instabilidade do artefato normativo, tão incentivado pela inflação de normas jurídicas provisórias, nem sempre vai de encontro aos anseios do homem comum, que termina arcando com os encargos da máquina do Estado.

Além dos clientes, são os profissionais altamente especializados nas vírgulas e nos pontos e vírgulas que saem ganhando¹⁰⁴².

Nesta linha de raciocínio, defendo que, via de regra, o que deve mudar não é a norma, ou, tão somente, a norma; sendo necessário uma reforma cultural da maneira de se fazer justiça.

Aqui, vejo o problema em algumas ordens no Brasil.

¹⁰⁴² Interessante observar que, em meio à regulamentação da Reforma Constitucional Previdenciária, surgiu um acirrado debate travado entre o Legislativo e o Executivo, pois enquanto o primeiro pretendia ver como requisitos para a aposentadoria um determinado tempo de contribuição *ou* um determinado tempo de serviço: queria o Executivo que ambos os requisitos fossem interpretados cumulativamente, e não alternativamente. Tudo girava em torno do ponto e vírgula da redação da Reforma Previdenciária sobre o qual o Governo apoiava-se. De fato, e sem fazer aqui qualquer análise de mérito, predominou o entendimento de que, desde a promulgação da Constituição de outubro de 1988, as duas condições de aposentadoria nunca foram consideradas cumulativamente. EM TEMPO: mesmo com a Reforma Constitucional nº 20, de dezembro de 1998, segundo o Instituto Nacional de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o sistema previdenciário é um dos grandes responsáveis pelo desequilíbrio fiscal brasileiro. (vide Diário de Pernambuco, 21.05.99. Caderno Política – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região)



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Primeiramente, deve haver uma preocupação com o processo; mas não com a criação de novos formalismos consagratórios de doutrinas enfeixadas nos muros do mundo teórico universitário.

O ajuste nas regras de procedimento, contudo, não é suficiente. Haja vista o que vem ocorrendo no Brasil destes últimos anos, onde os juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade e criminais de menor potencial ofensivo já mereceram até mesmo tratamento em esfera de reforma constitucional (Emenda Constitucional n 22, 18.03.99, Parágrafo Único, art. 98)¹⁰⁴³. Além disto, a simplificação de ritos e recursos, bem como a criação do Juízo arbitral não vem conseguindo resultados práticos muito além da insignificância¹⁰⁴⁴.

Ainda sobre o Juízo arbitral, no Brasil, as apontadas vantagens desse mecanismo em relação ao processo judicial, que se afirma mais lento e oneroso, vêm sendo superadas pelo espírito de desconfiança dos brasileiros, que têm uma forte propensão a duvidar da isenção de um mediador ou árbitro leigo. Além do mais, o inc. XXXV, do art. 5º, da atual Constituição estabelece que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, cabendo, sempre assim, o recurso à via judicial, independente de proibição presente na esfera subconstitucional. Em meu entendimento, entretanto, é possível o desenvolvimento da arbitragem, a médio prazo, nas disputas de ordem econômica (venda casada, violações de marcas ou de contratos, não pagamento de royalties, competição desleal etc) e nas ações de classe, entre elas as que envolvam relações trabalhistas.

Este estado de coisas, é bem verdade, não traduz um completo fracasso na iniciativa legal. Penso que o debate, nas Casas dos representantes do povo, ainda é o melhor caminho para as discussões democráticas.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴³ Constituição do Brasil. “Art. 98. (...)

Parágrafo Único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

¹⁰⁴⁴ Ressalvo, contudo, que, no Estado de Pernambuco, por exemplo, cerca de 71 % (setenta e um por cento) das causas impetradas junto aos Juizados Especiais vêm sendo resolvidas na conciliação. Este dado foi extraído do Jornal do Comércio, de 21.05.99. Caderno Cidades, p. 05 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

¹⁰⁴⁵ Atualmente, no Brasil, fala-se: em fazer com que o devedor em atraso no pagamento de condenações judiciais pague juros reais a seu credor; impor aos sucumbentes, a cada recurso



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Considero, também, que as discussões em torno de uma nova organização para o Poder Judiciário é um outro fator conducente à estabilidade.

Repito o que venho dizendo. Para mudar, é preciso conhecer o que já existe. É preciso planejar novas alternativas que conjugam serenidade e responsabilidade.

Mais um exemplo que serve de justificativa para o que defendo.

Em direito tributário, vem sendo, infelizmente, comum que a União lance tributos manifestamente inconstitucionais; e, após o reconhecimento da inconstitucionalidade nas barras da Justiça, fiada no modo de agir judicante, exija para a devolução das exações indevidas que se mova ações de cobrança que percorrem longos ritos até às Côrtes de Brasília, Capital da República.

Terminado este périplo, vem o precatório, e as suas filas intermináveis.

Para se ter uma idéia aproximada daquilo que digo, resgato o fato de que grande parte dos empréstimos compulsórios lançados à época do Governo do ex-Presidente JOSÉ SARNEY (1986) ainda não foi devolvida, e já se está em 2.001.¹⁰⁴⁶

Assim, a conclusão a que se chega é a de que o Poder Judiciário brasileiro, por vezes, é utilizado como um instrumento para a rolagem da dívida estatal. Isto a um custo baixo, pois, além da demora dos precatórios, é de se considerar que juros de 6% ao ano, nas circunstâncias brasileiras atuais, é um ótimo negócio.

Também não se deve esquecer de que quando o Poder Judiciário, reconhecendo esta estratégia, procura superá-la, termina esbarrando na reação do Poder Executivo, que responde com novas medidas provisórias, entavando a agilidade e retornando ao campo da lentidão.

desprovido, condenações suplementares; punições a agentes administrativos que desobedecerem a ordem judicial etc.

¹⁰⁴⁶ Esta informação, ainda atual, extraí do artigo do Ministro do Superior Tribunal de Justiça HUMBERTO GOMES DE BARROS, publicado no Correio Brasiliense. 06.05.99, p. 25 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.



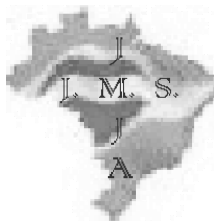
CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



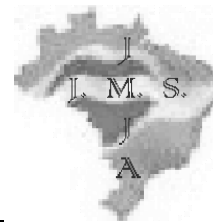
O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, HUMBERTO GOMES DE BARROS, no Correio Brasiliense de 06.05.99, p. 25, resume todo este quadro, afirmando: “À prepotência do Executivo corresponde a impotência do Judiciário: ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte; aqui, no Brasil, funcionário público que desobedece decisão judicial não se expõe à punição.”

E arremata, no alto da sua experiência de 30 anos de advocacia e oito de magistratura: “Inspirados no exemplo oficial, os cidadãos brasileiros descobriram as vantagens do Poder Judiciário como instrumento para rolagem de dívidas. O Brasil transformou-se em nação de demandistas, especialistas em alongar processos. Entre nós, somente assalariados e otários pagam impostos, as leis apenas obrigam, quando atendem a nossos interesses imediatos. A violência transformou-se em único instrumento eficaz para a satisfação dos direitos. A persistir esta situação, nada se alterará com a reforma judicial.”¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁷ Entre as propostas de Reforma, salientaram-se: 1. a extinção ou a reformulação da Justiça do Trabalho; 2. o controle do Judiciário, através do Conselho Nacional da Justiça, onde muito se discute sobre a ideal composição dos seus membros; 3. a quarentena de três anos do Procurador-Geral da República, dos Procuradores-Gerais da Justiça e do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de modo que, neste período, não possam ser nomeados para o cargo de juiz. A quarentena de dois anos, proibindo que os juízes, neste prazo, exerçam a advocacia, ao menos no Estado em que atuavam; 4. a súmula com efeito vinculante; 5. prazos para os tribunais julgarem o mérito das liminares; 6. a proibição da nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, ou por adoção, para cargos comissionados na administração pública. 7. a Justiça passaria a funcionar permanentemente, e, nos dias em que não houvesse expediente, magistrados permaneceriam de plantão para o exame das matérias urgentes (observação: isto já existe hoje em dia); 8. altera-se as funções do Supremo Tribunal Federal, transferindo para o Superior Tribunal de Justiça o julgamento de crimes de responsabilidade cometidos pelos ministros de Estado e membros do Tribunal de Contas da União. Além disto, o Supremo Tribunal Federal deixaria de julgar, em recurso ordinário, os crimes políticos; 9. mantém-se o Superior Tribunal Militar, mas o número dos seus integrantes seria reduzido de 15 (quinze) para 7 (sete). Os Tribunais Regionais Militares seriam extintos, e os processos seriam encaminhados ao Tribunal de Justiça do Estado. Os crimes cometidos por integrantes da Polícia Militar, no exercício da função, passariam a ser julgados pela Justiça comum; 10. O Tribunal Superior Eleitoral seria integrado por apenas um Ministro do Supremo Tribunal Federal (hoje, são três). O número de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, aumentaria de dois para quatro; 11. os precatórios de crédito de natureza alimentícia (pensão, indenização, salário atrasado), até um valor fixado em lei, teriam de ser pagos, no máximo, 30 (trinta) dias após a decisão judicial.



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Em síntese. Estabilidade e efetividade das normas são instrumentos sem os quais não haverá segurança, nem justiça.

Contudo, para o momento, o que se vê são as inesgotáveis edições e reedições de medidas provisórias, ao lado de uma cultura demandista, à frente dela o próprio Estado.

Ambas as questões apresentam um ponto de intersecção bem abrangente, pois as medidas provisórias estimulam e alimentam novas causas em Juízo, provocando um círculo vicioso.

Mesmo sendo assim, parece que não se incluirá, entre as matérias discutidas no âmbito da reforma do Poder Judiciário brasileiro, o tema da regulamentação das medidas provisórias.

O motivo para isto talvez seja o de se pretender evitar a discussão simultânea de temas que, isoladamente, são polêmicos por si.

Assim, segue-se ignorando a lei quer pela grande quantidade das leis vigentes, quer porque apenas muito poucos conhecem uma determinada parte do ordenamento jurídico a fundo.

Com isto, voltaríamos a discutir a propriedade do adágio, consagrado na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, de que “*ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*” (art. 3º)

No entanto, para evitar a repetição do que penso a respeito do assunto, remeto à leitura de um tópico anterior que destinei especificamente a isto.

Embora, aqui, deva repetir que o efetivo cumprimento da lei não é algo que oprima mais aos pobres, porquanto não disponham de advogados mais habilitados.

Penso que não seja exatamente assim, não apenas em função das advocacias de ofício e das defensorias públicas; mas, sobretudo, porque cumprir a lei é, em alguma medida, um limite ao poder econômico, que precisa cumprir preceitos previamente definidos, não devendo o direito variar com a frequência das marés e sem a previsibilidade das mesmas.



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



A inflação de prescrições normativas,¹⁰⁴⁸ ou uma super-produção de normas, ameaça a segurança, e, conseqüentemente, a justiça; dado que defendo a segurança como um instrumento a serviço da realização da justiça.

Note-se que, pensando assim, discordo daqueles que encontram uma política de deflação normativa na atitude de países como os Estados Unidos da América do Norte, onde se permite a determinadas normas prever durante um certo período de tempo – entre 05 (cinco) e 10 (dez) anos – a menos que sejam expressamente estendidas através de um exame prévio.

É possível que, nos Estados Unidos da América do Norte, isto reduza consideravelmente a acumulação normativa. Parece que este expediente também vem tendo sucesso na Suécia (desde 1979), na Alemanha (desde 1986) e na Inglaterra (entre 1945 e 1980), tal como informa JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ, em seu “*A seguridad jurídica ante la abundancia de normas*”.¹⁰⁴⁹

Ocorre que o direito não pode ser visto apartado da sociedade, da cultura de um povo, das suas circunstâncias econômicas, políticas etc.

Por isto, no Brasil, afora as chamadas leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias – LDO, orçamentos anuais – fiscal, investimento e da seguridade

¹⁰⁴⁸ Dentro deste espaço argumentativo, saliento o pedido de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade, interposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), junto ao Supremo Tribunal Federal. Defendeu-se que o disposto na Medida Provisória nº 1819 alterou, de forma casuística, matérias já regulamentadas por lei, em relação à prestação de serviços de energia elétrica e ao processo de privatização das empresas do setor. Particularmente, foi atacado o art. 6º, desta Medida Provisória, que ampliou de 30 (trinta) para 120 (cento e vinte) dias o prazo de validade do balanço elaborado pelas empresas incluídas no programa de desestatização; isto, conforme os postulados da ação, afetaria o princípio da segurança jurídica. Segundo a ação interposta perante o Supremo Tribunal Federal, pretendia-se desta forma acelerar a venda da empresa Furnas Centrais Elétricas, cuja privatização foi objeto de inúmeras demandas em Juízo. Estaria, assim, o instrumento da medida provisória como que equiparado a um mero despacho presidencial. (vide Jornal do Brasil, 19.05.99. Caderno Economia, p. 17 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região)

¹⁰⁴⁹ FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS PALMA. *La Seguridad Jurídica ante la abundancia de normas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997, ps. 26-27.



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



social) e as leis excepcionais ou temporárias, com aplicação no âmbito do direito penal¹⁰⁵⁰, não têm as medidas provisórias, que em princípio deveriam apenas ser adotadas para situações de exceção – relevância e urgência, logrado êxito no campo da redução do volume normativo.

Antes pelo contrário, tal como vem sendo demonstrado.

A avalanche de normas provisórias não protege o cidadão, e passa a ser um castigo, dado que deve comportar-se como se não as ignorasse.

Assim, quando falo pela necessidade de cumprir a lei, admito que esta precisa ser estável, provocando um necessário clima de tranquilidade e segurança.

A prática abusiva está em completo desacordo com o instituto, sobretudo quando atinge o cidadão em seus direitos irreformáveis constitucionalmente, tal como a garantia do direito adquirido, da anterioridade, da isonomia etc.

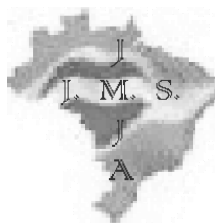
De fato, talvez seja no campo tributário que os dilemas provocados pela instabilidade legislativa aflorem com mais intensidade.

Isto é particularmente lamentável, ainda mais quando se sabe que o Brasil é um País onde se encontra um dos mais graves conflitos distributivos do mundo.

Segundo os dados da Revista Alfândega nº 04, janeiro/março de 1999, ps. 13 e ss, 20% (vinte por cento) da população brasileira fica com 63,3% (sessenta e três, vírgula três por cento) da renda nacional, enquanto os 50% (cinquenta por cento) mais pobres com apenas 12% (doze por cento).

Isto termina por dificultar ainda mais uma verdadeira reforma tributária no Brasil, pois enquanto o empresariado, fortalecido politicamente com o sistema de financiamento eleitoral, reivindica um alívio tributário, mediante a redução de sua carga, o Estado pretende ajustes fiscais de modo a equacionar os seus problemas financeiros pela via da arrecadação, em face das dificuldades políticas e jurídicas de reduzir a despesa, em que

¹⁰⁵⁰ Lei excepcional ou temporária. Código Penal: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.”



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



pese a Reforma Administrativa, levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 19, de junho de 1998, que ainda enfrenta dificuldades de regulamentação.

É diante destes conflitos de interesses entre os atores nacionais que se verifica que, mesmo diante da avalanche normativa, não se consegue regulamentar a tributação incidente sobre as grandes fortunas (art. 153, inc. VII, da atual Constituição), melhorar a legislação sobre o sistema financeiro, nem derrubar a idéia vigente no brasileiro médio de que, no Brasil, só é punido aquele que não tem dinheiro, ficando impunes os cometedores de evasão de divisas, de fraudes cambiais, de sonegação etc.

Assim, embora o bom senso indique que aquele de maior poder aquisitivo deva pagar mais tributos; no Brasil, parece-se defender que este ideal é arcaico e inadequado.

Em suma, a inflação normativa, que é uma constatação da realidade nacional, termina por ter ao seu lado uma verdadeira apatia de legislar.

Esta é uma das contradições brasileiras. Se, por um lado, há excesso de normas; por outro, há uma evidente falta delas¹⁰⁵¹.

É o desequilíbrio e a falta de harmonia que atinge um sistema com muitas normas, embora mal distribuídas.

Por isto, defendo a necessidade de uma reforma cultural, para além de reformas jurídico-formais.

Uma revolução pelo prestígio à educação de um povo que ama o seu País, e precisa se orgulhar dele.

¹⁰⁵¹ É necessário, contudo, tomar com cautela a afirmação do exagero normativo. No Brasil, não são poucos os que defendem o enxugamento das leis trabalhistas e a menor presença do Estado nas relações entre empregados e empregadores. Acenam que isto faria com que houvesse contratações mais flexíveis, com o consequente aumento no número de empregos. Pessoalmente, entendo que esta iniciativa traria consigo o risco da desproteção do empregado e o passivo de não se conseguir aumentar o nível de emprego por norma jurídica. Desemprego não se resolve por norma constitucional ou lei ordinária.



Nesta sede, é fundamental que se esclareça que a noção do “custo-Brasil” é um tanto falaciosa, conforme demonstra EVERARDO CAMPOS, em seu artigo intitulado “Reforma Tributária”.

Na verdade, o principal problema reside na desigualdade, muito mais do que em qualquer outro setor.

São os dados colhidos: “A simplificação de impostos no Brasil tem se dado sempre em nome da iniquidade fiscal. Os 500 mais ricos do país apresentam rendimentos compatíveis com os recebidos por um contribuinte de classe média e o maior proprietário de terra do país declarou prejuízo na atividade rural e pagou de imposto um valor equivalente ao por um metalúrgico e, ainda, cumpre-se ressaltar que, em 1992, a proposta de extinção do Imposto sobre produtos industrializados – IPI foi rechaçada pelos empresários beneficiados com incentivos fiscais. (...)”

E continua, falando dos custos da Administração tributária brasileira, de acordo com os dados de que dispunha: “Em verdade, o Sistema Tributário Nacional possui 16 impostos, 27 taxas e 12 contribuições e o custo da Administração Tributária brasileira, expresso em percentual da arrecadação efetiva, é bem inferior à maioria dos países a seguir, mesmo incluindo o comércio exterior, o que normalmente não acontece, tal que: na Alemanha é 2,3%, no Canadá é 1,7%, na França é 3,5%, na América Latina é 2,2% e no Brasil é 1,5%.”¹⁰⁵²

Quero crer, feitos todos estes relatos, que é preciso distinguir a realidade das multívocas expressões normativas no Brasil daquela que, eventualmente, ataque em outros Estados do mundo.

Aqui, as causas da inflação normativa ainda não residem no desenvolvimento das relações internacionais com os seus Acordos e Convenções, nem tampouco no fato de ser o Brasil uma Federação, permitindo com isto a multiplicidade de fontes de produção (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

¹⁰⁵² Textos extraídos da Revista *Alfândega*. Ano II. Nº 04. Janeiro / Março de 1999, ps. 13-15. EVERARDO CAMPOS é Presidente Regional do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal – UNAFISCO, de Cumbica.



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Quanto a este último aspecto, é de se dizer que, quase sempre, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, mesmo que não estejam conscientes da simetria constitucional, terminam por, praticamente, reproduzir o que já foi feito pela União.

Assim, a eclosão exagerada de normas, com as características nacionais, trazem também consigo uma possível pressa e superficialidade das redações, que ainda mais incentivam a contenciosidade.

Um outro problema que não se deve evitar é o do surgimento de textos legais que têm o exato objetivo de atender aos reclamos imediatos da população, que, instigada pela mídia, exige, muitas vezes sem conhecimento de causa, um novo diploma legal.

Foram os casos dos crimes hediondos e da sua ampliação com a inclusão de novos tipos (Lei nº 8.072, de 25.07.90 e Lei nº 8930, de 25.07.90)¹⁰⁵³, bem como da legislação sobre a prevenção e a repressão de ações praticadas por organizações criminosas (Lei nº 9034, de 03.05.95 e 9303, de 05.09.96 e Lei nº 9.303, de 05.09.1996)¹⁰⁵⁴.

Isto gera muitas vezes a quebra da proporcionalidade das punições criminais¹⁰⁵⁵, pois a pressa é inimiga do esmero imprescindível à produção jurídica, especialmente das normas criminais.

¹⁰⁵³ Entre os crimes havidos por hediondos, que são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, não se permitindo fiança e liberdade provisória, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado, destaco: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio. Todos nas formas tentadas ou consumadas. A estes tipos penais, acrescente-se: homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente.

¹⁰⁵⁴ Para estes crimes: não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa; o prazo para encerramento da instrução criminal será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto; o réu não poderá apelar em liberdade; os condenados iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

¹⁰⁵⁵ Sobre o princípio da proporcionalidade, ele não se aplica apenas às infrações penais comuns, mas também às infrações penais tributárias e às infrações administrativas tributárias. Veja-se uma das Conclusões de J. L. SALDANHA SANCHES, em seu *“A Quantificação da Obrigação Tributária – deveres de cooperação, autoavaliação e avaliação administrativa”* (2ª ed, Lisboa, LEX, 2000, p. 366): “23º. A violação de um dever de cooperação constitui o pressuposto da



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Portanto, embora nem sempre o problema resida no instituto das medidas provisórias, o clima de inquietude e de açoitamento que elas deixam permanecer termina por se transferir para a produção legislativa em geral.

Afinal, embora critique-se os excessos cometidos pelo Poder Executivo por esta via, quando a população vê-se acuada, esquece da necessidade das garantias constitucionais, tendo a ilusão de que as novas normas são feitas para os outros, e não para as suas famílias; o que pode constituir um engano, tal como a realidade faz questão de demonstrar.

Digo isto pela constante aproximação que costumo ter com a matéria criminal, dado que estive à frente de uma Vara Federal que, entre outras competências, tem em seu bojo a execução criminal, tratando do cumprimento e dos incidentes processuais que, naturalmente, surgem após o trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias¹⁰⁵⁶.

Neste espaço, lembro de um caso em que, logo após encerrar uma audiência, onde a própria parte denunciante convenceu-se, após a dilatação probatória, de que era uma hipótese de absolvição, e fez o pedido neste sentido. Como Juiz, também convencido da inocência, tratei de imediatamente sentenciar.

Acompanhando o acusado, encontrava-se o seu pai, que, dizendo que estava retornando de uma Igreja, onde havia feito uma promessa para a absolvição do seu filho, começou a chorar e me agradecer.

utilização de meios de avaliação administrativa, existindo uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da violação e a incerteza aceitável para os métodos da prova indirecta.”

¹⁰⁵⁶ De fato, a 13ª Vara Federal é a única que, no Estado de Pernambuco, dispõe da competência para a análise deste gênero de feitos. Entretanto, a ausência de penitenciárias federais vem provocando da parte de algumas importantes autoridades da República comentários do tipo daqueles formulados pelo Procurador Geral da República, GERALDO BRINDEIRO, que, ao falar no Congresso Mundial de Direito Processual, realizado no Centro de Convenções, em Olinda, sobre o combate à criminalidade violenta, defendeu a criação de penitenciárias federais no País para os crimes de maior potencial agressivo à sociedade, como o narcotráfico e os crimes contra o patrimônio público. (Vide Jornal do Comércio. 21.05.99. Cidades – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região)



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Imagine se, em um caso desta ordem, houvesse remessa de ofício com efeito suspensivo da decisão da primeira instância, pendente, portanto, de confirmação do Tribunal.

Haveria a absolvição, mas o réu continuaria preso.

Isto poderia parecer um “*non sense*”, mas poderia ser uma hipótese possível e característica do sentimento de vingança que costuma incidir em matérias que envolvam crimes; e onde se procure um culpado, sobretudo para dar algum tipo de satisfação à sociedade.

Legislar requer cautela, experiência. Legislar exige tempo.

Nesta função tão importante, a legislativa, nem sempre a agilidade e a rapidez são boas conselheiras.

Diria mesmo que não se deve adotar medidas de emergência senão em situações realmente excepcionais.

É a Constituição que avalisa a segurança jurídica. É nos princípios constitucionais, que inspiram todo o ordenamento de um Estado, que se deve buscar os primeiros motivos da interpretação de qualquer norma estatal.

Sem o aval da Constituição, a norma deixa de ser jurídica, e passa a ser mero instrumento de força, incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o princípio da segurança jurídica mantém uma íntima conexão com o necessário respeito à Constituição.

Cumprir a Constituição, seguir-lhe os passos é a primeira medida a ser tomada pelo intérprete, ou, se se preferir, pelo especialista em qualquer dos ramos do direito, ou de um dos seus sub-setores.

É legítimo esperar que seja assim. É legítimo confiar que o jurista haja deste modo.



Conhecer um ramo, ou um determinado instituto, não significa apenas tomar contato com o emaranhado normativo legal e infra-legal. É preciso ter em conta de atenção o Texto Maior, que funciona como um redutor de possíveis complexos labirintos jurídicos.

Foi esta uma mensagem que fiz questão de sublinhar todo o tempo.

Assim, tenho nos Tribunais Constitucionais, ou em outros que exerçam as suas funções, um ancoradouro para o princípio da segurança.

Conhecê-lo é bastante importante. Direito é teoria e prática. Uma não convive saudavelmente sem a outra. Completam-se.

A cultura jurídica de um País, e o momento por que o mesmo atravessa, tem o seu bastião e a sua imagem neles.

Divulgar, publicar, estimular a comunidade de modo que se interesse ao menos quanto às suas principais Decisões é missão de relevo dos meios de comunicação.

Em outras palavras, a publicidade das Decisões dos Tribunais Constitucionais, ou de seus similares, é uma informação importante quer para os profissionais do direito (juiz, promotor, procurador, advogado etc), como também para o próprio Legislativo, que vê, na prática, o que está sendo feito com o produto legislado.

No Brasil, há um certo estigma para o que se chamou de a “*Voz do Brasil*”, que é um antigo programa de rádio transmitido no início da noite, e cuja audiência é reduzidíssima.

Diria mesmo que praticamente ninguém o escuta.

Por um lado, poderia-se dizer que este fenômeno ocorre por ser ele um reprodutor da “*voz oficial*” dos fatos ocorridos na esfera do Legislativo, do Executivo, do Judiciário, do Tribunal de Contas, etc.

Penso que o problema não seja este, mas resida na maneira enfadonha de sua transmissão, que praticamente não variou durante décadas¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁷ A “*TV Senado*” é um exemplo de êxito da notícia oficial passada ao vivo.



Para supedanear o que falo, aponto o “*Jornal Nacional*”, que é um programa jornalístico da principal empresa televisiva do Brasil, a TV Globo, que chega a ter, em Portugal, alguns programas retransmitidos pela SIC, uma importante estação televisiva portuguesa.

Pois bem, o “*Jornal Nacional*” é o programa brasileiro que mais audiências já teve. E isto não significa que repasse um ponto de vista que, por unanimidade, seja havido como imparcial. Antes pelo contrário, haja vista o tanto que se discutiu sobre uma anterior eleição presidencial no final da década de 80.

Enfim, a publicidade funciona como um filtro diante do que se faz perante as contingências.

Mas publicidade pressupõe clareza, concisão, simplicidade. E insisto que é possível aliar estes atributos, e, mesmo assim, evitar a vulgaridade.

Não basta tornar pública uma iniciativa importante para a vida de todos, mediante instrumentos lingüísticos que apenas estejam ao acesso de uma pequena elite jurídica, sendo fundamental não esquecer de que a comunidade, em geral, é não especializada, e nem por isto deve ser alijada das noções do que se pretende fazer diante dos problemas que o corpo coletivo está a enfrentar.

Lembro mesmo de que, em épocas de campanhas políticas, há todo um esforço de comunicação, que não deve se esgotar após a abertura das urnas.

Partindo destas premissas, é natural que encontre dificuldade em se comunicar à população que aquilo que ontem foi dito como uma possível solução para um determinado problema, hoje já precisa ser modificado porque a solução mais uma vez não foi bem escolhida, ou foi apressadamente eleita.

A transparência expõe o poder.

A lógica do poder é bastante peculiar, o que, apenas exemplificativamente, pode ser retirado das palavras do então Senador, e hoje Presidente da República Federativa do Brasil, FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, que manifestava o seu entendimento a respeito das medidas provisórias, criticando o Governo Collor quanto à enxurrada, dizendo:



“Câmara e Senado nada mais fazem do que apreciá-las aos borbotões (...) É certo, porém, que, seja qual for o mecanismo, ou o Congresso põe um ponto final no reiterado desrespeito a si próprio e à Constituição ou, então, é melhor reconhecer que no País só existe um ‘poder de verdade’, o do Presidente. E daí por diante esqueçamos também de falar em ‘democracia’”¹⁰⁵⁸

Contudo, durante o seu atual Governo, pretendeu-se eliminar a restrição proibitiva, contida no art. 246, da Constituição brasileira¹⁰⁵⁹, defendendo-se aceitá-la apenas para as Emendas Constitucionais já aprovadas, reivindicando o direito de regulamentar, por medidas provisórias, as futuras Emendas. Uma espécie de norma constitucional provisória, de eficácia temporária.

De fato, foi isto o que ocorreu conforme a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que limitou o art. 246 no tempo, na verdade entre o intervalo que vai desde 1º de janeiro de 1995 até 11.09.2001.

É de destaque que, no período em que a divergência foi posta aos debates, já estavam por vir Emendas de grande relevo, entre elas: reforma tributária, pacto federativo, sistema financeiro, propriedade dos meios de comunicação, segunda geração da reforma previdenciária, reestruturação do Poder Judiciário, etc.

¹⁰⁵⁸ Extraído do Estado de São Paulo, 17.05.99. Caderno Política, p. A-4 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. O autor do artigo é JOSÉ GENOÍNO, subscrito como Deputado Federal do Partido dos Trabalhadores, por São Paulo. O Deputado, ao comentar a transcrição das palavras do Presidente, vaticinou: “Ao querer alargar a abrangência das Medidas Provisórias, de duas uma: ou o presidente quer, de fato, que se esqueça o que ele escreveu, ou cultiva agora um despreço pela democracia.” Fala-se em ampliação dos poderes presidenciais, nesta seara, porquanto se discutia a modificação do art. 246, da atual Constituição (Texto originário), que impede a utilização de medidas provisórias para regulamentar dispositivos constitucionais aprovados a partir das Emendas Constitucionais nºs. 06 e 07, ambas de agosto de 1995. Sob a redação da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, restou limitado no tempo, compreendendo o período que vai desde 1º.01.1995 até 11.09.2001.

¹⁰⁵⁹ Constituição do Brasil. “Art. 246. 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.” (artigo incluído pela Emenda Constitucional nº 06, de 15.08.95. A Emenda Constitucional nº 07, da mesma data, repete essa inclusão)



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Importante, também, tomar em conta que aprovando-se, nas Emendas Constitucionais, apenas os princípios gerais, ficaria a efetiva materialidade das mudanças para a via das medidas provisórias.

Ora, a norma jurídica ordena, permite ou proíbe, não sendo razoável esperar que estes comandos sejam, via de regra, provisórios.

Poderia-se dizer que isto facilitaria a vida do Estado; ou melhor, do Governo, permitindo que ele se adapte às novas realidades, tal como uma empresa privada o faria.

Tenho de discordar, inclusive porque nem sempre as *empresas privadas* significam prosperidade e acerto absoluto.

É fundamental que as leis sejam feitas com rigor, e ocorra uma pesquisa tanto quanto exaustiva para produzi-las.

Uma lei não deve ser feita por um simples impulso, ou tal qual um mero despacho presidencial. Se não chega a ser um produto acabado, não pode desconhecer a experiência ética em geral e a experiência jurídica em particular.

É a *experiência integral* consoante a história, os fatos e os valores que fornecem sentido à transformação.

Cada sociedade tem o seu sistema de referência, que pode evoluir e se renovar, evitando o envelhecimento do que já existe.

Assim, não se pretenda ao direito uma neutralidade axiológica, desconhecendo que recolha uma dada ideologia.

Períodos de globalização e a existência de áreas de homogeneização jurídica não justificam o menosprezo das características particulares de cada sociedade.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁶⁰ Segundo os dados da ONU (www.onu.org), apresentados no Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, aferindo 174 Países, alguns pontos merecem reflexões: a) em 1870, os 20 por cento mais ricos do Planeta possuíam renda sete vezes superior à dos 20 por cento mais pobres. Em 1997, a diferença era de 30 para 1; b) a população mundial é de cerca de 6 bilhões de pessoas, e 20 por cento delas (cerca de 1,2 bilhões) vivem entre a América do Norte e a Europa



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Algo (um instituto, uma determinada norma ou regime etc) pode funcionar bem em um País, e mal em outro.

A corrida aos *Diários Oficiais* (Diários da República e congêneres) não creio que seja o caminho para provocar uma real sensação de autêntico desenvolvimento jurídico.

A banalização deste instrumento de publicidade administrativa termina por provocar conseqüências desastrosas.

Exemplifico o que digo com um fato ocorrido, no Brasil, em maio de 1999.

Foi o seguinte.

Uma servidora, que recentemente ingressara nas hostes da Administração Pública, recebeu uma senha de publicação no Diário Oficial.

Com esta senha, logo tratou de realizar duas publicações inesperadas, e que causaram forte furor no Congresso Nacional contra o Presidente da República. E a reação não veio apenas da oposição ao Governo.

É que se fez publicar dois contratos com valores milionários, mas que não passaram pelo procedimento licitatório.

O primeiro dizia respeito à contratação de uma famosa cantora para que se apresentasse na festa de aniversário do Presidente da República.

O segundo dizia respeito à contratação de “Pelé” para que o mesmo realizasse palestras sobre futebol.

Mais adiante, verificou-se que estes fatos não eram verdadeiros, embora publicados no Diário Oficial.

Ocidental, e detêm 86 por cento do PIB mundial, 82 por cento das exportações, 68 por cento dos investimentos produtivos diretos e 74 por cento das linhas telefônicas. Aos 20 por cento mais pobres restam, de tudo o apontado acima, apenas 1 por cento, exceto no número de telefones (1,5 por cento).



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Um episódio ainda mais sério é o que se segue.

Ele diz respeito à anistia concedida pela L. nº 9683, de 25 de maio de 1998. Tratava-se de uma anistia concedida aos Prefeitos em face do cometimento de crimes por apropriação de contribuições sociais descontadas dos servidores, e não repassadas à autarquia previdenciária (art. 11).

Mas, ao lado disto, surgiu, de repente, a extensão desta anistia para os empresários. Texto este que não foi votado, ofendendo o processo legislativo constitucional.

Uns argumentavam que, se a lei já estava em vigor, a republicação para extrair o texto não votado valeria como lei nova.¹⁰⁶¹ Afinal, a publicidade seria uma garantia do cidadão. Daí, uma das importâncias da “vacatio legis”, para evitar como “legislador potencial” o “servidor da Imprensa Oficial”¹⁰⁶². Este período de espera também impediria que o Poder Executivo transferisse o ônus político da anistia para o Poder Judiciário.

Outros encontravam no dispositivo não votado uma inconstitucionalidade formal. Ocorre que contra-argumentava-se que a inconstitucionalidade pressupõe a existência, e a lei republicada já haveria sido revogada pela republicação. Não cabendo controle incidental contra lei revogada (ausência de objeto). Além disto, afirmava-se com o princípio da irretroatividade da lei penal, pois não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e que a lei penal não deve retroagir, salvo para beneficiar o réu.¹⁰⁶³

¹⁰⁶¹ Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, art. 1º: “*Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. (...) § 3º. Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação. § 4º. As correções a texto em vigor consideram-se lei nova.*”

¹⁰⁶² A respeito dos defeitos nas edições do Diário da Justiça, destaca-se o pronunciamento do então Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ministro PAULO COSTA LEITE, afirmando que a não circulação do periódico produz menores impactos negativos do que as publicações incorretas. Destacando que o Poder Judiciário depende fundamentalmente da publicidade dos atos oficiais. Este Tribunal chegou a ter uma de suas sessões de julgamento (Primeira Turma) cancelada pela não divulgação da pauta pelo órgão oficial de imprensa. (Notícias do STJ. 17.05.01. *Presidente do STJ critica defeitos em edições do Diário de Justiça*. www.stj.gov.br)

¹⁰⁶³ Vide o art. 5º, incs. XXXIX e XL, ambos da Constituição da República Federativa brasileira.



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Chamado a se pronunciar, o Supremo Tribunal Federal brasileiro optou pela inconstitucionalidade formal.¹⁰⁶⁴

Enfim, em meu ponto de vista, isto termina por atestar a banalização do Órgão das publicações oficiais.

Talvez até, mesmo que de maneira indireta, tenha o Governo responsabilidade sobre isto.¹⁰⁶⁵ Afinal, com o exagero nas publicações das medidas provisórias, infelizmente, vulgarizou-se este instituto.

Note-se que quando prego que o direito esteja, dentro do possível, ao alcance de todos, evidentemente não defendo a vulgarização das normas jurídicas, quer em termos redacionais, quer em termos institucionais.

Infelizmente, no Brasil, passa-me a sensação de que quase todos acreditam que se uma norma estiver servindo como um entrave (limite) ao poder, ele tratará de, com bastante brevidade, modificá-la, mesmo que se trate de norma constitucional.

Ora, esta situação provoca uma flagrante insegurança, que não pode ser o caminho para evoluir uma nação.

Nem a petrificação do direito, nem tampouco a orgia normativa despreocupada.

Na primeira hipótese, permite-se o envelhecimento do direito. Na segunda, torna-se os cidadãos ainda mais alheios a ele. E aquilo que não se conhece, normalmente, provoca receio e medo.

¹⁰⁶⁴ RE 273761/SP. Rel. Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 08.08.00 – 1ª Turma. Habeas-corpus ns. 77.724 e 77.734.

¹⁰⁶⁵ O Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou, no ano de 1999, a Súmula nº 221, que registra: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano decorrente de publicação pela imprensa tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.” (vide Diário da Justiça, 26.05.99, p. 68. Precedentes: Recurso Especial 184232. São Paulo. 1998/04327-4. Diário da Justiça 22.02.99, p. 110; Recurso Especial 122128. Rio de Janeiro. 1997/0015587-0. Diário da Justiça 31.08.98, p. 70. Recurso Especial 14321. Rio Grande do Sul. 1991, p. 17538. Diário da Justiça 02.12.91, p. 17538).



CAPÍTULO II. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O DIREITO BRASILEIRO



Dito de outro modo, em respeito aos cidadãos a Administração Pública tem o dever de fornecer-lhes uma situação de segurança, especialmente no que atine às normas que ela mesma produz, que são a grande maioria.

Do contrário, esta situação de perplexidade diante do desconhecido reduzirá o direito a uma zona de feudo, onde a batalha pela síntese dos anseios jurídicos dificilmente será vencida.

Enfim, ao desejo de renovação contínua é preciso superpor a necessidade real da mudança.

Nem tudo o que é novo é bom, e nem tudo o que é antigo é, necessariamente, ruim.



12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO. CONSOLIDAÇÃO. COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS

“A percepção dos traços dominantes, no plano ético, em cada grande contexto histórico, exige que se levem em conta dados culturais diversos, que adquirem seu sentido maior em função da imagem do ser humano (e da vida humana) que aparece como mais característica dentro daquele contexto. Em certas épocas, o ‘ethos’ dominante corresponde a uma hierarquia social vertical e inamovível, com um etnocentrismo cósmico-social peculiar. Em outras, encontramos uma estratificação social mais difícil, com valores mais flexíveis e relativamente ‘abertos’.”
(SALDANHA, NELSON. Ética e História. Rio de Janeiro. Renovar. 1998, p. 25)

Primeiramente, é preciso fornecer uma noção do que seja cada um dos institutos citados.

Quanto à codificação, há quem a entenda em dois sentidos, um amplo e outro restrito.

Em sentido amplo, como mera recompilação de textos jurídicos de diversificadas matérias, ela é tão antiga como a própria idéia de direito.¹⁰⁶⁶ Foi o caso do Codex Theodosianus e do Codex Iustinianus, e, mais recentemente, dos Códigos de Henrique III (século XVI) e de Henrique IV (século XVII).

Na história ainda mais recente, contudo, sob o vocábulo “codificação” assinala-se um processo surgido na Europa continental nos finais do século XVIII, marco inicial dos

¹⁰⁶⁶ Vide PRIETO, LUIS MARÍA CAZORLA. La Codificación como función de los poderes públicos en el Estado Contemporáneo. El Caso Español. Extraído de Seguridad Jurídica y Codificación. Centro de Estudios Registrales. J. San Jose, S. A. Madrid. 1999, p. 34.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



Códigos modernos, que possuem traços marcadamente diversos das antigas recompilações ou coleções de leis.

E não se trata apenas das mudanças dos valores políticos e sociais que refletiram na legislação; mas, sobretudo, quanto à técnica legislativa de construção do direito.

No plano ideológico, encontra-se o desaguadouro da legalização do poder, havendo, aqui, de se destacar o vasto movimento da codificação napoleônica.

Acreditava-se que o novo instrumento contivesse virtudes jurídicas e políticas conducentes à estabilidade.

É bem verdade que nem todo o direito atual está codificado, mas seria injusto não sublinhar a importância dos Códigos na história contemporânea do direito.

ABELARDO TORRÉ, em sua clássica *Introdução ao Direito*¹⁰⁶⁷, atribui como conceito de codificação um conjunto de leis relativas a uma determinada matéria, formando um todo orgânico e sistemático.

De onde se retira que um Código seria um corpo orgânico e sistemático referente a um certo ramo ou instituição do direito (civil, comercial, família, crianças e adolescentes, consumidor etc).

Assim, um Código seria, dentro do enfoque legislativo, uma lei. A diferença estaria na sua dimensão e importância.

A atual Constituição do Brasil sobre eles se refere, ao tratar do processo legislativo, mais especificamente no art. 64, dizendo: “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais

¹⁰⁶⁷ TORRÉ, ABELARDO. *Introducción al Derecho*. 6ª ed. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1972, ps. 304-309.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



assuntos, para que se ultime a votação. (...) § 4º. Os prazos do § 2º. não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.”

Como se vê, pela importância que se atribui a um Código, a sua disciplina constitucional de elaboração varia quanto a presumíveis situações de urgência, o que, por vezes, termina por provocar grandes delongas, tal como o caso do novo Código Civil brasileiro. No entanto, é preciso considerar que a legislação cível brasileira em grande parte já foi modificada (família, sucessões, contratos etc) através de leis esparsas que terminam por ser inseridas na própria legislação codificada.

De fato, portanto, costumam as legislações serem caracterizadas como mistas; ou seja, ao lados dos Códigos coexistem leis soltas.

Ainda dentro do tema codificação, é preciso considerar que, comumente, elas se produzem por matérias ou por institutos.

Entre as codificações por matérias, cabe fazer a citação do Código Civil, Comercial, Penal, Processual Civil e Penal etc.

Entre as codificações por institutos jurídicos, cabe fazer a citação do Código da Infância e da Juventude, hoje substituído pelo Código das Crianças e dos Adolescentes; do Consumidor, das Obrigações etc.

Como tudo na vida, apresentam vantagens e desvantagens.

Entre os inconvenientes, é ordinário apontar a cristalização do direito, dificultando a sua evolução.

Obviamente, esta oposição pode ser respondida. Afinal, quando um Código é feito não o deve ser com a pretensão da eternidade. Além do mais, os seus aplicadores (administradores e juízes) têm a incumbência de adequar as suas prescrições aos novos tempos.

Legislar para a eternidade pode ser uma ilusão, pois a vida incessantemente modifica-se.



O correr dos anos permite alterações parciais, adaptações aplicativas, e, em outra hipótese, até mesmo a substituição da legislação codificada. A reforma poderá ser total ou parcial, conforme indiquem as circunstâncias da realidade social ao seu entorno.

Entre as apontadas vantagens, tem-se o fato de que uma legislação codificada permite facilitar a interpretação e a aplicação do direito. Assim ocorre porque o aplicador, ao invés de se lançar em uma iniciativa exaustiva de pesquisa legal, onde pode encontrar leis confusas e contraditórias, já dispõe de um corpo orgânico e sistematizado; o que facilita, em muito, o seu trabalho, tornando-o mais rápido e eficiente.

Organizar uma vasta legislação esparsa em um Código, naturalmente, não é uma tarefa fácil. No mínimo, exige pesquisa, competência e tempo.

Em síntese, as codificações apresentam vantagens e desvantagens, sendo problema de oportunidade política elaborá-las.

O tema da oportunidade e da conveniência de elaborar um Código já foi muito debatido no passado, realçando, aqui, a célebre discussão travada entre SAVIGNY (o mestre da Escola Histórica) e THIBAUT (representante da tendência racionalista).¹⁰⁶⁸

Estando livre a Alemanha do domínio napoleônico, passou-se a insistir em um Código Civil germânico, embora ainda se aplicasse o Código Civil francês, em face de um possível argumento de superioridade técnica; o que, naturalmente, poderia ofender a dignidade nacional alemã.

THIBAUT, diante destas circunstâncias, escreveu um opúsculo intitulado “*Da necessidade de um direito civil comum para a Alemanha*” (1814), onde sustentava as vantagens da nova codificação, entre elas a do fortalecimento da unificação política.

SAVIGNY opunha-se a isto, publicando um opúsculo com o título “*Da vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*”, onde, em uma visão historicista do direito, contra-argumentava com o entrave da cristalização jurídica, acrescentando a necessidade de um período prévio de elaboração, porquanto nem o povo nem os juristas estivessem preparados para esta medida.

¹⁰⁶⁸ TORRÉ, ABELARDO. *Intrroducción al Derecho*. 6ª ed. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1972, ps. 305-306.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



Terminou por triunfar SAVIGNY, pois apenas em 1896 é que veio o novo Código. É bem verdade que, possivelmente, isto haja ocorrido menos pelos fundamentos de SAVIGNY do que pelas alternativas políticas tedescas.

Assim, bastaria o conhecimento desta discussão e o porte dos embatedores para realçar a codificação napoleônica.

Foi com a Revolução Francesa, e com a vitória da filosofia racionalista e individualista, que adveio o reflexo jurídico de um grande movimento codificador.

Acreditava-se, à época, que era possível confeccionar Códigos perfeitos e completos, capazes de solucionar todas as controvérsias humanas.

Evidentemente que o desprezo ao passado e a crença absoluta em um direito à margem da realidade viva da sociedade não era um caminho seguro.

Assim, embora o Código napoleônico, aprovado em 1804 - foi, na realidade o quinto projeto apresentado, e decorreu de uma Comissão de quatro membros, nomeados em 1800, composta por prestigiados juristas (TRONCHET, PORTALIS, BIGOT DE PRÉAMENEU y MALEVILLE), e que, segundo as referências que são feitas, contou com a intervenção pessoal de NAPOLEÃO -, haja evidenciado uma aguda sensibilidade jurídica, preocupando-se com a justiça e com a utilidade, evidentemente que não era um Código perfeito em uma perspectiva atemporal.

Uma breve demonstração do que digo estaria no próprio nome utilizado na edição de 1804: Código Civil dos franceses.

Ora, este Código deveria ser aplicado tanto aos nacionais, quanto também aos estrangeiros.

Daí, já em 1807, recebeu a denominação Código Napoleônico, para, em 1816, retornar ao nome primitivo. Em 1852, voltou a utilizar o nome de Código Napoleônico. Finalmente, adotou a terminologia de Código Civil Francês.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁹ TORRÉ, ABELARDO. Introducción al Derecho. Obra citada. 6^a ed. 1972, p. 309.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



Também é de se notar que, embora haja sido um dos produtos de uma Revolução como a francesa de 1789, não deixou de ter em conta o direito francês pré-revolucionário.

Tudo isto vem sendo dito para demonstrar que se, em dadas circunstâncias, é forçoso reconhecer a importância das codificações, não se pode desconhecer que é preciso evoluir, sem, entretanto, abrir mão das vantagens advenientes da sistematicidade.

Repito, em um Código surge direito novo, embora não se possa menosprezar as lições do passado.

Atualmente, no Brasil, discute-se, além das modificações no Código Civil, Processual Civil e Processual Penal, ao menos, dois outros casos.

Refiro-me à Codificação do Direito Administrativo e ao Código do Trabalho.

Vale à pena fazer alguns comentários sobre cada um deles.

Quanto à Codificação do Direito Administrativo, no Brasil, costuma-se pensar que um documento único conjugando as leis administrativas talvez pudesse trazer um respeito maior ao patrimônio que a todos pertence, imaginando-se que, assim, seria mais fácil construir uma cultura neste sentido.¹⁰⁷⁰ Em favor desta idéia, aponta-se o Direito Constitucional, o Civil, o Penal, o Processual etc, que têm um documento base sistemático, e nem por isto deixam de evoluir.

Particularmente, penso que um documento básico tornaria mais difícil ao administrador trazer a desculpa de que ignorava a legislação violada, abrindo maiores espaços para aquele mal intencionado agir arbitrariamente. Além do mais, o próprio administrado teria um acesso mais fácil a esta legislação.

Fundamental, contudo, é não esquecer das peculiaridades do nosso ordenamento jurídico, evitando copiar legislações estrangeiras, embora importante seja o seu estudo para a ampliação do leque de opções que se poderá tomar.

¹⁰⁷⁰ Extraído de “Codificação do Direito Administrativo”. LIMA, ALTAIR ROBERTO DE. Artigo escrito no Jornal Correio Braziliense. Direito e Justiça. Brasília, 07.06.99 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.



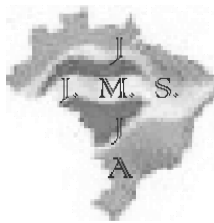
Quanto ao Código do Trabalho, ele se insere em uma série de discussões que está atingindo esta Justiça Especializada. O objetivo é a modernização e a eficiência.

Assim, no momento em que se fala em extinção do Tribunal Superior do Trabalho, apontando-o alguns¹⁰⁷¹ como um entrave para a solução dos litígios entre o capital e o trabalho, pois acumula muitos milhares de processos; em extinção do juiz classista (juízes leigos representantes das categorias dos empregados e dos empregadores); em designação de pautas apenas para conciliação de processos iniciais e de processos em fase de execução; também se discute a criação de um Código do Trabalho.

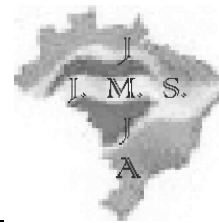
Quanto à figura da consolidação¹⁰⁷², nela não devem haver modificações substantivas frente ao direito já posto. Organiza-se, formalmente, a legislação existente, conferindo-lhe coerência.

¹⁰⁷¹ Outros, como o ex-Ministro do Trabalho e ex-Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, e atualmente advogado e membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, MARCELO PIMENTEL, afirmam: “A *Justiça do Trabalho* está situada como deve e onde deve está. (...) Às vezes penso que estamos no reino do Barão de Munchausen, é o país onde o veterinário legisla sobre direito, o engenheiro sobre medicina etc, e o ignorante sobre tudo ! O nosso ecletismo intelectual é sem par ! Na superficialidade dos conceitos sobre a reforma do Judiciário, especialmente sobre a *Justiça do Trabalho*, é quando se vê como essas pessoas são irresponsáveis (...) Mas, como eliminar o Tribunal Superior do Trabalho (a soma com o Superior Tribunal de *Justiça* representa a extinção) ? Vai haver tempo para reescrever a *Consolidação das Leis Trabalhistas* (extinta a *Justiça do Trabalho*), criar um novo sistema processual próprio para a nova sistemática etc ? Cinquenta anos de experiência vão para o bueiro. Será a sua substituição pela improvisação ?” (Extraído do Jornal do Brasil. 09.06.99. Caderno Opinião, p. 09 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região).

¹⁰⁷² Diz o Código Tributário Nacional, art. 212: “Os Poderes Executivos federal, estaduais e municipais expedirão, por decreto, dentro de noventa dias da entrada em vigor desta Lei, a consolidação, em texto único, da legislação vigente, relativa a cada um dos tributos, repetindo-se esta providência até o dia 31 de janeiro de cada ano.” Para aqueles que não entendam que se trata de norma meramente programática, ou norma sem sanção, visualiza-se a possibilidade indenizatória quer contra a pessoa de direito público, quer contra o seu agente. Vale lembrar de que, na situação em que se convive no Brasil, muito provavelmente uma módica indenização a ser cobrada do agente público produzirá mais efeitos do que uma outra de bem maior valor a ser cumprida pelo ente público. Afinal, nesta segunda hipótese, todos os contribuintes arcarão com os custos, enquanto, na indenização pessoal, será a própria autoridade atingida diretamente pela sua omissão. Um dispositivo antigo, mas talvez ainda muito moderno para o estágio concreto normativo-tributário brasileiro.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



No Brasil, certamente, a consolidação mais conhecida em meio aos estudantes de direito e à população em geral é a chamada Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT.

Difícilmente, mesmo o mais noviço nas letras jurídicas nacionais, deixou de ouvir falar na CLT.

Ocorre que, a despeito de ser chamada de Consolidação, pelo fato de haver recebido modificações substantivas não deveria assim ser chamada, ao menos tecnicamente; pois, em verdade, representa uma codificação.

Quanto à coleção de leis, normalmente elas são de índole particular, agrupadas por assuntos, por datas ou outro critério.

Escolhido o critério, trata-se de fazer uma coleção.

Por exemplo, entre aqueles que trabalham com a legislação previdenciária não é incomum colecionar-se estas leis, de maneira que elas estejam mais facilmente à disposição.

Ocorre que, mesmo agrupadas, em face da mutação legislativa, ainda haverá o risco de se estar aplicando um texto já revogado, recorrendo-se, por vezes, à técnica da colagem.

Quanto ao que aqui se chama de refundição, esclareço que tenho este termo no sentido de uma espécie de procedimento de integração ao texto codificado das alterações que lhe forem sendo feitas. Esta técnica legislativa de atualização do texto base traria consigo o mérito de deixar claro para aqueles que trabalham com aquela norma o que, realmente, encontra-se em vigor.

No Brasil, isto teria uma peculiar importância não apenas no campo da legislação previdenciária, na do regime jurídico dos servidores públicos etc; mas, até mesmo, no próprio âmbito constitucional.

Esta espécie de organização contínua do direito, refundindo-o mediante a formulação de textos atuais, poderia ser feita à medida em que fossem produzidas as novas



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



normas, permitindo ao intérprete, ao legislador e ao leitor em geral uma noção mais exata do resultado produzido com os trabalhos legislativos.

O expediente de aprovar textos esparsos, ainda não inseridos na lei que foi alterada, traz os inconvenientes das colagens e outros não menos importantes.

Este instrumento da refundição traz como aliada a possibilidade de estabilizar o volume legislativo, facilitando a leitura do texto em vigor.

Não se reduza a importância disto.

Lembro-me de quando assumi um dos meus primeiros cargos públicos, que foi o de Procurador Judicial do Município do Recife (capital do Estado de Pernambuco). Tratei, imediatamente, de assimilar o chamado Estatuto dos Servidores Públicos do Município do Recife. Ocorre que, logo adiante, as alterações foram sendo feitas; e comecei a colar, nas páginas do originário Estatuto, as modificações legais, permitindo, com isto, que tivesse, ao lado do texto revogado, a norma em vigor.

Em pouco tempo, o Estatuto restou cheio de retalhos, ficando de manejo bastante dificultoso, havendo sempre a possibilidade de um dos papeletos colados haver desgarrado.

Ora, não se diga que é impossível ao legislador, à medida em que fizer os ajustes da norma legal, vir também a republicá-la na sua nova fisionomia, mantendo, em nota de rodapé, os dispositivos substituídos.

Creio que isto não apenas é possível, como também é recomendável.

Feitos estes esclarecimentos, é de se dizer que, no Brasil, e bem provavelmente em outros Estados contemporâneos, não se sabe, ao certo, o número e a espécie de leis de que se dispõe no ordenamento jurídico.

Os números são os mais dispersos possíveis.

Talvez isto ocorra não apenas pelas novas exigências da modernidade, mas também por não existir um predomínio estável de uma classe ou grupo social que controle o monopólio das fontes normativas.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



Assim, nos países em que isto for uma consequência da democracia, parece-me desejável reduzir os inconvenientes da instabilidade; ou, ao menos, é possível tentar encontrar expedientes de técnica de produção normativa mais compatíveis com um mundo que convive com a INTERNET, e com um volume imenso de informações de toda ordem.

Creio que este seja mais um desafio apresentado para o direito.

O volume de informações e a pluralidade normativa não deve trazer um destino certo de decadência para o ordenamento jurídico.

Cada tempo tem os seus desafios.

Talvez, o clássico sistema de códigos duradouros, seguindo um modelo de prestígio secular não se permita hoje em dia.

Talvez o impulso de integração legislativa deva seguir outros expedientes, embora não se deva abdicar do princípio da segurança jurídica; e, conseqüentemente, da simplificação e da sistematização.

Um modelo derivado do pensamento racionalista do século XVIII poderá vir a evoluir, adaptando-se aos novos tempos.

Em uma democracia, é o povo e os seus representantes que devem decidir os caminhos que se irá tomar.

A ilustração dos problemas e das formas de resolvê-los é algo que não se esgota.

Isto não quer dizer, porém, que os novos séculos, e o próximo milênio, devam se contentar com o fracasso frente a uma crescente insegurança, ou que se deva reduzir este princípio a uma categoria menor entre os valores.

É reafirmando o princípio, e combatendo a sua decadência, que o mundo pós-moderno, ou que outra nomenclatura tenha, reproduzirá um valor básico, e sem o qual não haverá tranquilidade.

Mesmo os blocos mundiais, haja vista o exemplo da União Européia, não se poderão furtar a este desafio.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



Demonstrando o que digo, cito FEDERICO TRILLO-FIGUEROA, que fez questão de sublinhar que o Comissário europeu, o espanhol MARCELINO OREJA, com a colaboração estreita de GARCÍA DE ENTERRÍA, defenderam a conveniência de se elaborar um código de ordenamento básico da União Européia. Nas suas palavras, pretende-se até mesmo denominar este Código de “*Constituição européia*”.¹⁰⁷³

Portanto, o que preocupa é o déficit democrático; pois, com a democracia, a unidade e a sistematicidade do ordenamento jurídico, bem como a função educadora que a ele se deve atribuir, podem ser cultivados segundo os meios eleitos pelo corpo social.

Quando falo em função educadora, refiro-me ao fato de que tão ou mais importante que a lei é o seu cumprimento espontâneo.

A necessidade do cumprimento voluntário é de enorme relevo. Se assim não o fosse, não haveria estrutura judicial suficiente para o volume de demandas.

Ora, também por isto é preciso considerar a importância da comunicação.

No Brasil, cito o caso da exigência legal do “*cinto de segurança*” para aqueles que estivessem sendo conduzidos em automóveis.

Discutiu-se problemas de competência, pois se advertia que legislar sobre trânsito e transportes seria matéria privativa da União (art. 22, inc. XI, da atual Constituição)¹⁰⁷⁴. Discutiu-se se, na obrigatoriedade, não se estaria violando a liberdade individual etc.

Ocorre que, à parte estas discussões jurídicas, a população, mediante as campanhas publicitárias, sobretudo as televisivas, convenceu-se de que deveria cumprir a norma. E cumpriu.

¹⁰⁷³ Extraído de Seguridad Jurídica Y Codificación. Monografias. Discurso de abertura das Jornadas, pelo Excmo. Sr. D. FEDERICO TRILLO-FIGUEROA, Presidente do Congresso dos Deputados. Centro de Estudios Registrales. J. San Jose, S.A – Leganitos. Madrid. 1999, p. 13.

¹⁰⁷⁴ Constituição do Brasil. “Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XI-trânsito e transporte.*”



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



É em exemplos como este que se verifica a função materialmente educadora da lei, dado que houve uma sensível redução nos acidentes fatais.

E é por isto que insisto na importância do acatamento espontâneo.

A clareza, a precisão da lei já feita, obviamente, não eliminam a necessidade de se ir aperfeiçoando o trabalho anteriormente realizado.

O esforço de modernização, contudo, deve evitar os defeitos formais e substantivos a que a hipertrofia legislativa normalmente conduz.

Evidentemente que não é uma tarefa fácil prestar a devida atenção às peijas de técnica legislativa, até porque, pelo menos no Brasil, não existe, ou é incipiente, esta disciplina nas Universidades.

O desinteresse, pelo menos aparente, é injustificável, não podendo a doutrina abdicar do estudo dos processos de elaboração das leis.

Recuperando a qualificação técnica, e havendo sensibilidade social, os juristas poderão colocar lado a lado a tarefa interpretativa / aplicativa e a tarefa de elaboração legislativa.

De fato, não basta criticar. Faz-se imperioso tentar apresentar soluções.

Eis uma proposta. Tornar obrigatória a disciplina de “*Técnica Legislativa*”, não sendo permitido a formatura universitária sem antes cumpri-la.

Apostar na improvisação e na intuição é pretender que o acaso seja o melhor caminho a ser seguido. Não o é.

Introduzindo as exigências curricular e fática desta disciplina, novos manuais especializados irão surgir, com a tendência de irem, aos poucos, cada vez mais se aperfeiçoando.

Retirando os espaços do modo de legislar desordenado e anárquico, e fornecendo a devida importância para os trabalhos pré-legislativos, é natural que, gradativamente, o sistema jurídico vá adquirindo qualidade e sintonia.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



Portanto, não se deve adiar as discussões sobre a melhoria técnica da produção de normas.

Este é um caminho compatível e necessário à realização do princípio da segurança jurídica.

Ora, no momento em que a técnica legislativa estiver sedimentada nos currículos universitários, talvez as medidas provisórias possam, sob uma melhor qualidade, vir a ser redigidas por pessoas com formação jurídica.

Este é um outro problema.

A impressão que se tem é a de que a tarefa de elaborar as leis, para aprofundar ainda mais a questão, fica mais por conta dos economistas do que dos juristas; o que significa um forte desprestígio para esta classe.

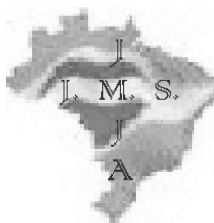
Não que o jurista não necessite, muitas vezes, de trabalhar lado a lado com outros profissionais; mas as tarefas de cada um devem ser demarcadas.

A realidade, entretanto, vem demonstrando um Estado nas mãos dos economistas¹⁰⁷⁵, que, de acordo com as diferentes correntes que adotam, vão manifestando as suas díspares ideologias nas normas que formulam.

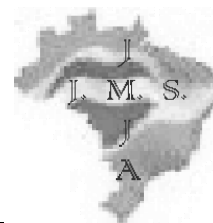
Abaixo destas revoluções e contra-revoluções fica o povo.

Diria mais: ficam os juízes.

¹⁰⁷⁵ No Brasil, reiteradamente, discute-se o impacto das decisões judiciais na economia nacional. Parece que a posição de equilíbrio é aquela que defende uma maior aproximação entre economistas e juristas, de maneira a se ir para além das visões parciais de cada uma das categorias, isoladamente. As críticas mais comuns à estrutura e ao funcionamento da Justiça brasileira são: 1. a legislação é desconexa e anárquica; 2. o sistema processual revela uma maior importância para as formalidades e para os ritos do que pelo resultado do feito; 3. os dois primeiros fatores provocam uma reserva de mercado para os iniciados em tais fórmulas e rituais; 4. o Poder Judiciário é moroso, beneficiando o adiamento dos pagamentos dos débitos; 5. o Poder Judiciário não foi criado para produzir desenvolvimento econômico, sendo o responsável por uma substancial parcela do chamado “custo Brasil”.



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



Explico melhor o que digo.

Descobrimos os cidadãos brasileiros que poderiam recorrer à Justiça, toda vez que se dá sequência a mais uma revolução dos economistas, há uma enxurrada de questões em Juízo.

Assim, com os milhares de novos processos, vão os juízes reler e interpretar um emaranhado assistemático de leis e medidas provisórias.

Admitindo, como admito, que ainda haja uma razoável litigiosidade contida, talvez o volume imenso de demandas seja apenas a ponta do *iceberg*.

Contra tudo isto, pode-se dizer que se se legisla muito é porque assim se faz necessário.

Defendo, entretanto, que a solução não pode ser encontrada na falta de clareza e de simplicidade e no modo pouco compreensível e duvidoso com que se legisla no Brasil.

Porém, este estado legislativo caótico, embora em pleno período de desenvolvimento da chamada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Judiciário¹⁰⁷⁶, não despertou, na população brasileira, o descrédito avassalador que, de longe, é possível pensar que exista com relação às diferentes instâncias da Justiça.

Confirmo o que digo.

¹⁰⁷⁶ Uma das questões que, aqui, é colocada é a de se é possível analisar o trabalho de um Tribunal apenas pelo movimento, ou se este é um critério superficial, ou mesmo um contra-senso, porquanto os Tribunais que têm muito movimento terminam, também por isto, trabalhando mal. Esta discussão aflora, sobretudo, no âmbito da Justiça do Trabalho, onde, para alguns, foi um equívoco dos Constituintes terem criado pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho para cada Estado, tal como descrito no art. 112, da Constituição brasileira de 1988: “*Haverá pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal, e a lei instituirá as Juntas de Conciliação e Julgamento, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juízes de direito.*”



CAPÍTULO 12. SEGURANÇA JURÍDICA. CODIFICAÇÃO.
CONSOLIDAÇÃO.
COLEÇÃO. REFUNDIÇÃO DE LEIS



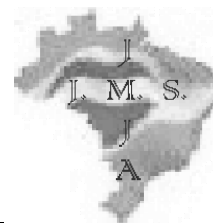
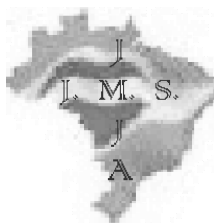
Segundo pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria – IBOPE, no ano de 1999¹⁰⁷⁷, o Poder Judiciário contava com 37 % (trinta por cento) de aprovação, vindo à sua frente a Igreja Católica, com 75 % (setenta e cinco por cento), e a Igreja Evangélica, com 50 % (cinquenta por cento).

Além destes dois rankeados, vieram os jornais, com 49 % (quarenta e nove por cento), e as TVs, com 42% (quarenta e dois por cento).

Assim, o Poder Judiciário encontrou-se à frente do Executivo federal (35% - trinta e cinco por cento), do Executivo estadual (32% - trinta e dois por cento), do Executivo municipal (29 % - vinte e nove por cento) e do Congresso Nacional (24 % - vinte e quatro por cento).

É, também, de se retirar destes números a importância da religião e dos meios de comunicações entre o povo brasileiro.

¹⁰⁷⁷ Extraído do Diário de Pernambuco. 28.05.99, p. A-6 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.



13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO

“Se se constataste que o gênero humano, considerado no seu todo, avançou e progrediu durante tão longo tempo, ninguém, no entanto, pode garantir que, justamente agora, irrompeu, em virtude da disposição física da nossa espécie, a época da sua regressão; e inversamente, se se recusar e, com queda acelerada, se desembocar no pior, não há que desesperar de encontrar o ponto de inflexão em que, graças à disposição moral da nossa espécie, o curso desta se vire de novo para o melhor. Com efeito, lidamos com seres que agem livremente, aos quais se pode, porventura, ditar de antemão o que ‘devem’ fazer, mas não ‘predizer’ o que ‘farão’ e que, do sentimento, dos males que a si próprios infligiram, sabem tirar, quando tal piora, um móbil reforçado para fazer ainda melhor do que se encontrava antes daquela situação. –Mas ‘pobres mortais (diz o Abade COYER), entre vós nada é constante a não ser a inconstância’. Deve-se talvez igualmente à nossa errada escolha do ponto de vista sob o qual consideramos o curso humano das coisas que este se nos afigure tão insensato. Os planetas, vistos da Terra, ora recuam, ora se detêm, ora avançam. Mas se o ponto de vista se tiver a partir do Sol, o que só a razão consegue fazer, eles prosseguem constantemente no seu curso regular, de acordo com a hipótese copernicana. (...) Se ao homem se pudesse atribuir uma vontade inata e invariavelmente boa, embora limitada, ele poderia vaticinar com certeza a progressão da sua espécie para o melhor, porque ela diria respeito a um evento que ele próprio pode produzir. Mas, face à mescla do bem e do mal na disposição, e cuja proporção ele não conhece, não sabe que efeito daí pode esperar.” (KANT, IMMANUEL. O Conflito das Faculdades. Tradutor ARTUR MORÃO. Edições 70 Lda. Lisboa. 1993, ps. 99-100)

Várias poderiam ser as formas iniciais de abordagem neste assunto.

Contudo, começo fazendo questão de frisar que parto do pressuposto, tantas vezes rememorado, de que ninguém conhece um objeto se não o aprecia no campo teórico e também no prático. É preciso aliar a prática e a teoria.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



Poderia-se dizer que este é um Capítulo de aplicações práticas às questões teóricas que, nos últimos anos, vêm se apresentando no Brasil.

Creio que, de acordo com este enfoque, nele haverá utilidade.

Além do mais, não poucas vezes as novas questões resumem a novidade às circunstâncias do momento, repetindo-se anos após.

O cotejo a seguir, portanto, é uma fotografia do Brasil do final do século XX, na órbita judicial.

Hoje em dia, aqui, muito se fala nas liminares¹⁰⁷⁸.

Poucos são os brasileiros que, de uma forma ou de outra, não ouviram falar nelas.

De fato, elas são concedidas e suspensas como um expediente de rotina; o que provoca uma estridente instabilidade nas relações.

Abaixo deste espírito, o Governo costuma esboçar iniciativas encaminhando, por vezes, Projetos de lei complementar ao Congresso Nacional.

Um dos últimos limitava em 90 (noventa) dias o prazo de vigência das liminares concedidas pela Justiça.

Isto circulou com grande alarde pela mídia, argumentando-se que o objetivo básico seria o de impedir a suspensão, pela Justiça, de medidas destinadas a elevar a arrecadação tributária, embora outros assuntos fossem tratados pelo mesmo Projeto.

¹⁰⁷⁸ Questões de toda ordem vêm merecendo comentários em torno deste tema. Às vezes, o tom chega a ser jocoso, tal como o que vai a seguir: “Na mais clara adoção da ‘teoria do sofá’, os atuais governantes tentam transformar as liminares, ante a opinião pública, nas vilãs do momento: o sujeito chega em sua casa, após exaustivo dia de trabalho, e depara-se com sua esposa lhe traindo sobre o sofá da sala. Qual sua imediata resolução? Livrar-se-á do sofá. Não é demonstrado, neste sentido, qualquer interesse em resolver as verdadeiras razões que dão causa à proliferação de toneladas de medidas liminares, qual seja: a epidemia de cobrança de tributos injustos, ilegais e inconstitucionais que assola o País neste momento (ou culpa do sofá?).” (Extraído de LUIZ GUSTAVO FRAXINO. Fraxino@sul.com.br)



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



É o que se convencionou chamar de “*guerra de liminares*”, travada entre o Governo e os maiores contribuintes do País.

Em números, pode-se dizer que, em meados de 1999, cerca de 34% (trinta e quatro por cento) dos tributos declarados por pessoas jurídicas estão com a cobrança suspensa, dado às liminares. Estes são os indicativos oficiais, pois este número foi informado pelo então Secretário da Receita Federal, EVERARDO MACIEL, à Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bancos.¹⁰⁷⁹

Na opinião desta autoridade pública, este vem sendo o melhor instrumento para não pagar impostos no País.¹⁰⁸⁰

Para ilustrar o seu discurso, cogitou-se da Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro, que recebe uma média de três liminares por dia.

Contudo, em minha perspectiva, dois pontos não podem ser esquecidos. São eles:

1. a iniciativa do Governo de encaminhar o Projeto de lei ao Congresso Nacional coincidiu com a permanência, em Brasília, do Fundo Monetário Internacional (FMI).¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁹ Percentual extraído da Folha de São Paulo. 03.06.99. Caderno Dinheiro, ps. 02-03 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

¹⁰⁸⁰ Um exemplo lamentável disto são as falsas Distribuidoras de combustíveis, cujas estimativas de sonegação atingem cerca de R\$ 1 (hum) bilhão de reais por ano (vide o Jornal “Estado de São Paulo”. 03.06.99, p. A-3 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região). A estratégia é a seguinte. Primeiro, abre-se uma empresa distribuidora de combustíveis em qualquer ponto do País, normalmente bem distante. Após, dá-se a contratação de um advogado que acredite no espírito da ilicitude como um instrumental de trabalho. Este impetra um mandado de segurança (ou ações com efeitos similares), e pede uma liminar para que a empresa da qual comprou o combustível que vai distribuir (a PETROBRÁS, por exemplo) não recolha por antecipação o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS. O argumento mais comum é o de que a venda do combustível, na Refinaria, não implica em venda ao consumidor, que seria o fato gerador do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Assim, a distribuidora não poderia ser considerada um “contribuinte substituto”. Retirado o produto da refinaria, e sendo cassada a liminar, a “empresa distribuidora” já deixou de existir, ou nunca existiu, porquanto o endereço fornecido não coincide com o real.



2. embora não seja divulgado pela mídia, e talvez exatamente por isto, vem-se esquecendo do art. 1º, al. “b”, da Lei 4.348, de 26.06.64 (Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança), que diz: “Art. 1º. Nos processos de mandado de segurança, serão observadas as seguintes normas: (...) b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias, a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias, quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.”

Evidentemente que lembro de que, embora o instrumento do mandado de segurança seja um dos mais utilizados para a obtenção de liminares, não podem ser esquecidas as medidas cautelares, cujas liminares podem ser decretadas sem a escuta do réu, tal como previstas no art. 804, do Código de Processo Civil brasileiro.¹⁰⁸²

Note-se, portanto, que a aparente novidade da limitação temporal das liminares é algo antigo; porém lançado ao esquecimento.

Em outras palavras, não se pode mudar o direito vigente sem antes conhecê-lo. Muitas vezes, a solução não está nas mudanças; mas na solidificação e na efetividade do que já existe.

¹⁰⁸¹ Vide “Brasil – Memorando de Política Econômica – 29.03.2.001”. Nele, dispõe-se que o Brasil encontra-se no terceiro ano do Acordo “Stand-by” do Fundo Monetário Internacional, aprovado pela Diretoria Executiva do Fundo em 02 de dezembro de 1.998. Este Acordo expira, portanto, em 01 de dezembro de 2.001. Considerando, no entanto, os seus termos, a Lei de Diretrizes Orçamentárias brasileira de 2.002 traz, entre as suas mais importantes metas fiscais, o estabelecimento de um resultado primário positivo das contas públicas (receitas menos despesas, excluindo juros da dívida pública), fixado previamente em R\$ 31,69 bilhões de Reais, equivalente a 2,4% do PIB (Produto Interno Bruto), sendo R\$ 26,4 bilhões de Reais do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, e R\$ 5,2 bilhões de reais das empresas estatais. Com base neste volume de recursos para investimento nas empresas públicas, considerado baixo, anuncia-se uma das causas do sério problema de racionamento de energia elétrica porque passa o Brasil no início do século XXI.

¹⁰⁸² Código de Processo Civil brasileiro. “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente, ou após justificação prévia, a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.” Também a figura da tutela antecipada vem sendo utilizada no campo fiscal.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



Creio mesmo que por melhor, e às vezes necessária, que seja a mudança legislativa ela sempre trará consigo os naturais fatos inusitados que derivam das próprias circunstâncias que envolvem as novidades.

Exemplifico o que digo com alguns casos, onde fica demonstrado que também a Administração sofre com a instabilidade legal; e que isto, por si, pode trazer prejuízos diretos e reflexos para o Estado.

1. No Brasil, há um tributo chamado Contribuição Provisória sobre as Movimentações Financeiras (CPMF¹⁰⁸³).

Esta Contribuição, com as particularidades técnicas de afetação do produto arrecadado, veio em substituição, embora haja ocorrido um certo interregno, do chamado Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF).

Sendo constitucionalmente provisória, é natural que tivesse um termo final, que seria 22 de janeiro de 1999.

Pensando nisto, devido a necessidade de recursos para a saúde, o Governo mandou um Projeto de Emenda Constitucional, ainda em 1998, buscando prorrogar a antiga Contribuição Provisória sobre as Movimentações Financeiras (CPMF) dentro do prazo.

Ocorre que o Governo apenas conseguiu aprovar esta Emenda em março (Emenda Constitucional nº 21, de 18.03.99).

Após, portanto, o decurso do prazo.

Assim, surgiu a pergunta: como é possível prorrogar algo que já se exauriu ?

¹⁰⁸³ Vem sendo aprovada uma proposta de lei que isenta os funcionários estrangeiros de missões diplomáticas da CPMF, mas não se aplicaria àqueles que possuísem residência permanente no Brasil e nem aos consulados e cônsules honorários. Este Projeto foi enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, havendo sido aprovado e reencaminhado ao Presidente da República para sanção. As justificativas foram: 1. a de que as imposições tributárias de um Estado não devem alcançar outro Estado soberano ou os representantes que agem em nome dele; 2. as obrigações assumidas pelo governo brasileiro, em acordos internacionais, que impõem esta mudança legal.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



A tal indagação, acrescentava-se: a) com esta Contribuição haveria redução de salário; pois quem recebe pela via do depósito bancário, termina por receber menos do que aquele que recebe em dinheiro; b) o salário já tem sobre si a incidência do Imposto sobre a renda, que é cobrado na fonte. Assim, com esta Contribuição ocorreria a chamada bitributação.

Ocorre que, fundado nestes argumentos, o Ministério Público Federal pediu, e obteve, a suspensão da cobrança desta Contribuição social em todo o Estado do Rio Grande do Sul, um dos mais importantes do Brasil.¹⁰⁸⁴

Foram várias as Decisões liminares favoráveis aos contribuintes.

Porém, os recursos envolvidos eram muito elevados. Só no Estado do Rio Grande do Sul, acaso a liminar não fosse cassada, atingiam o montante aproximado de R\$ 560 milhões até o final do ano de 1999; o que poderia ainda chegar a valores mais altos, pois os grandes correntistas transfeririam-se dos Estados que não decidissem favoravelmente aos seus pleitos.

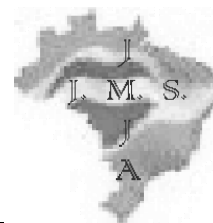
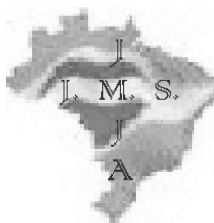
Foi, nestas circunstâncias, que o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Sul do Brasil), através do Juiz no exercício da Presidência, decidiu por cassar a liminar. O mesmo, também, ocorreu na 5ª Região (Nordeste do Brasil).

O próprio Supremo Tribunal Federal, em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Metalúrgicos, negou a liminar pretendida.

Cassadas as liminares, os contribuintes, que haviam logrado êxito, devem voltar a recolher, normalmente, a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras, inclusive no que diz respeito às movimentações ocorridas durante a vigência das liminares.

Mas este processo é paulatino, restando problemas na própria concorrência, que é algo natural a uma economia de mercado; pois se algumas empresas já tiveram as suas liminares cassadas, outras poderão ainda as manter por um bom período.

¹⁰⁸⁴ Estes dados foram extraídos da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (Diário de Pernambuco. Recife, Sábado, 10.07.99, B-6).



Ao final de toda a discussão, em Juízo, desta matéria, o Supremo Tribunal Federal brasileiro manteve, por maioria de votos, a Emenda Constitucional nº 21/99, que prorrogou por 36 (trinta e seis) meses a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras. Assim o fez na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.031, movida pelo Partido dos Trabalhadores contra a prorrogação e elevação da alíquota de 0,38 % nas operações bancárias.

O Relator desta Ação foi o Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, que considerou, em seu voto, que a cobrança não tinha carácter confiscatório, nem ofendia o princípio constitucional da irredutibilidade de salários, nem tampouco implicava em bitributação.

Os Ministros MARCO AURÉLIO e ILMAR GALVÃO foram vencidos em seus votos, pois eram favoráveis à suspensão integral do texto da Emenda, quando, na verdade, o Plenário preferiu acompanhar o voto do Ministro NELSON JOBIM, que suspendia, apenas, o § 3º, do art. 75, da dita Emenda nº 21/99.

Este dispositivo autorizava a União a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos seriam destinados ao custeio da Saúde e da Previdência Social no ano em curso de 1999.¹⁰⁸⁵

2. O aumento da alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) também merece realce no Brasil do final do milênio.

¹⁰⁸⁵ Vide www.stf.gov.br – 29.09.1999. É o texto da Emenda nº 21/18.03.99: “Art. 1º. Fica incluído o art. 75, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a seguinte redação: ‘Art. 75. É prorrogado, por trinta e seis meses, a cobrança da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira de que trata o art. 74, instituída pela Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, modificada pela Lei nº 9539, de 12 de dezembro de 1997, cuja vigência é também prorrogada por idêntico prazo. § 1º Observado o disposto no § 6º, do art. 195, da Constituição Federal (anterioridade nonagesimal), a alíquota da contribuição será de trinta e oito centésimos por cento, nos primeiros doze meses, e de trinta centésimos, nos meses subsequentes, facultado ao Poder Executivo reduzi-la total ou parcialmente, nos limites aqui definidos. § 2º. O resultado do aumento da arrecadação, decorrente da alteração da alíquota, nos exercícios financeiros de 1999, 2000 e 2001, será destinado ao custeio da previdência social. § 3º. É a União autorizada a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos serão destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999.’”



Para se ter uma tênue idéia dos valores, aqui, envolvidos, digo que apenas a questão deste tributo dever ou não ser cobrado das empresas dos setores de energia elétrica, telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais remontava a uma arrecadação adicional estimada em R\$ 2,4 bilhões anuais.¹⁰⁸⁶

Em linha de síntese, era o seguinte.

A Lei nº 9718/98 estabelecia como base de cálculo do tributo a receita bruta. No entanto, na data em que a lei foi publicada, a Constituição dizia que a base de cálculo era o faturamento.

Assim, a tributação incidindo sobre a receita, e não sobre o faturamento, aumentava a carga fiscal das empresas, isto porque a receita bruta poderia incluir, também, os ganhos com aplicações financeiras.

Ao lado desta discussão sobre a base de cálculo, houve, ainda, o aumento da alíquota de 2% para 3%. Para ampliar as discussões, defendia-se que a técnica fiscal empregada trazia embutida uma punição para as empresas que tivessem prejuízo, partindo da lógica de que quem tem lucro paga menos, e quem tem prejuízo paga mais.

Isto chegou a ser dito pelo seguinte.

Admitindo-se que a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) possa ser compensada com a contribuição social sobre o lucro, naturalmente este último tributo só seria devido na hipótese de haver o respectivo lucro.

Não sendo devido, não poderia ser compensado.

¹⁰⁸⁶ É extremamente difícil atingir a valores exatos. Prova do que digo é que quando o Governo apurou, junto ao Supremo Tribunal Federal, uma vitória judicial sobre as empresas dos setores de energia elétrica, telecomunicações, mineração, combustíveis e derivados de petróleo, divulgou dados que alinhavam uma arrecadação anual de R \$ 4 bilhões. A Decisão do Supremo Tribunal Federal foi de 7 votos favoráveis ao Governo, e 3 contrários. Afora isto, argumenta-se com mais R \$ 35,6 bilhões, recolhidos, no passado, por estatais que não foram à Justiça. Extraído da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Folha de São Paulo. 02.07.99, p. 2-12.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



E as suscitações jurídicas não pararam por aí.

Também se cogitou do problema de se uma lei anterior à Reforma Constitucional Previdenciária (Emenda Constitucional nº 20/98) poderia nascer inconstitucional, e, depois, com o advento da Reforma, vir a ser convalidada.

Enfim:

- a) questões tributárias como esta não são incomuns no Brasil, e, diante da privatização da maior parte das suas estatais, que normalmente não iam a Juízo para se desonerar dos tributos, ainda teria o passivo de, saindo o Governo derrotado nestas demandas, ter de arcar com os valores pagos, embora não devidos, pelas empresas privatizadas;
- b) além disto, é de se tomar em conta que, neste quadro, merece ser cogitada a seguinte preocupação. Ora, no caso das distribuidoras de combustíveis, várias liminares favoráveis (COFINS) às de grande e médio porte, acaso não houvesse uma certa simultaneidade no procedimento de cassação, tal como ocorreu, terminaria por permitir que algumas delas - as que não tiverem as liminares cassadas, cobrassem preços mais baixos, desequilibrando o mercado.¹⁰⁸⁷

3. Outro tema que a inflação legislativa chegou a provocar foi o de se uma resposta errada dada pela Administração Pública, em consulta formulada pelo contribuinte, permitiria uma indenização, e até que montante.

Um caso deste tipo foi aquele envolvendo o Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS). O Fisco paulista respondeu à consulta que lhe foi formulada, dizendo que este tributo deveria ser pago no momento da emissão da nota fiscal, e não na hora em que a mercadoria deixasse o estabelecimento para ser distribuída.

Ocorre que a empresa consulente, que tratou de atender à recomendação do Estado, passou a perceber que outras empresas do seu setor pagavam o imposto somente na hora da entrega da mercadoria.

¹⁰⁸⁷ Esta importante advertência foi lançada ao público pelo Sindicato das Distribuidoras Regionais Brasileiras de Combustíveis (Brasilcom). Extraído da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Folha de São Paulo. 02.07.99, p. 2-12.



Isto fazia grande diferença, sobretudo em tempos de preços instáveis e de inflação alta.

Assim, esta empresa estaria arcando com uma carga tributária maior do que aquela suportada pelas suas concorrentes; e, por isto, imaginou fazer jus a uma indenização. Nisto, o Supremo Tribunal Federal concordou, decidindo favoravelmente a ela.

Aprofundando a questão, arguiu-se que foi em razão desta “*disputa desleal*” que a empresa passou a ter dificuldades de adimplência, o que lhe impediu de participar de uma concorrência.

Muitos outros casos poderiam ser apresentados, mas estes já bastam para demonstrar que a instabilidade legislativa, quer decorrente das medidas provisórias, ou não, é uma fonte inesgotável de novas demandas.

Particularmente no setor fiscal, este fenômeno reproduz-se com uma paixão tão violenta quanto o volume dos recursos que compreende.

Chega a ser comum falar-se, no Brasil, que as metas do ajuste fiscal dependem do Supremo Tribunal Federal.

E, realmente, dependem; pois à medida em que se vai demonstrando as inconstitucionalidades, e os recursos previstos com base nas leis havidas como inválidas vão deixando de ser arrecadados, novas reformas são imaginadas, muitas vezes com o objetivo de suprir as carências deixadas pelo exercício da função judicante.

Dito de outro modo. Se não é mais possível arrecadar com base em uma lei inconstitucional, tenta-se uma outra.

O problema é que não se faz um estudo sistemático sobre as mudanças, e se vai agindo pontualmente.

O Governo diz que quem vai definir se ele irá exigir, ou não, mais sacrifício do contribuinte, adotando novas medidas tributárias, é o Supremo Tribunal Federal.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



E a propalada “enxurrada de liminares” terminaria por interferir na própria elaboração do orçamento federal, pois, até 31 de agosto de cada ano¹⁰⁸⁸, o Poder Executivo precisaria concluir e apresentar ao Congresso Nacional o Projeto de Orçamento para o ano subsequente.

Assim, as eventuais frustrações da Receita vêm sendo compensadas com novas leis e novos tributos.

Além do que, não sendo de 100% (cem por cento) as possíveis derrotas, ainda sobraria um resíduo no Caixa, ao menos porque alguns contribuintes não recorreriam à Justiça para reaver as parcelas já pagas do tributo inconstitucional.

Destaco, em números, aquilo que digo.

Segundo o Ministro do Orçamento e Gestão, em 1999, ao tratar da Contribuição para a Previdência dos servidores públicos, ativos e inativos, e das muitas contestações que pesam na Justiça sobre elas, dos R\$ 2,554 bilhões que se previa com a arrecadação da mesma, R\$ 841 milhões referiam-se à extensão da alíquota de 11 % (onze por cento) para os inativos. Acrescente-se a isto a alíquota adicional que se pretendia cobrar dos inativos (R\$ 509 milhões) e de ativos (R\$ 1,204 bilhão).¹⁰⁸⁹

Tudo isto girando em torno de princípios como o do confisco, porquanto se indaga se, ao atingir o montante de mais de 50 % (cinquenta por cento) a título de imposto de renda e de Contribuição para a Previdência, já não restaria violado o limite constitucional ao poder de tributar, que indica a impossibilidade de se utilizar tributo com efeito de confisco (art. 150, inc. IV, da atual Constituição).¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁸ Constituição do Brasil. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. “Art. 35. (...) § 2º. Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II serão obedecidas as seguintes normas: (...) III- o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.”

¹⁰⁸⁹ Extraído de Gazeta Mercantil. 02.06.99. Caderno Nacional, p. A-6 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

¹⁰⁹⁰ Constituição do Brasil. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV- utilizar tributo com efeito de confisco”.



Também se colaciona o argumento de que seria inaceitável um aposentado continuar recolhendo para a Previdência, em face de que ele já recolheu durante toda a sua vida, exatamente com o objetivo de, no futuro (que agora chegou), ter o Estado de custear os cuidados necessários a uma velhice com saúde.

De fato, com as freqüentes mudanças legais, o Judiciário encontra-se sob fogo cruzado; pois se o Estado, como foi visto, utiliza-se do artefato da interminável fonte legislativa, incluindo aqui as medidas provisórias, para reparar os seus eventuais traumas arrecadatórios, o cidadão também possui os seus estratagemas.

Na verdade, não me refiro ao cidadão comum, e nem mesmo às grandes e médias empresas que, ao se utilizarem de planejamentos fiscais arrojados, podem terminar trabalhando na linha divisória da evasão.

Volto-me para o campo penal, e talvez para a fisionomia da segurança mais conhecida da maior parte da população, que é a segurança pública.

Também me parece que esta via vai mal, não tanto pelo direito; mas, sobretudo, pelos seus desvios de aplicação.

Em junho de 1999 (01.06.99), um dos maiores Jornais do Brasil, o Estado de São Paulo, em seu Caderno “Notícias”, em página veiculada pela INTERNET, abriu a seguinte manchete: *“Vale tudo para enganar a Justiça. Forjar provas, ‘fabricar’ testemunhas e até criar fatos novos. Criminalista revela as manobras para deixar um criminoso impune.”*

O que vem como conteúdo deste artigo é algo que demonstra que a instabilidade legislativa, obviamente, não aparece como um fenômeno isolado.

Ao lado deste problema, não se pode esconder o estímulo natural de alguns por encontrar maneiras de lesar a Justiça.

Assim, conjugam-se, muitas vezes, a má fé e o abarrotamento do Judiciário, provocado pela inflação normativa. Afinal, é irreal pensar-se que, por mais cauteloso que seja um juiz, possa ele descer aos meandros da investigação.

O resultado é um só: insegurança.



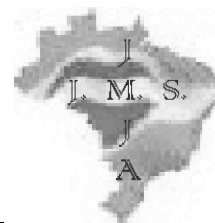
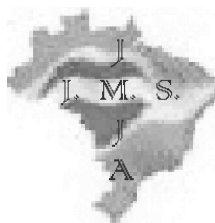
Veja-se alguns trechos da matéria jornalística publicada no “O Estado de São Paulo”¹⁰⁹¹.

Serão transcritos apenas o que a mim me aparece como mais estarrecedor, uma estratégia de “legalização fraudulenta”: *“Uma das estratégias usadas por um advogado criminalista, para livrar ladrões que, antes ou depois dos roubos, são pegos pela polícia com armas ilegais é transformá-los em vítimas e fabricar culpados. A primeira providência é a de ‘legalizar’ o cliente, conseguindo carteiras profissionais falsas com registro de trabalho em empresas de segurança; ‘Digo que trabalham como vigias e que precisavam ter a arma. Por incrível que pareça, nem a Justiça nem o Ministério Público checam as informações.’ O segundo passo é o de forjar a identidade do ‘culpado’: ‘Argumento que meu cliente comprou a arma de um conhecido e que até deu a ele uma cópia dos documentos e certa quantia em dinheiro para a pessoa providenciar o porte legal, mas foi enganado.’”*

E continua, destrinchando a *estratégia de legalização e de hipocrisia*: “Na Justiça, é apresentado até o cartão de visita do ‘vendedor’: ‘O cartão dá autenticidade à história. Arrumo o cartão de uma pessoa que até existe, de uma empresa que faliu, por exemplo, mas que a polícia não consegue achar. ‘Se a arma encontrada com o bandido for de grosso calibre, de uso exclusivo das Forças Armadas, também há saída prevista: ‘Falo para o juiz: ‘Excelência, meu cliente não entende de armas. Comprou e achou que não tivesse problema.’ Na maioria das vezes, consigo a absolvição.’ Antes de forjar as histórias contadas na Justiça ou na polícia, é preciso ‘sentir o ambiente’, observa o criminalista: ‘Se eu não tiver tato e não souber dar um cunho de legalidade à história montada, o cliente fica preso. Preciso colocar ficção na realidade.’ Outra tática bastante usada é a de protelar prazos na Justiça: ‘O Direito é uma ciência profundamente formal. Para que o processo ande, é preciso seguir uma sequência de atos. Se uma etapa for ignorada, tudo é anulado.’”

E finaliza com o estratagema da simulação do excesso de prazos e da prescrição retroativa: “Por isso, o artifício mais usado para que presos não compareçam nas audiências marcadas pela Justiça é a de promover boatos de fuga ou tumultos nas carceragens das delegacias, cadeias públicas e presídios: ‘A confusão impede que eles compareçam nas audiências e, com isso, os prazos são prorrogados. O criminalista não tem grandes dramas de consciência ao recorrer a expedientes ilegais para absolver culpados e, assim, colaborar

¹⁰⁹¹ Extraído do “O Estado de São Paulo”. 01.06.1999. Caderno Notícias. Página Internet - Sinopse remetida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.



com a impunidade de criminosos: ‘Minha profissão é essa. Sou contratado para defender a pessoa e penso como profissional, não como ser humano. Quem tem a obrigação e o dever de provar a culpa é a polícia e o promotor. Se esses profissionais não fazem bem o trabalho deles, não tenho nada com isso.’ Ele também não vê problema algum em revelar alguns de seus truques para enganar a Justiça: ‘Nos casos que terei pela frente, sempre há um jeito de inventar novas histórias. Nesse ramo, o que vale é a criatividade.’

Contudo, ciente de que as fraudes sempre podem ocorrer, certas medidas vão sendo tomadas.

O problema é que, às vezes, a providência adotada, logo mais adiante regride ou se altera, criando um ambiente de dúvida, ou mesmo de ignorância.

Um exemplo disto é o da extinção de punibilidade, nos crimes de natureza fiscal¹⁰⁹², mediante o pagamento da dívida.

¹⁰⁹² Em torno dos **crimes contra a ordem tributária**, vale destacar a seguinte legislação: Constituição da República brasileira/88; Código Tributário Nacional/66; Código Penal brasileiro/40; L. nº 8137, de 27.12.90 – crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Revogação da L. nº 4729/65 – sonegação fiscal); L. nº 9983, de 14.07.00 (altera o Código Penal brasileiro. Vide, particularmente, *apropriação indébita previdenciária*, inclusão do art. 168-A, no Código Penal brasileiro). Atualmente, a doutrina brasileira vem considerando revogada a L. nº 4729/65 - que disciplinava os crimes de sonegação fiscal, e os encarava como crimes de mera conduta - pela L. nº 8.137/90, que traz figuras típicas similares; mas colhendo crimes de resultado. Outro tema de grande destaque, nesta área (direito penal tributário), é o da substituição da pena prisional pelas penas patrimoniais. Afinal, as prisões brasileiras já estão cheias, havendo a necessidade de dinheiro para mantê-las. Argumenta-se que a prisão de um empresário produziria, por si só, efeitos danosos no nível já precário de empregos. Além do mais, as penas patrimoniais acarretariam receitas públicas, de onde se conclama o Supremo Tribunal Federal para que revise o tema da proibição de confisco em razão da aplicação das multas, tal como aquela, considerada inconstitucional, que fixava o montante do quádruplo do valor da nota fiscal. De outro lado, é preciso evitar que os próprios advogados bradem que os seus clientes são sonegadores de tributo, evitando com isto penalidades mais severas como aquelas aplicadas ao falsificador comum; algo que já existiu no Brasil. Outro tema de relevo fundamental é o da proibição da denúncia genérica (bastando, p. ex., a nota fiscal falsa e o prejuízo para o Erário para denunciar todos os diretores da empresa; o que parece perigoso). Afinal, as penas devem incidir na medida da culpabilidade do autor (art. 29, Código Penal brasileiro – concurso de pessoas). E mesmo a responsabilidade objetiva exigia um nexo de causalidade entre o ilícito e o comportamento do réu. Do contrário, estaria-se caminhando para o campo da *responsabilidade objetiva por fato de outrem*;



Houve um período em que o pagamento apenas reduzia a pena. Houve um outro em que o pagamento, até a apresentação da denúncia, extinguiu a punibilidade. Um outro em que se permitia o pagamento com este efeito até o recebimento da denúncia pelo Juiz.

Criou-se uma tal situação que poucos, hoje em dia, sabem, ao certo, dizer se o pagamento extingue a punibilidade; e, acaso a extinga, se merece este efeito até quando.

Isto, entretanto, não deve reduzir a importância de medidas como aquela que apresentarei.

Afinal, é preciso conhecer para, só então, criticar.

Veja-se o que digo.

Sonegação e contrabando implicam em desprestígio para o direito e também para o seu aparato aplicativo.

Diante desta realidade, o Governo, em meados de 1999, editou um conjunto de medidas modificando a tributação sobre cigarros, e apertando o esquema para coibir o contrabando e a sonegação de impostos no setor.

Alterou-se a forma de recolhimento do Imposto sobre produtos industrializados (IPI) sobre cigarros. Este imposto passou a ser cobrado por uma alíquota específica em reais sobre cada maço ou box, e não mais por um percentual sobre o preço.

Dito de outro modo, o Governo abandonou a sistemática da tributação “ad valorem”, em função da qual um percentual incide sobre o preço do cigarro, e adotou o

o que é um aparente absurdo. Enfim, o inquérito policial não deve ser desprezado. A denúncia precisa apresentar a participação de cada um dos acusados, pois não há solidariedade penal pelo vínculo societário. Esta solidariedade só há no campo cível no que respeita ao objeto social da empresa, que, certamente, não é o de praticar delitos. A alegação de que caberia a denúncia genérica, pois durante a instrução é que passaria a ser possível individualizar as condutas, parece descumprir o princípio do devido processo legal, pois a acusação específica viria depois da defesa prévia, invertendo o curso natural das coisas. Na verdade, o inquérito precisa ser bem feito.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



modelo “ad rem”, que tributa, em uma alíquota específica em reais, independentemente do preço final do produto.

Notadamente, isto não é uma novidade no regime tributário brasileiro, pois já é aplicado a produtos como cervejas e refrigerantes.

Ocorre que o novo sistema parece que é menos vulnerável à sonegação.

Falando concretamente, foram criadas seis classes de cigarros, de acordo com a marca, a embalagem (maço ou box) e o comprimento (maior ou menor que 87 milímetros).

Hoje, a alíquota é de 330% (trezentos e trinta por cento) sobre a parcela industrial do preço final (um oitavo do total), o que representa 41% (quarenta e um por cento) do preço pago pelo consumidor.

Assim, para algumas marcas o imposto pode cair, e, para outras, aumentar; o que não significa que o preço final do produto suba, pois, antes de se adotar a medida, parece que precederam conversas com a indústria, que haveria se comprometido por não aumentar os preços. Além do mais, o Governo se comprometeu por revisar as alíquotas que estão sendo implantadas, caso os preços finais cresçam.

O objetivo não era o de aumentar a tributação por contribuinte, mas o de permitir um aumento geral do volume arrecadado.

Contudo, é preciso dizer que os outros tributos federais cobrados sobre o setor continuarão “ad valorem”.¹⁰⁹³

Ao lado desta medida, outras foram tomadas, como a do estabelecimento de um contador automático¹⁰⁹⁴ da quantidade de cigarros produzida. O objetivo também é o de controlar mais rigidamente o volume fabricado, evitando a sonegação de impostos.

¹⁰⁹³ Refiro-me ao Programa de Integração Social (PIS), à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e ao Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

¹⁰⁹⁴ Se este contador acusar defeito, a indústria tem de interromper a produção, sob pena de ser multada em 100% (cem por cento) do valor comercial da mercadoria produzida no período da falha. A multa não sairia por menos de R\$ 10 mil reais.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



Atualmente, a verificação era feita apenas pela contagem dos selos que a Receita fornecia às indústrias e pela própria fiscalização do órgão.

Logo, fornecendo as indústrias à Receita Federal uma declaração dos selos tributários usados¹⁰⁹⁵, e o montante recolhido do Imposto sobre produtos industrializados – IPI, Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, poderão ser cruzadas as informações, e, havendo alguma distorção, a autorização para o fabrico de cigarros pode ser cancelada. Seriam concedidos 90 (noventa) dias para regularizar a situação. Se, após este prazo, nada fosse feito, o material seria destruído.

Mas ainda há a questão do contrabando.

O problema é o seguinte.

O Brasil exportava cerca de um bilhão de maços para os países limítrofes, com isenção de impostos. Depois, os produtos retornavam, clandestinamente, ao mercado interno.

De fato, funcionava como uma espécie de “contrabando de produto nacional”, para se fugir dos impostos.

Não foram poucas as questões judiciais em torno disto.

É bem verdade que elas vinham rareando, pois a exportação foi diminuindo.

Em face do aumento do contrabando, a arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI caiu. No final de 1996, a receita atingia R\$ 280 milhões por mês, caindo para R\$ 180 milhões nos primeiros seis meses de 1999.

O comportamento do contrabando poderia terminar sendo um estímulo para as próprias empresas agirem ilicitamente, simulando exportações.

¹⁰⁹⁵ Atualmente, discute-se um Projeto de lei definindo crime de falsificação do selo que é afixado nos cigarros, bebidas quentes, relógios, e futuramente produtos audiovisuais e fonográficos. A pena prevista seria de reclusão de dois a oito anos e multa. Também a venda de tabaco a menores de 18 (dezoito) anos seria passível de pena de reclusão de um a seis anos.



Como se vê, não se receita a apatia legislativa, nem tampouco a leonina voracidade.

É, neste espaço de luta pelo direito, que se vai estreitando um caminho que, anteriormente, propiciou importantes vitórias tributárias em disputas com a Receita Federal, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e as Fazendas estaduais e municipais.

Refiro-me aos chamados recursos administrativos.

Sendo natural compreender que a inflação legislativa produz demandas, surge um aspecto, às vezes, esquecido, que é o da alteração da própria legislação sobre os procedimentos dos feitos, quer no âmbito judicial, quer no administrativo.

Sobre as custas judiciais muito se reclama pelos seus altos valores; e, na esfera administrativa, a coisa não é diferente.

É preciso, contudo, olhar também para o lado do Estado; ou, pelo menos, esclarecer os seus motivos, que muito não se distanciam da necessidade arrecadatória.

Em média, é por meio dos recursos administrativos que as grandes empresas reduzem as suas cargas tributárias, derrubando grande parte das autuações lavradas contra elas.¹⁰⁹⁶

Para restringir esta via, vem-se estabelecendo depósitos preparatórios para a análise destes recursos.

A Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, desde fevereiro de 1999, vem exigindo das empresas que depositem 50% (cinquenta por cento) do valor do auto de infração na hora de se interpor o recurso perante o Conselho de Contribuintes, que é o nome da segunda instância administrativa neste Estado.

A exigência deste valor está consagrada na Lei estadual nº 3188/99.

¹⁰⁹⁶ Há quem fale em até 70% (setenta por cento). Vide Gazeta Mercantil. 27.05.99. Caderno Legislação, p. A-10 – Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



Diante de tal estado de coisas, estão os advogados a dizer que medidas como esta terminam por interferir na migração de novas causas para o Judiciário em face do esvaziamento da esfera administrativa.

De tal ordem que a instabilidade legislativa teria ao seu lado o abarrotamento do Judiciário, sendo ambas as questões conexas e graves.

É bem provável que se diga que a Justiça haveria de ser simples e barata, não sendo recomendado o expediente de altas custas judiciais e depósitos prévios quanto aos recursos administrativos.

Mas, infelizmente, a instabilidade da lei, que já é um problema por si, acarreta um importante efeito psicológico, que faz parecer ainda mais grave algo que já o é.

Digo isto pelo seguinte.

No Brasil, fala-se muito dos valores dos depósitos e das custas forenses; mas é preciso esclarecer sobre a existência da Justiça gratuita, incluindo aí a isenção de custas e a defensoria pública para os mais pobres, que assim podem ser havidos por simples declarações próprias.

Sem dúvida, a defensoria pública ainda é precária no Brasil.

É preciso melhorar muito, mas não há um esquecimento completo, ao menos no campo abstrato, de que quanto mais pobre for o homem, mais ele necessitará de uma Justiça simples, rápida e barata.

Não poderia ser diferente. Afinal, o acesso à Justiça é um direito fundamental de toda a pessoa.

Sendo a Justiça cara, morosa, complexa, formal, anacrônica e distante do homem comum, cabe a ela melhorar.

Ou melhor dito, a descrença na Justiça não pode ter por amparo a multiplicidade de exemplos práticos onde se trate com benevolência os mais ricos, e, para os pobres, caiba o descaso desestimulante, e manifestado em desinformações, falta de condições materiais para aguardar a longa duração das causas etc.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



Isto não se muda com lei, mas com esmero na educação, que tem o poder de aperfeiçoar a cultura de um povo.

Idealizar os Juizados especiais, fiscalizar democraticamente o Poder Judiciário, discutindo, de maneira ampla, a composição do Conselho Nacional de Justiça, são todos elementos componentes que não podem deixar ao largo a educação.

Neste conjunto de fatores, é que precisa ser examinado o instituto da medida provisória e da indigitada subjetividade de conceitos como os de relevância e de urgência, que vêm abrindo espaços para o lançamento delas (medidas provisórias) aos montes, conforme os interesses dos Governos, frisando-se aqui: a) o insólito expediente da reedição, que não conta com nenhum artigo constitucional que o ampare; e b) o sistema brasileiro presidencialista de governo, onde, por exemplo, não se permite moções de desconfiança.

Ocorre que estes assuntos já foram anteriormente analisados, e, por isto, apenas os rememoro nestas breves anotações.

Prossigo dizendo que se poderia pensar que tudo isto diz respeito tão somente ao Brasil, algo sem nenhuma repercussão internacional.

Discordo deste raciocínio, e demonstro que a instabilidade legal brasileira, via de regra ocasionada pelo Poder Executivo, acarreta discussões jurídicas não apenas aqui, e na própria instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, que é o Supremo Tribunal Federal; mas também em todo o mundo.

Esclareço, exemplificando o que digo.

Para assim proceder, retomo o exemplo das contribuições previdenciárias brasileiras, tanto em relação aos servidores públicos ativos, quanto também em relação aos inativos (aposentados e pensionistas)

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em outubro de 1999, decidiu que era inconstitucional a legislação que impunha a contribuição para os inativos, argumentando que eles não estariam dentro do conceito de “segurados”, não merecendo ser enquadrados



como sujeitos passivos do recolhimento da contribuição da Seguridade Social; pois, enfim, deveriam ser vistos como beneficiários, e não como segurados.

Para ser ainda mais fiel ao que digo, transcrevo um trecho do Repositório do próprio Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁹⁷

É o seu teor: “O Supremo Tribunal Federal decidiu hoje (30.09), por unanimidade, que é inconstitucional a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores aposentados e pensionistas da União, prevista na Lei n 9.783/99. O Plenário acompanhou a fundamentação do voto do Relator, Ministro CELSO DE MELLO, segundo a qual a própria Constituição, após promulgação da Emenda nº 20, de 1998, foi clara ao restringir o desconto para a seguridade social apenas dos servidores públicos em atividade. O Supremo Tribunal Federal suspendeu o desconto previdenciário dos inativos (de 11% a 25% dependendo da faixa de renda) ao julgar medida cautelar requerida na ação direta de inconstitucionalidade (2010) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Durante o julgamento da questão da cobrança da contribuição dos inativos, os Ministros fizeram uma análise conjugada do art. 40, parágrafo 12 da Constituição, introduzido pela Emenda nº 20, com o art. 195, inciso II, entendendo que a cobrança dos inativos é constitucionalmente inviável.”¹⁰⁹⁸

Em resumo, disse o Supremo Tribunal Federal que não deveriam os inativos custear o sistema previdenciário brasileiro, dado que já o custearam quando em atividade e porquanto a Constituição conferiu esta tarefa apenas para os trabalhadores, incluindo-se aí os servidores públicos ativos.

¹⁰⁹⁷ Vide Notícias do Eg. Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br – 30.09.99.

¹⁰⁹⁸ Constituição da República: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (...) Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) II- do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”



Pois foi esta Decisão, conjugada com uma outra, onde o Supremo Tribunal Federal inadmitiu a ampliação da alíquota da contribuição do servidor público ativo para além dos 11%, que provocou um verdadeiro terremoto jurídico, ao ponto de o Presidente do Órgão Máximo do Judiciário nacional haver cogitado sobre a possibilidade de processar a Revista inglesa “*The Economist*”, e o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil haver escrito um artigo, em um dos principais Jornais nacionais, solidarizando-se com o Ministro e com todo o Judiciário.

Veja-se o que digo, sem perder de vista a importância e as consequências práticas da instabilidade do direito brasileiro.

Nos trechos dos textos transcritos a seguir, surge a questão do ataque, feito por uma Revista inglesa, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em face da Decisão que tomou pela inconstitucionalidade das contribuições que estavam sendo cobradas dos servidores públicos inativos – aposentados e pensionistas.

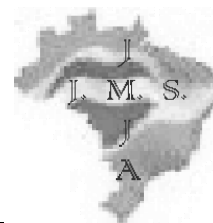
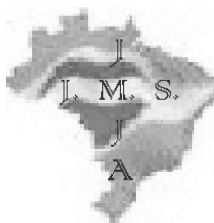
O tema tomou um tal vulto que o Presidente do Supremo Tribunal Federal suscitou a necessidade de o Presidente da República, como Chefe de Estado, vir a responder às críticas, argumentando com a utilidade de se suprir o desconhecimento sobre a realidade jurídica nacional.

Logo após, é o Presidente da Ordem dos Advogados brasileiros, na mesma linha utilizada pela Revista inglesa, que escreve o artigo intitulado “*Loucos e Cara de Pau*”, em uma alusão contestatória ao artigo que indiciava a existência de loucura nos Ministros que acompanharam o voto de inconstitucionalidade da contribuição.¹⁰⁹⁹ E foram todos, dado que a Decisão foi unânime.

Assim, o bastonário dos advogados brasileiros tentava demonstrar as vantagens de se observar o Estado Democrático de Direito, mesmo em um País havido indevidamente por alguns como de índole periférica:

1. O Presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro anunciando a possibilidade de processar uma Revista inglesa em nome do necessário respeito que deve ser mantido frente às Instituições e a ordem jurídica de um País. Contudo, revela esperar pelas iniciativas do Chefe de Estado. “*Manchete: Presidente do Supremo poderá processar*

¹⁰⁹⁹ O artigo da Revista inglesa era intitulado “*Loucos do Brasil*”.



Revista 'The Economist'. 14.10.99, 17 hs. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro CARLOS VELLOSO, disse hoje (14.10) que estuda a possibilidade de processar a Revista inglesa 'The Economist' por ter feito críticas à decisão do Supremo Tribunal Federal de derrubar a cobrança da contribuição previdenciária de inativos e pensionistas da União. 'Estou consultando a Organização Internacional dos Magistrados. Se for o caso, esta Revista será chamada às barras da Justiça inglesa, para responder pelas inconseqüências que publicou', afirmou VELLOSO. (...) As instituições políticas têm que ser respeitadas, devem ser respeitadas. Eu dei um exemplo recentemente. DE GAULLE, quando assumiu a presidência da França, para salvar a França, em 1958, cuidou primeiro das instituições políticas, da ordem jurídico-constitucional. O desenvolvimento econômico veio depois. Assim procedem os estadistas. (...) O Presidente da República, no regime presidencial, é o Chefe de Governo e Chefe de Estado. O Chefe de Estado tem por obrigação, tem por missão, representar e defender o Estado. Então, eu estou aguardando, primeiro, o pronunciamento do Chefe de Estado, face aos ataques que a instituição Supremo Tribunal Federal sofreu por parte desta Revista alienígena. Depois eu vou pensar o que fazer. Inclusive, se for o caso, estou consultando já a Organização Internacional dos Magistrados. Se for o caso, esta Revista será chamada às barras da Justiça inglesa, para responder pelas inconseqüências que publicou. (...) A Revista manifestou desconhecimento da realidade brasileira, e, sobretudo, da ordem jurídico-constitucional brasileira. Isso sempre acontece com publicações estrangeiras."

2. O Presidente da Ordem dos Advogados brasileiros rememorando a afirmação do Presidente do Fundo Monetário Internacional de que era preciso "humanizar a globalização", que, infelizmente, vem convivendo com a ampliação da miséria mundial. "Manchete: Artigo do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, REGINALDO CASTRO. 18.10.99. 10 hs. O Jornal do Brasil, na sua edição de ontem, publicou artigo do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, REGINALDO CASTRO, sob o título 'Loucos e Caras de Pau'. O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil faz uma análise do editorial da Revista inglesa 'The Economist', que criticou a Decisão do Supremo Tribunal Federal de derrubar a cobrança da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas da União. Eis o artigo: 'Há pouco mais de uma semana, o Presidente do Fundo Monetário Internacional, MICHEL CANDESSUS, em reunião anual dos sócios daquele organismo financeiro, declarou, preocupado, que 'é preciso humanizar a globalização', cujo custo nesse setor 'tem sido imenso'. Disse mais: que a globalização, em vez de resolver a questão



da miséria no mundo, ampliou-a, aprofundou-a. Como se sabe, nada disso é exatamente novo. Tratou-se, porém, de momento singular na trajetória do capitalismo deste século que finda, pois, pela primeira vez, tal enunciado era feito pelos donos do mundo, pelos autores do modelo diagnosticado como fracassado. Desde sua criação, há mais de 50 anos, foi a primeira vez que o Fundo Monetário Internacional e os organismos multilaterais de crédito, mentores do processo de globalização que aí está, admitiram que o combate à pobreza deve ser tratado como meta prioritária. Dia 9 passado, a Revista inglesa ‘The Economist’, uma das bíblias dos investidores do Primeiro Mundo – exatamente a platéia reunida dias antes em torno da surpreendente constatação de CAMDESSUS -, classificava de ‘loucos do Brasil’ (era o título do Editorial) os onze Ministros do Supremo Tribunal Federal. O motivo: cumprindo fielmente seu dever de zelar pela integridade do Texto Constitucional brasileiro, esses Ministros haviam rechaçado a cobrança indevida de contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados. A Revista, que exprime interesses e pontos de vista de banqueiros internacionais – exatamente os que se servem das fragilidades econômicas e institucionais dos países periféricos para multiplicar fortunas especulativas da noite para o dia – preocupa-se com a perda da receita de R\$ 2,38 bilhões, gerada por aquela Decisão, e que deveria compor o superávit imposto pelo Fundo Monetário Internacional ao governo brasileiro como reserva estratégica para pagar banqueiros. Com esse dinheiro, seriam pagos juros escorchantes no cassino mundial da especulação financeira. O mesmo Cassino que CAMDESSUS admite estar gerando mais miséria e colocando o ser humano a serviço da economia – e não o contrário (...).”

Em suma, o Brasil e o seu direito não devem ser tratados como simples fontes de negócios, mas como uma nação onde existe um Estado de Direito. Provavelmente, o sentimento contrário ao que defendo seja algo bastante antigo, ao ponto de o próprio nome do “Brasil” haver sido retirado do negócio mais importante da Coroa: o “pau-Brasil”.

Mas, mesmo reconhecendo que a globalização mais recente possa ter reduzido o espaço disponível para as escolhas nacionais, firmando uma crescente uniformização de padrões, não se pode relegar as identidades dos países, homogeneizando artificialmente as coisas.

Não se trata de discordar sobre a necessidade do equilíbrio orçamentário; o que vem ilustrado pelo Tratado de Maastricht, da União Européia.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



O problema é que a competitividade, em escala global, precisa ter limites.

Sem desconhecer que o Estado vem se tornando menor, por um imperativo de falta de recursos, pois parece incapaz de mobilizar as receitas necessárias diante da escassez; e, por isto, precisa selecionar as suas prioridades, é preciso ter em conta que os contornos dentro dos quais o mercado atua devem ser definidos politicamente, buscando atender aos interesses nacionais.

Infelizmente, no entanto, isto muitas vezes só se observa quando as potências econômicas invocam as suas influências para desrespeitar as regras multilaterais por elas próprias fixadas, ou sugeridas. É o caso típico da agricultura.

Mas não adianta abrir mão do sentido da realidade, defendendo a inexistência da globalização econômica como a ordem internacional em vigor.

A questão é se é possível, e quanto o é, atuar politicamente na defesa de uma poupança doméstica, de uma força de trabalho capacitada, de um maior desenvolvimento das exportações, evitando uma lógica perversa de que existem países menores e atrasados que estão condenados a viver na miséria absoluta.

Dependendo da ajuda externa, em um mundo com uma perspectiva de ética e solidariedade pouco desenvolvida, veriam, apaticamente, as suas instituições serem destruídas pela deficiência no nível de produtividade do seu povo.

Se, mesmo na Europa, surgem situações de notável gravidade, tal como o desemprego - a despeito dos diferentes mecanismos de proteção social e do treinamento para um trabalho substituto -, verificando-se a frustração dos jovens que procuram ingressar



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



no mercado de trabalho, e não conseguem¹¹⁰⁰; o que não se dizer do preço que vem sendo cobrado pelo ajuste de economias menores ao mercado internacional.

No caso do Brasil, parece que a *economia informal*¹¹⁰¹ precisa ser melhor estudada, pois é devido ter uma idéia aproximada sobre a realidade de quanto ela reduz a necessidade de empregos, e em quanto ela implica, por ser informal, em redução de receita tributária.

No ponto de vista do Estado, trazer para a legalidade estes trabalhadores e empresários é algo imperioso, pois, de um lado, confere a eles uma maior tranquilidade e direitos previdenciários, e, por outro, implica em um maior volume de recursos arrecadados para o Tesouro.

Contudo, do ponto de vista de alguns empregados e empregadores informais, isto poderia implicar em redução dos postos efetivamente disponíveis, pois as pesadas cargas tributárias ou previdenciárias terminariam por desestimular aquela atividade, tornando-a mais onerosa.

Esta é uma questão importante no Brasil, pois se é preciso pagar tributos, como um dever de cidadania, é necessário sobreviver, sendo este um instinto natural.

De nada adianta a globalização econômica multiplicar a riqueza mundial, marginalizando pessoas nos países ricos, e condenando à miséria uma maioria de países pobres.

¹¹⁰⁰ O consumo de drogas lícitas e ilícitas funciona, ao meu sentir, como um vetor para a marginalização, alimentando a violência. E a desesperança e a frustração alimentam a xenofobia.

¹¹⁰¹ Chamo de *economia informal* aquela composta por pessoas sem Carteira de Trabalho assinada, ou sem registro da existência das empresas que desenvolvem. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, os trabalhadores autônomos, ou por conta própria, formam o agrupamento mais representativo dos trabalhadores informais, pois correspondem a mais de 4/5 (quatro quintos) do total. Note-se, ainda, que, nestas pesquisas, busca-se distinguir entre o trabalho informal e a fraude trabalhista, chamada de *emprego formal precário*.



CAPÍTULO 13. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA INSTABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO



Portanto, o problema não está apenas em flexibilizar o direito do trabalho¹¹⁰², retirando direitos de pessoas que, embora não os exercessem, nutriam uma distante esperança por exercê-los. É preciso reestudar a volatilidade dos capitais, uniformizar um tratamento ético sobre o capital financeiro especulativo, buscar uma forma de consenso viável quanto aos interesses dos Estados ricos e pobres, não aprofundando rivalidades.

As lideranças mundiais, no exercício da responsabilidade social, são um ponto importante nesta proposta, pois elas podem ser idealizadoras e instrumentos eficazes na busca por novas modalidades de parcerias entre as sociedades e os governos.

No entanto, nada disto justifica que internamente não se trabalhe em favor do equilíbrio.

É sobre este assunto que tratarei adiante.

¹¹⁰² A idéia da flexibilização trabalhista no mundo globalizado exigiria investimentos maciços na geração de empregos. A Lei nº 9.958/12.01.2.000 prevê a criação de Comissões de Conciliação Prévia, pretendendo fazer com que as negociações entre empregados e patrões sejam um dos instrumentos de manutenção de empregos. Na verdade, o desenvolvimento tecnológico, no momento em que reduz a necessidade de mão de obra, vem gerando um contingente crescente de excluídos, não havendo políticas públicas eficazes para combater este problema. A simples harmonização legislativa é insuficiente, ainda mais quando se verifica uma enorme diferença nas condições de trabalho e de vida entre os Estados-nação. Daí a preocupação para com as formas alternativas de solução das questões trabalhistas, pois, sob esta aparência, às vezes pretende-se é afastar o Estado de atuar nesta área. Na situação atual dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, seria pretender mais do que suporta a realidade. Mudar só a lei não reduz desemprego.



14. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE FISCAL

“Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, 04.05.2.000).

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas. (...)

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I- demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias; II- estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.”

Portanto, é nesta selva de discussões e de leis que se sobressai a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2.000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) brasileira¹¹⁰³.

¹¹⁰³ Vide “Lei de Responsabilidade Fiscal. Veto – Cartilha - Dicas”. Senado Federal – Senador JUVÊNCIO DA FONSECA. Brasília. 2000.



CAPÍTULO 14. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE FISCAL



Afinal, com tantas mudanças legislativas, é preciso ter em conta a necessidade de compatibilizar os novos Projetos de lei, as novas leis, as novas medidas provisórias com certos critérios pre-determinados de despesa e de receita¹¹⁰⁴.

A Lei de Responsabilidade Fiscal tem esta motivação. Pretende ser um código de conduta para os administradores públicos de todo o Brasil, quer na esfera federal, estadual, distrital ou municipal. Tanto para o Poder Executivo, quanto também para o Legislativo e para o Judiciário.

Com isto, imagina-se melhorar a administração das contas públicas. Por exemplo, no que diz respeito às despesas de pessoal e com a dívida pública e os seus juros.

Enfim, não deve haver despesa sem que se indique a fonte de receita, mesmo que isto implique em reduzir outras despesas já existentes.

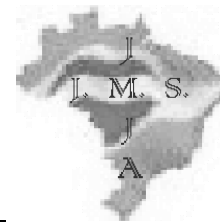
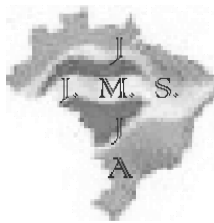
Além do mais, em anos de eleições, são firmados critérios adicionais de controle das finanças públicas.

Certamente, estas tarefas não são fáceis.

Contudo, através das sanções que a Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal prevê, o seu grau de respeitabilidade vem provocando um certo otimismo em relação ao grande endividamento público, que mais parece uma perigosa *bola de neve*.

Evidentemente, é preciso distinguir entre punir a pessoa de direito público, que, em última análise, pode implicar em punir a população local; e punir o administrador relapso no exercício das suas funções públicas.

¹¹⁰⁴ A eliminação de tributos sobre a exportação, por exemplo, precisa esclarecer os efeitos da renúncia de receita, embora também deva estimar o aumento de recursos decorrentes da mesma atitude. Sem isto, salvo melhor juízo, considero que reste violada a Lei de Responsabilidade Fiscal. Por este raciocínio, entre outras, a Medida Provisória nº 2.202-2, de 23.08.2.001, que dispõe sobre o ressarcimento das Contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e para a Seguridade Social – COFINS, incidentes sobre os insumos utilizados na fabricação de produtos destinados à exportação, padeceria deste vício.



Eis algumas sanções institucionais e pessoais nela consignadas.

São exemplos de sanções institucionais:

- a) suspensão das transferências voluntárias para aquele governo que não instituir, prever e arrecadar impostos de sua competência;
- b) no caso de limites de despesas com pessoal, se as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal não forem cumpridas, e enquanto não for feito o ajuste, ou se houver excesso do primeiro quadrimestre do último ano de mandato, ficam suspensas: b.1. transferências voluntárias; b.2. obtenção de garantias; b.3. contratação de operações de crédito, exceto para refinanciamento da dívida e redução de despesas com pessoal.

Realmente, no campo das despesas com pessoal - um aspecto indiscutivelmente importante e melindroso, prevê-se a nulidade de pleno direito do ato que:

- 1. não atender ao mecanismo de compensação (aumento permanente da receita ou redução permanente da despesa);
 - 2. não atender ao limite global de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo;
 - 3. aumentar a despesa de pessoal 180 (cento e oitenta) dias antes do final do mandato.
- c) quanto ao estoque da dívida, vencido o prazo de retorno ao limite máximo, e enquanto perdurar o excesso, fica impedido de receber transferências voluntárias da União ou do Estado;
 - d) para as operações de crédito irregulares, enquanto não forem cumpridos os mecanismos de correção de desvios (cancelamento da operação ou constituição de reserva), ficam proibidos o recebimento de transferências voluntárias, a obtenção de garantias e a contratação de novas operações de crédito, exceto para o refinanciamento das anteriores operações e para o refinanciamento da dívida e redução das despesas com pessoal;
 - e) na concessão de garantias, caso não sejam obedecidos os mecanismos de correção e seus prazos, o ente cuja dívida tiver sido honrada pela União ou Estado, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a liquidação da dívida.



CAPÍTULO 14. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE FISCAL



Mas, além das sanções institucionais, há as *sanções pessoais*, previstas em um Projeto de lei ordinária, apelidado de *Lei de Crimes de Responsabilidade Fiscal*, prevendo-se a perda do cargo, a inabilitação para o exercício de emprego público, prisões e multas.

Estas penalidades devem alcançar todos os responsáveis pela ação ou omissão, punindo as autoridades faltosas dos Poderes Públicos, e permitindo a todo o cidadão a legitimidade para denunciar a irregularidade.

É a contribuição da sociedade vista como algo necessário e imprescindível para o êxito da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, as contas públicas, por imperativo legal, devem ser consolidadas e divulgadas para o povo em uma linguagem simples e objetiva, permitindo as suas aferições em relação a cada uma das entidades que compõem a Federação brasileira.

Para que o acesso público seja amplo, advém a indiscutível colaboração da informática, aumentando a visibilidade do exercício do poder, particularmente, no que atine aos gastos públicos e às renúncias de receitas.

Agindo de maneira lúdica o administrador, espera-se que conte com o reconhecimento da maioria, pois, desta forma, o Brasil terá maiores chances de viver períodos mais longos de estabilidade econômica e social.

Portanto, insisto em dizer que não se trata apenas de ter acesso às despesas, mas também à forma como vem sendo constituída a receita daquela entidade.

Refiro-me, mais de perto, ao tema da renúncia fiscal.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem, em regra, instituir e arrecadar todos os tributos que lhe pertencem segundo a competência constitucional que lhe foi atribuída.

Dito de outro modo, devem utilizar a base tributária que lhe pertence, estimando adequadamente a sua receita. Arrecadar bem implica em cumprir melhor com as suas metas



fiscais, alocando recursos existentes para as suas diversas despesas. É a auto-sustentabilidade da pessoa política.

Logo, para renunciar a uma receita, é preciso mais do que um bom motivo. É fundamental estimar o impacto orçamentário da abstenção.

Segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal, a renúncia de receita deve estar acompanhada de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois exercícios seguintes.

Também é necessário que se demonstre que a renúncia de receita foi considerada na Lei Orçamentária Anual, e que não afetará as metas previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Uma opção a isto é aquela em que se demonstre a compensação que se fará em contrapartida à renúncia. Indique-se o aumento de receita decorrente do aumento ou da criação de algum tributo ou contribuição. Existindo esta compensação, não haverá obstáculo financeiro para se fazer a renúncia.

Mas não basta dizer que haverá a compensação, é necessário demonstrá-la.

Daí a importância de que não apenas o Executivo disponha de um corpo técnico preparado para estas operações, sendo de vital importância, para a efetividade da Lei de Responsabilidade Fiscal, que também o Legislativo e o Tribunal de Contas encontrem-se com uma infra-estrutura suficiente para operar. Do contrário, o Orçamento e a Lei de Responsabilidade Fiscal poderão não passar de meras peças de ficções, com existência exclusivamente formal.

Também deve ser dito que a compensação demonstrada não deve ser apenas para aquele exercício financeiro, acaso a renúncia o seja por um período maior.

Conforme a Lei de Responsabilidade Fiscal, deverá haver uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro por 3 (três) anos, e demonstração de compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.



Assim, uma despesa obrigatória de carácter continuado para que seja aprovada necessita de um aumento permanente de receita ou de uma redução permanente de outras despesas.

Este mesmo mecanismo aplica-se às novas despesas da Seguridade Social, exceto nos casos de crescimento pelo aumento do número de beneficiários e para a manutenção do valor real do benefício.

Trata-se de preservar a saúde das finanças públicas para o futuro.

Como se vê, portanto, o acompanhamento do exercício orçamentário, e o controle que isto exige e conduz é tarefa a ser desenvolvida mediante o confronto de dados, dentro do possível, de uma maneira transparente. É a necessidade da transparência da gestão fiscal em favor do equilíbrio das contas públicas.

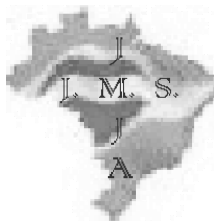
Só assim é que haverá maior segurança pelo atendimento dos limites, das condições e dos objetivos e metas assinalados no orçamento. Firmando responsabilidades, não permitindo desvios não justificados, definindo prazos para a liberação de recursos e correção do planejamento proposto, e dando acesso ao público sobre o sucesso ou o insucesso de um plano de governo, provavelmente, abandone-se um controle meramente burocrático, e se passe para um controle social mais efetivo.

No caso do Brasil, os Tribunais de Contas precisam destacar-se na tarefa de auxiliar a construção da cidadania orçamentária.

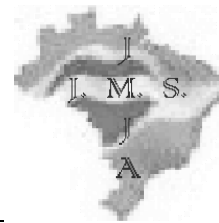
Verificando a obediência às normas e aos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal, auxiliando o Poder Legislativo na tarefa histórica deste Poder, pode adotar uma posição preventiva contra os desvios que existem ou que apontam existirem no futuro.

Se o nível de gasto está próximo do limite, adverte. Se passou do limite, também adverte.

Isto não significa dizer que deva haver o relaxamento no controle interno. Bem ao contrário, com a possibilidade destes alertas, e com a probabilidade da aplicação de sanções individuais e institucionais, é bem mais provável que o Sistema de Controle Interno de cada Poder e do Ministério Público sejam cada vez mais atuantes.



CAPÍTULO 14. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE FISCAL



Ora, não se deve imaginar que, por haver previsões legais, esteja-se no melhor dos mundos. Não é assim.

Contudo, no Brasil, ultimamente, o desequilíbrio fiscal vem sendo tratado de uma maneira mais responsável, e se espera que as conseqüências bastante negativas de um passado não tão distante, e que deixaram raízes no receio de uma inflação descontrolada, endividamento público crescente, carga tributária alta para os adimplentes, não façam com que as novas gerações abandonem o dia-a-dia das finanças públicas, permitindo o atendimento das necessidades fundamentais relativas à saúde, educação, saneamento, habitação, etc.

É, na execução orçamentária, que se encontram muitas das dificuldades por que passa o Brasil, não devendo os governantes descuidarem de apresentar à população como vêm utilizando os recursos públicos que lhe são colocados à disposição. Planejar e executar um ajuste fiscal na estrutura do poder, com carácter, dentro do possível, permanente.

Creio que é com este espírito que devem ser interpretados os princípios estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, tais como:

- a) limites com gasto de pessoal - estabeleceu-se limites em relação à receita corrente líquida para os três Poderes das três esferas de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)¹¹⁰⁵. Aqui, embora discuta-se a constitucionalidade do dispositivo, pois os Poderes são autônomos, não se pode deixar de tomar em conta a necessidade de contenção;
- b) limites para o endividamento público – serão estabelecidos, pelo Senado Federal, por proposta do Presidente da República;
- c) mecanismos de compensação para despesas de carácter permanente – o governante não poderá criar uma despesa continuada (prazo superior a dois anos) sem indicar uma fonte de receita ou uma redução de outra despesa;

¹¹⁰⁵ Lembro de que os Municípios brasileiros não possuem Poder Judiciário, mas apenas Poderes Legislativo e Executivo. Quanto aos Tribunais ou Conselhos de Contas municipais, a Constituição de 1988 proibiu a criação de novos, mantendo os já existentes. Assim, os Tribunais de Contas dos Estados realizam o auxílio, no controle externo, efetuado pelas Câmaras de Vereadores (Legislativo municipal).



- d) mecanismo para controle das finanças públicas em anos de eleição – impede-se a contratação de operações de crédito por antecipação de receita orçamentária no último ano de mandato, e se proíbe o aumento das despesas com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias que antecedem o final do mandato.

Logo, para equilibrar as contas públicas e para promover um ajuste fiscal responsável é preciso planejar.

No Brasil, o processo de planejamento público exige que se rememore o que já foi estudado em sede anterior, ao abordar uma *visão constitucional dos princípios tributários*, mais particularmente, quando foi tratado o tema do *Orçamento*.

Sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que é elaborada anualmente, destaca-se que deve conter, entre outros assuntos:

- a) as metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas às receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes, sendo, na prática, trienal;
- b) a avaliação do cumprimento das metas do ano anterior;
- c) a evolução do patrimônio líquido, a origem e a aplicação dos recursos das privatizações, se houver. Aqui, cabe dizer que, bem ao contrário do que se propugnava, as privatizações não reduziram a dívida brasileira, que cresceu, a olhos vistos, desde 1992;
- d) estimativa e compensação da renúncia fiscal e da margem de expansão das despesas obrigatórias de carácter continuado.

Sobre a Lei Orçamentária Anual, que assim como a anterior poderá ser federal, estadual, distrital ou municipal, deverá atender às prioridades fixadas no Plano Plurianual e nas Leis de Diretrizes Orçamentárias; além dos parâmetros da própria Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em outras palavras, é preciso haver observância do princípio da compatibilidade. Além disto, deve, na lei orçamentária, estar definida a reserva de contingência, um percentual da receita corrente líquida, para atender aos gastos extraordinários, não previstos na lei, tais como calamidades públicas.



No caso do Brasil atual, insisto em dizer sobre a importância, pelo elevado montante, do comprometimento dos juros da dívida, da amortização da mesma e das despesas com pessoal, aí incluídos os servidores ativos, inativos e pensionistas civis e militares; além dos membros de Poder, com as suas diferenciadas terminologias remuneratórias (subsídios). Ultimamente, também na rubrica “*despesas com pessoal*”, vêm recebendo um maior espaço os chamados *terceirizados*; ou seja, os empregados sob contratos de terceirização de mão-de-obra. Eles estão inseridos em “*Outras despesas de pessoal*”.

Assim, se a despesa com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite¹¹⁰⁶, advêm algumas vedações, a saber:

- a) concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título;
- b) criação de cargo, emprego ou função;
- c) alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;
- d) provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;
- e) contratação de hora extra, salvo em situações previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

E a preocupação com as despesas de pessoal não páram por aí, acrescentando-se:

- a) ultrapassado o limite máximo no quadrimestre, o excedente deve ser eliminado em 2 (dois) quadrimestres, sendo de, pelo menos, 1/3 (um terço) no primeiro;
- b) caso a despesa total com pessoal esteja abaixo dos limites fixados na lei, essa despesa poderá ser acrescida em até dez por cento em relação à despesa verificada no exercício imediatamente anterior, até o final do terceiro exercício após a vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, respeitados os limites para a esfera administrativa correspondente e para os respectivos Poderes. De toda maneira, os

¹¹⁰⁶ Em regra geral: 1. Para a esfera federal – 50% (cinquenta por cento) da receita corrente líquida; 2. Para a esfera estadual – 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida; 3. Para a esfera municipal – 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida.



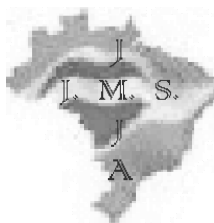
- eventuais aumentos do salário, gratificações ou reestruturação de carreira estarão sujeitos à edição de lei específica;
- c) o montante de recursos financeiros a serem entregues aos órgãos dos Poderes Legislativos e Judiciário e do Ministério Público, para atender a despesas com pessoal, será o resultante da aplicação dos limites e regras fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal. Nenhum ato que acarrete o aumento da despesa de pessoal nos Poderes Legislativo e Executivo poderá ser editado nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final da legislatura ou do mandato dos chefes do Poder Executivo;
 - d) em caso de crescimento econômico negativo ou inferior a 1% (hum por cento), nos quatro últimos trimestres ou de calamidade pública, estado de defesa ou de sítio, fica suspensa a contagem dos prazos para enquadramento nos limites de pessoal.

Sobre a dívida pública¹¹⁰⁷, considerando todos os entes que compõem a Federação brasileira, algumas normas também merecem ser registradas, tais como a do encaminhamento, pelo Presidente da República, ao Senado Federal, de proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados e dos Municípios. Além disto, deve ser apresentado, ao Congresso Nacional, projeto de lei definindo limites para o montante da dívida mobiliária federal, acompanhado da demonstração de sua adequação aos limites fixados para a dívida consolidada da União.

Estas propostas deverão conter:

- a) demonstração de que os limites e condições guardam coerência com as normas estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal;

¹¹⁰⁷ Entenda-se por: a) *resultado nominal* – é a diferença entre as receitas e as despesas públicas, incluindo receitas e despesas financeiras, os efeitos da inflação (correção monetária) e da variação cambial. Equivale ao aumento da dívida pública líquida em um determinado período; b) *resultado primário* – é a diferença entre as receitas e as despesas públicas não financeiras; c) *receita corrente líquida* – é a soma das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, havendo reduções conforme algumas leis esparsas; d) *dívida pública consolidada ou fundada* – montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtudes de leis, contratos, convênios ou tratados da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses.



- b) estimativas do impacto da aplicação dos limites a cada uma das três esferas de governo;
- c) razões de eventual proposição de limites diferenciados por esfera de governo;
- d) metodologia de apuração dos resultados primário e nominal.

Além disto, é preciso atender ao seguinte:

- a) os limites das dívidas devem ser fixados em percentual da Receita Corrente Líquida para cada esfera de governo e aplicados igualmente a todos os entes da Federação, que façam parte de seu cálculo, constituindo, para cada um deles, limites máximos;
- b) sempre que alterados os fundamentos das propostas de limites, em razão de instabilidade econômica ou de modificações nas políticas monetárias ou cambial, o Presidente da República poderá encaminhar ao Senado ou ao Congresso Nacional solicitação de revisão desses limites;
- c) excedido o limite máximo ao final de um quadrimestre, é dado prazo de três quadrimestres subsequentes para a eliminação do excesso que deve ser reduzido em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro quadrimestre. Enquanto se verificar o excesso, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ficarão proibidos de realizar novas operações de crédito, internas ou externas, inclusive por antecipação de receita orçamentária, e estarão obrigados a obter resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite. Decorrido o prazo para o retorno do montante da dívida ao limite, e permanecendo o excesso, fica também impedido de receber transferências voluntárias.

Portanto, em um País como o Brasil, onde grassa surgir um número tão elevado de medidas provisórias e de normas legais de outras espécies é bastante importante ter em conta as restrições na forma de administrar os recursos que são retirados dos contribuintes.

Se a inflação foi um *arremedo de tributo* de aplicação profundamente injusta, dado que os mais pobres não tinham condições de se socorrerem de contas bancárias e de aplicações no mercado financeiro de modo a se protegerem do seu efeito corrosivo; nem tampouco sendo conveniente ao Governo buscar empréstimos no mercado financeiro, emitindo títulos públicos, aumentando-se a taxa de juros, é preciso agir de acordo com limites claros de administração das finanças públicas.



CAPÍTULO 14. A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE FISCAL



Respeitar os limites conforme um planejamento sério e efetivo pode implicar na *utopia concreta* de um desenvolvimento econômico sustentado, sem inflação e sem endividamento, ambos vícios que naturalmente podem decorrer da deficiente administração fiscal.



CONCLUSÕES

“A primera vista, y desde distintas perspectivas, la política es el elemento menos fácil de tratar o más áspero del problema.” (SARTORI, GIOVANNI. La Política. Lógica y método en las ciencias sociales. Tradução de MARCOS LIRA. 4ª reimpressão. México. Fondo de Cultura Económica. 1996, p. 325)

Sob o título *“A inflação normativa e o princípio da segurança jurídica frente à responsabilidade fiscal”* decidi desdobrá-lo em quatro Capítulos, além do que convencionei chamar de Noções Preliminares.

Foram eles: 1. A inflação normativa e a *Torre de Babel* do Direito brasileiro; 2. Segurança Jurídica. Codificação. Consolidação. Refundição de leis; 3. Algumas consequências práticas da instabilidade do direito brasileiro e 4. A inflação normativa e o princípio da responsabilidade fiscal.

O modo como apresentei os Capítulos indicados deriva da forma como vejo os temas que elenquei; o que, naturalmente, interfere no modo de resolvê-los.

Creio que, no Brasil atual, existe uma ânsia de mudar, provocando a aparência de que nem mesmo o que é bom presta. Tudo deveria mudar.

Não é isto o que defendo. Postulo que, para mudar, é preciso ter tranquilidade, evitando a *lei do menor esforço*, que parece ser irrevogável, e em função da qual não se busca insistir na necessidade de tornar efetivo o que já existe.

A nossa Constituição não passa por outra ótica, nem tampouco as medidas provisórias nela inseridas.

Defendi que a importância do Poder Legislativo, ou do Executivo quando legisla, não está no número de leis que produz.



CONCLUSÕES



Um Poder com funções legislativas não é bom porque legisla muito, mas porque o faz na medida certa.

Para se tomar a iniciativa de elaborar uma norma é preciso adotar a posição responsável de conhecer as já existentes.

Um dos caminhos para se atingir a isto estaria em evitar o recurso a cláusulas gerais de revogabilidade, tais como “*e demais dispositivos em vigor*”.

Para se querer mudar uma realidade normativa, é preciso conhecer o estágio das disposições vigentes na matéria.

Com isto, tem-se um ganho de agilidade, pois, já havendo jurisprudência (administrativa e/ou judicial) perante a norma antiga, deve-se haver colhido lições de experiência que não devem ser desprezadas.

Críticas como aquela que afirmam que o recurso a cláusulas gerais de revogabilidade tem o mérito de evitar o tédio ao leitor da norma não me parecem que saiam com vantagem frente ao risco de o legislador está legislando sem o guia do conhecimento do que já existe, correndo a possibilidade de não se estar avançando; mas, bem ao contrário, regredindo.

Outro argumento que merece ser discutido é aquele onde se assevera que, sendo o Direito uma expressão ativa de poder; por isto seria natural que o grupo político vencedor, buscando realizar as suas intenções eleitorais (ou dado a outro meio de ascensão), viesse a elaborar normas que expressassem a sua vontade.

Assim, estariam justificadas as freqüentes mudanças do ordenamento. Diante disto, defendi que é preciso ver a Constituição como um limite efetivo de poder, devendo a mesma ser cultivada, merecendo uma interpretação conforme a cultura do povo ao qual se aplica.

Insisto nisto. Há limites para os que saem vitoriosos nas pendências políticas em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, “caput”, da atual Constituição do Brasil).

É esta a idéia central: a inflação normativa é perniciosa.



CONCLUSÕES



Assim como o excessivo número de receitas não conduz à solução do problema, o excessivo número de normas traz consigo as complicações que os muitos remédios podem provocar no organismo.

Um ordenamento jurídico demasiadamente extenso contém normas que não são utilizadas; ou, o que é pior, deixa portas e janelas abertas para a dissimulação de modo a permitir que alguém mentalmente mais habilidoso ou importante política ou economicamente venha a chegar à solução que quiser, amparado em possíveis equívocos e indeterminações das palavras das leis.

Isto não significa dizer que se esteja abdicando da especialização profissional, pois mesmo leis claras e estáveis não excluem a sua necessidade.

Entretanto, os labirintos jurídicos menos servem aos cidadãos, e só auxiliam na criação de nichos intransponíveis que dão espaço a linguagens cifradas, só compreensíveis entre aqueles que dela se beneficiam.

O afã da especialização em temas cada vez menores vai fazendo surgir pretensões de autonomia cada vez mais específicas, sendo preciso não perder de vista que a confusão normativa, sem o amparo de elementos de teoria geral, termina por ser prejudicial à noção de que o direito deve servir ao homem, e não o inverso.

Considero que a instabilidade do artefato normativo, tão incentivado pela inflação de normas jurídicas provisórias, normalmente não vai ao encontro dos anseios do homem comum, que termina arcando com os encargos da máquina do Estado.

Além dos clientes, são os profissionais altamente especializados nas vírgulas e nos pontos e vírgulas que saem ganhando, tal como historiei anteriormente, ao tratar da Reforma Constitucional previdenciária, que foi um sorvedouro de novas demandas.

Defendo, enfim, que, via de regra, o que deve mudar não é a norma, ou, tão somente, a norma; sendo necessário uma reforma cultural da maneira de se fazer justiça.

Nesta seara, encontro uma necessária preocupação com o esmerilhamento do processo, embora não com a criação de novos formalismos consagratórios de doutrinas enfiadas nos muros do mundo teórico universitário.



CONCLUSÕES



É também necessária uma nova organização para o Poder Judiciário, o que seria um fator conducente a uma maior estabilidade.

É preciso conhecer o que já existe e planejar outras alternativas com serenidade e responsabilidade.

Ocorre que, algumas vezes, quando o Poder Judiciário brasileiro depara-se com a estratégia de que se o está utilizando como um instrumento para a rolagem da dívida estatal (vide precatórios), ou, a exemplo disto, o cidadão demandante o utiliza como uma fonte de recursos a custos baixos (juros mais baixos), e reage, não é incomum que esta reação esbarre no Poder Executivo, que responde com novas medidas provisórias, entretendo a agilidade, e retornando ao campo da lentidão.

É a impotência do Judiciário perante a prepotência do Executivo e o sucesso de uma nação de demandistas, especialistas em alongar processos.

Infelizmente, parece ser esta uma realidade. Está-se formando, no Brasil, uma cultura demandista, à frente dela o próprio Estado.

Assim, as medidas provisórias estimulam e alimentam novas causas em Juízo, provocando um círculo vicioso. Novas medidas provisórias, novas questões em Juízo.

Pior. A cultura provocada pela inflação normativa termina estimulando a perda de prestígio da própria lei.

Assim, segue-se ignorando a lei quer pela grande quantidade daquelas vigentes, quer porque apenas muito poucos conhecem uma determinada parte do ordenamento jurídico a fundo.

Portanto, considero que esta realidade provoca o desinteresse pelo que está contido na lei, não devendo o direito variar com a frequência das marés, e sem a previsibilidade das mesmas.

A inflação de prescrições normativas, ou uma super-produção de normas, ameaça a segurança, e, conseqüentemente, a justiça; dado que defendo a segurança como um instrumento a serviço da realização da justiça.



CONCLUSÕES



Certamente, a avalanche de normas provisórias não protege o cidadão, e passa a ser um castigo, dado que o mesmo deve comportar-se como se não as ignorasse. A cada trinta ou sessenta dias elas mudam. É uma instabilidade sem fim.

É no campo tributário que a instabilidade legislativa assume um carácter mais preocupante, o que é particularmente lamentável, pois o Brasil é um País onde se encontra um dos mais graves conflitos distributivos do mundo.

De tal ordem, mesmo mudando muito, não se muda o que, talvez, precise ser mudado, sobretudo no âmbito da reforma do sistema tributário nacional.

Isto porque o empresariado, fortalecido politicamente com o sistema de financiamento eleitoral, reivindica um alívio tributário, mediante a redução da sua carga, enquanto o Estado pretende ajustes fiscais de modo a equacionar os seus problemas financeiros pela via da arrecadação, em face das dificuldades políticas e jurídicas de reduzir a despesa.

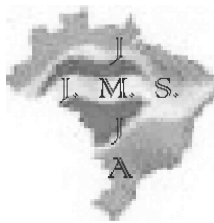
A conclusão a que chego é que, no direito brasileiro, convivem lado a lado a inflação normativa e a apatia de legislar.

Esta é uma das contradições brasileiras.

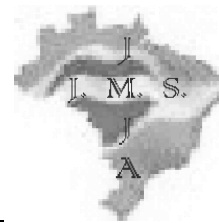
Se, por um lado, há excesso de normas; por outro, há uma evidente falta delas.

Por vezes, contudo, prega-se a desregulamentação com um pano de fundo que considero falso. É o caso das relações entre empregados e empregadores, onde se diz que o enxugamento da legislação trabalhista e a menor presença do Estado nestas relações contribuiriam para o aumento no número de empregos. Pessoalmente, entendo que esta iniciativa traria consigo o elevado risco da desproteção do empregado e o passivo de não se conseguir aumentar o nível de emprego por norma jurídica, inclusive pela sua ausência.

Em outras palavras, há uma má distribuição quantitativa e qualitativa de normas jurídicas, havendo a necessidade de uma reforma cultural, para além das reformas jurídico-formais.



CONCLUSÕES



Uma revolução pelo prestígio à educação de um povo que ama o seu País, e precisa se orgulhar dele.

Quanto às causas desta inflação normativa sobre a qual comento, defendo que não residem no desenvolvimento das relações internacionais, nem tampouco no fato de ser o Brasil uma Federação, permitindo-se a multiplicidade de fontes de produção normativa (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Quanto a ser o Brasil uma Federação, cabe dizer que mesmo que as outras entidades que não a União Federal não estivessem conscientes do princípio da simetria, terminam por, praticamente, reproduzir o que já foi feito pela União.

Tenho comigo que a eclosão exagerada de normas, dentro das características nacionais, trazem também consigo uma possível pressa e superficialidade das redações; o que ainda mais incentiva a contenciosidade.

Esta pressa aparece, por vezes, aliada aos reclamos imediatos da população, que, instigada pela mídia, e muitas vezes sem conhecimento de causa, exige um novo diploma legal.

No campo da legislação sobre o crime, isto gera, muitas vezes, a quebra da proporcionalidade das punições criminais, pois a pressa surge como inimiga da qualidade da produção jurídica.

De tal ordem, embora nem sempre o problema resida no instituto das medidas provisórias, o clima de intranquilidade e de açoitamento que elas deixam permanecer termina por se transferir para a produção legislativa em geral.

Afinal, embora se critique os excessos cometidos pelo Poder Executivo por esta via, quando a população vê-se acuada, esquece da necessidade das garantias constitucionais, tendo a ilusão de que as novas normas são feitas para os outros, e não para as suas famílias: o que pode constituir um engano, tal como a realidade faz questão de demonstrar.

Legislar requer cautela, experiência. Legislar exige tempo.



CONCLUSÕES



Evidentemente que o produto legislado precisa do aval da Constituição, pois, do contrário, a norma produzida passa a ser um instrumento de força, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Assim, o Texto Maior termina ocupando uma função de redutor de possíveis complexos labirintos jurídicos.

Também por isto faz-se necessário que uma Constituição seja dotada de estabilidade, que não mude rotineiramente. Naturalmente, isto pode ser mais difícil quando o seu Texto é bastante detalhado.

Dito isto, acrescento que a publicidade das mudanças, e dos seus trabalhos preparatórios, funcionam como filtros diante do que se faz perante as contingências do dia-a-dia.

Mas a publicidade pressupõe clareza, concisão, simplicidade. E acho importante insistir no sentido de que é possível aliar estes atributos, e, mesmo assim, evitar a vulgaridade, cabendo lembrar de que, em épocas de campanhas políticas, há todo um esforço de comunicação, que não deve se esgotar após a abertura das urnas.

Contudo, não se deve esquecer de que a transparência expõe o poder.

Logo, ao se dizer que as freqüentes mudanças legais, e constitucionais, facilitam a vida do Estado, tenho em conta que melhor seria dizer que elas facilitam a vida de certos Governos, que argumentam com a necessidade de adaptação às novas realidades, tal como as empresas privadas o fariam.

Discordo que, no balanço da instabilidade, prevaleça algo positivo, inclusive lembrando de que nem sempre a vida das empresas privadas signifique prosperidade e acerto absoluto.

É fundamental que as leis sejam feitas com rigor, e ocorra uma pesquisa tanto quanto exaustiva para produzi-las.

Uma lei não deve ser feita por um simples impulso, ou tal qual um mero despacho presidencial. Se não chega a ser um produto acabado, não pode desconhecer a experiência ética em geral e a experiência jurídica em particular.



CONCLUSÕES



É a *experiência integral* consoante a história, os fatos e os valores que fornecem sentido à transformação.

Cada sociedade tem o seu sistema de referência, que pode evoluir e se renovar, evitando o envelhecimento do que já existe. Assim, não se pretenda ao direito uma neutralidade axiológica, desconhecendo que recolha uma dada ideologia.

Porém, períodos de globalização e a existência de áreas de homogeneização jurídica não justificam o menosprezo das características particulares de cada sociedade.

Algo (um instituto, uma determinada norma ou regime, etc) pode funcionar bem em um País, e mal em outro.

A corrida aos Diários Oficiais (Diários da República e congêneres) não creio que seja o caminho para provocar uma real sensação de autêntico desenvolvimento jurídico.

Infelizmente, no Brasil, não são tão poucos os que parecem acreditar em que se uma norma estiver servindo como um entrave (limite) ao poder, eles tratarão de, com bastante brevidade, modificá-la, mesmo que se trate de norma constitucional.

Esta situação permite uma flagrante insegurança, que não pode ser o caminho para evoluir uma nação.

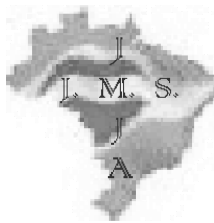
Nem a petrificação do direito, nem tampouco a orgia normativa despreocupada.

Na primeira hipótese, permite-se o envelhecimento do direito. Na segunda, torna-se os cidadãos ainda mais alheios a ele. E aquilo que não se conhece, normalmente, provoca receio e medo.

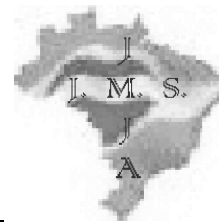
Ao desejo de renovação contínua é preciso superpor a necessidade real da mudança.

Nem tudo o que é novo é bom, e nem tudo o que é antigo é necessariamente ruim.

Neste enfoque, defendo que ainda hoje é possível manter ao lado dos Códigos alguma legislação esparsa (ordenações mistas).



CONCLUSÕES



A dimensão e a importância da legislação codificada não devem ser havidas como coisas do passado.

Uma legislação sistematizada e organizada não deve ser um objetivo que teve o seu ponto final no passado.

Como tudo na vida, também os Códigos apresentam vantagens e desvantagens.

Entre os inconvenientes, é comum apontar a cristalização do direito, dificultando a sua evolução.

Creio que esta objeção possa ser respondida. Afinal, quando num Código é feito não o deve ser com a pretensão da eternidade. Além do mais, os seus aplicadores (administradores e juízes) têm a incumbência de adequar as suas prescrições aos novos tempos.

Legislar para a eternidade pode ser uma ilusão, pois a vida incessantemente modifica-se.

O correr dos anos permite alterações parciais, adaptações aplicativas, e, em hipótese derradeira, até mesmo a substituição da legislação codificada. A reforma poderá ser total ou parcial, conforme indiquem as circunstâncias da realidade social ao seu entorno.

Entre as vantagens, tem-se o fato de que uma legislação codificada permite facilitar a interpretação e a aplicação do direito. Isto porque o aplicador, ao invés de se lançar em uma iniciativa exaustiva de pesquisa legal, onde pode encontrar leis confusas e contraditórias, já dispõe de um corpo orgânico e sistematizado; o que facilita, em muito, o seu trabalho, tornando-o mais rápido e eficiente.

Organizar uma vasta legislação esparsa em um Código não é uma tarefa fácil. No mínimo, exige pesquisa, competência e tempo.

Em síntese, as codificações apresentam vantagens e desvantagens, sendo problema de oportunidade política elaborá-las.



CONCLUSÕES



Hoje em dia, este tema não deve ser colocado em termos de se elaborar Códigos perfeitos e completos, capazes de solucionar todas as controvérsias humanas.

Evidentemente que o desprezo ao passado e a crença absoluta em um direito à margem da realidade viva da sociedade não pode ser um caminho seguro.

Em linha de síntese, defendo que não se pode desconhecer que é preciso evoluir, sem, entretanto, abrir mão das vantagens advenientes da sistematicidade.

Em favor da idéia das codificações não se pode esconder o Direito Constitucional, o Civil, o Penal, o Processual, o de Defesa do Consumidor, o das Crianças e dos Adolescentes etc., que, no Brasil, têm um documento base sistemático, e nem por isto deixam de evoluir.

Particularmente, penso que um documento básico tornaria mais difícil ao administrador trazer a desculpa de que ignorava a legislação violada, abrindo menores espaços para aquele mal intencionado agir arbitrariamente. Além do mais, o próprio administrado teria um acesso mais fácil a esta legislação.

Fundamental, contudo, é não esquecer das peculiaridades do nosso ordenamento jurídico, evitando copiar legislações estrangeiras, embora importante seja o seu estudo para a ampliação do leque de opções que se poderá tomar.

No Brasil do final do milênio, além das Reformas do Código de Processo Civil, do Código de Processo Penal, dos Códigos Civil e Penal, não devem ser lançadas para linhas de menor importância as codificações do trabalho e a administrativa.

Tudo isto objetivando modernização e eficiência.

Outro aspecto de realce é o da impossibilidade constitucional de novos códigos serem votados sob o regime de urgência.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁸ Constituição do Brasil. “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e



CONCLUSÕES



Entretanto, não se deve esquecer do que vem sendo chamado de refundição de leis. Emprego, aqui, o termo refundição no sentido de uma espécie de procedimento de integração ao texto codificado das alterações que lhe forem sendo feitas.

Esta técnica legislativa de atualização do texto base traria consigo o mérito de deixar claro para aqueles que trabalham com aquela norma o que, realmente, encontra-se em vigor.

No Brasil, isto teria uma profunda importância não somente no âmbito da legislação previdenciária e na relativa aos regimes jurídicos dos servidores públicos, por exemplo; mas também na própria esfera constitucional.

Funcionaria como uma espécie de organização contínua do direito, refundindo-o mediante a formulação de textos atuais, poderia ser feita à medida em que fossem produzidas as novas normas, permitindo ao intérprete, ao legislador e ao leitor em geral uma noção mais exata do resultado produzido com os trabalhos legislativos.

O expediente de aprovar textos esparsos, ainda não inseridos na lei que foi alterada, traz os inconvenientes das colagens e outros não menos importantes.

Por isto, tal como fiz indicar anteriormente, tenho no instrumento da refundição um aliado à possibilidade de se estabilizar o volume legislativo, facilitando a leitura do que está em vigor.

Ora, não se diga que é impossível ao legislador, à medida em que fizer os ajustes da norma legal, vir também a republicá-la na sua nova fisionomia, mantendo, em nota de rodapé, os dispositivos substituídos.

Isto não apenas é possível. É, também, recomendável.

No Brasil, e talvez em outros Estados contemporâneos, não se sabe, ao certo, o número e a espécie de leis de que se dispõe no ordenamento jurídico.

cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação. (...) § 4º. Os prazos do § 2º. Não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.”



CONCLUSÕES



Os números são os mais dispersos possíveis.

Talvez isto ocorra não apenas pelas novas exigências da modernidade, mas também por não existir um predomínio estável de uma classe ou grupo social que controle o monopólio das fontes normativas.

Assim, nos países em que isto for uma consequência da democracia, parece-me desejável reduzir os inconvenientes da instabilidade; ou, ao menos, é possível tentar encontrar expedientes de técnica de produção normativa mais compatíveis com um mundo que convive com a INTERNET, e com um volume imenso de informações de toda ordem.

Eis um desafio para o direito.

Defendo que o volume de informações e a pluralidade normativa não devem trazer um destino certo de decadência para o ordenamento jurídico. Cada tempo tem os seus desafios.

Talvez, o clássico sistema de códigos duradouros, seguindo um modelo de prestígio secular não se permita atualmente. Talvez o impulso de integração legislativa deva seguir outros expedientes, mas não se deve abdicar do princípio da segurança jurídica; e, conseqüentemente, da simplificação e da sistematização.

É natural que se precise adaptar aos novos tempos um modelo derivado do pensamento racionalista do século XVIII.

Em uma democracia, é o povo e os seus representantes que devem decidir os caminhos que se irá tomar.

A ilustração dos problemas e das formas de resolvê-los é algo que não se esgota.

Isto não quer dizer, porém, que os novos séculos, e o próximo milênio, devam se contentar com o fracasso frente a uma crescente insegurança, ou que se deva reduzir este princípio a uma categoria menor entre os valores.



CONCLUSÕES



É reafirmando este princípio, e combatendo a sua decadência, que o mundo pós-moderno, ou que outra nomenclatura tenha, reproduzirá um valor básico, e sem o qual não haverá tranqüilidade.

O que preocupa é o déficit democrático; pois, com a democracia, a unidade e a sistematicidade do ordenamento jurídico, bem como a função educadora que a ele se deve atribuir, podem ser cultivados segundo os meios eleitos pelo corpo social.

A clareza e a precisão da lei já feita não eliminam a necessidade de se ir aperfeiçoando o trabalho realizado. Contudo, os meios de técnica legislativa precisam ser desenvolvidos.

Esta disciplina (Técnica Legislativa), no Brasil, ou não existe, ou ainda é incipiente nas Universidades.

O desinteresse, pelo menos aparente, é injustificável, não podendo a doutrina abdicar do estudo dos processos de elaboração das leis.

É recuperando a qualificação técnica, e havendo a sensibilidade social, que os juristas poderão colocar lado a lado a tarefa interpretativa / aplicativa e a tarefa de elaboração legislativa.

Tornar obrigatória a disciplina de “*Técnica Legislativa*” é a minha proposta, de maneira que não se permita a formatura universitária sem antes cumpri-la.

Apostar na improvisação e na intuição é pretender que o acaso seja o melhor caminho a ser seguido.

Não o é.

Introduzindo entre as exigências curriculares esta disciplina, novos manuais especializados irão surgir, com a tendência de irem, aos poucos, cada vez mais se aperfeiçoando.

Reduzindo o modo de legislar desordenado e anárquico, e fornecendo a devida importância para os trabalhos pré-legislativos, é natural que, gradativamente, o sistema jurídico vá adquirindo qualidade e sintonia.



CONCLUSÕES



Portanto, não se deve adiar as discussões sobre a melhoria técnica da produção de normas. Este é um caminho compatível e necessário à realização do princípio da segurança jurídica.

No momento em que a técnica legislativa estiver sedimentada nos currículos universitários, talvez as medidas provisórias possam, sob uma melhor qualidade, virem a ser redigidas por pessoas com formação jurídica.

Eis aí um outro problema sobre o qual me posicionei.

No Brasil, a impressão que se tem é a de que a tarefa de elaborar as leis fica mais por conta dos economistas do que dos juristas; o que significa um forte desprestígio para esta classe, com repercussões prejudiciais para os brasileiros e para aqueles que aqui residem.

Não que os juristas não necessitem, muitas vezes, de trabalhar lado a lado com outros profissionais; mas as tarefas de cada um devem ser demarcadas.

A realidade, contudo, vem demonstrando um Estado nas mãos dos economistas.

Ocorre que, descobrindo os cidadãos brasileiros que podem recorrer à Justiça, toda vez que se dá seqüência a mais uma “*revolução dos economistas*” (pacotes econômicos, por exemplo)¹¹⁰⁹, há uma enxurrada de questões em juízo.

¹¹⁰⁹ Abaixo do título “*O Custo dos pacotes malfeitos*”, foi publicado, no Jornal “*O Estado de São Paulo*” (14.06.99. Caderno Notas e Informações. p. A3 - Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região), artigo de onde extraio alguns trechos. Veja-se: “*Um erro muito comum no Brasil: em cada pacote, ou diante de cada nova necessidade, a autoridade considera justificado violar normas e contratos e atropelar direitos. Esse erro, em alguns casos, pode ser atribuído à falta de assessoria jurídica. De modo geral, porém, resulta mesmo de um espantoso despreço às leis e às obrigações contratuais. Além disso, muitas cobranças, quando ocorrem, só afetam os governantes seguintes. (...) As minúcias processuais são o ponto menos importante, neste momento, para uma avaliação política desse caso. A questão de maior peso é outra: encerrado o período militar, o poder público brasileiro tem demorado a adaptar-se a um verdadeiro Estado de Direito. O governo de hoje paga por erros cometidos há muito tempo, quando outros administradores decidiram passar por cima de leis e contratos. Mas também agora se continua a administrar como se os limites legais fossem adaptáveis à vontade dos governantes. Terminou o regime abertamente*”



CONCLUSÕES



Com os milhares de novos processos, vão os juízes reler e interpretar um emaranhado assistemático de leis e medidas provisórias.

Admitindo a existência de uma razoável litigiosidade contida, é de se constatar que o volume imenso de demandas seja apenas a ponta do *iceberg*.

Poderia-se dizer que se se legisla muito é porque assim se faz necessário.

Porém, defendendo que, ao lado da inflação normativa, existe uma verdadeira apatia de legislar.

Logo, conclui-se por uma legislação desbalanceada. É tal qual aquele glutão que come muito. Mas come o que não deve.

Ao ingressar no Capítulo de aplicações práticas às questões teóricas, sublinhei que, no Brasil de hoje, muito se fala nas liminares, ou mesmo em “*guerra de liminares*”, travada entre o Governo e os maiores contribuintes do País.

Para algumas autoridades públicas, conforme foi citado, as liminares vêm sendo o melhor instrumento para não se pagar impostos no Brasil.

Para outros, elas seriam uma espécie de reação a uma seqüência de medidas provisórias e inconstitucionalidades advindas do Governo.

Fala-se até, em tom de crítica, que as liminares seriam as “*medidas provisórias editadas pelo Poder Judiciário*”.

Pelo que defendo, não se pode mudar o direito vigente sem antes conhecê-lo. Muitas vezes, a solução não está nas mudanças, mas em dar efetividade ao que já existe.

autoritário, mas a administração permanece despreparada para atuar num ambiente de respeito às normas.”



CONCLUSÕES



Este parece ser o caso da discussão em torno das limitações temporais das liminares, atualmente pretendida pelo Governo, e que já conta com dispositivos da ordem do art. 1º, al. “b”, da Lei nº 4348, de 26.06.64.¹¹¹⁰

Defendo mais. A instabilidade legislativa brasileira decorrente das medidas provisórias termina por contaminar também as leis, quer aquelas oriundas das antigas medidas convertidas, quer não.

Isto ocorre porque elas deixam um clima de tensão e ansiedade que propicia este movimento intenso e inesgotável de novas demandas.

É tal o estado de coisas que se chega a falar que as metas do ajuste fiscal dependem diretamente do Supremo Tribunal Federal.

E, realmente, dependem; pois à medida em que se vai demonstrando as inconstitucionalidades, e os recursos previstos com base nas leis havidas como inválidas vão deixando de ser arrecadados, novas reformas são imaginadas, muitas vezes com o objetivo de suprir as carências deixadas pelo exercício da função judicante.

O raciocínio parece ser o seguinte: se não é mais possível arrecadar com base em uma lei inconstitucional, tenta-se uma outra.

Eis um dos principais motivos da “*enxurrada de liminares*”, o que termina por interferir na própria elaboração dos orçamentos federal e estaduais.

Assim, as eventuais frustrações da Receita vêm sendo compensadas com novas leis e novos tributos.

Além do que, não sendo de 100% (cem por cento) as possíveis derrotas, ainda sobraria um resíduo no Caixa, ao menos porque alguns contribuintes não recorreriam à Justiça para reaver as parcelas já pagas do tributo inconstitucional.

¹¹¹⁰ Lei nº 4348, de 26.06.64. “Art. 1º. Nos processos de mandado de segurança, serão observadas as seguintes normas: (...) b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por 30 (trinta) dias, quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.”



CONCLUSÕES



De fato, pelo que foi demonstrado, o Poder Judiciário brasileiro encontra-se sob fogo cruzado, abaixo de uma interminável e alvoroçada fonte legislativa por um lado; e, por outro, diante de uma cultura demandista que se vem intensificando no Brasil.

As empresas com os seus planejamentos fiscais arrojados algumas vezes trabalham na linha divisória da evasão.

Assim, conjugam-se, infelizmente, a má fé e o abarrotamento do Judiciário, provocado pela inflação normativa.

O resultado é um só: insegurança.

Pior do que isto, pois concluo que a instabilidade legal, um grave problema por si, também acarreta um efeito psicológico, que faz parecer ainda mais grave algo que já o é.

Isto não muda com a lei, mas com o esmero na educação, que tem o poder de aperfeiçoar a cultura de um povo.

Não basta melhorar a Justiça, ou manter estável a Constituição, ou regulamentar as medidas provisórias. É preciso mais.

Faz-se necessário investir, de maneira planejada e contínua, na educação.

Enfim, para haver responsabilidade fiscal é necessário educação.

É tal como diz a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2.000, *a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar* (Exposição de Motivos).

Ora, para conseguir planejar a complexa estrutura de receitas e de despesas de um Estado moderno, e, mais ainda, ter disciplina para cumprir com os compromissos, a pedra de toque é a educação cívica, e, mais especialmente ainda, a tributária.



CONCLUSÕES



Eis mais algumas das minhas reflexões sobre este assunto:

1. Na selva brasileira de discussões judiciais, de leis e de medidas provisórias, sobressai a Lei Complementar nº 101/2.000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Com tantas mudanças legislativas, é preciso ter em conta a necessidade de compatibilizar os novos Projetos de lei, as novas leis, as novas medidas provisórias com certos critérios pré-determinados de despesa e de receita. A Lei de Responsabilidade Fiscal tem esta motivação. Pretende ser um Código de Conduta para os administradores públicos de todo o Brasil, quer na esfera federal, estadual, distrital ou municipal. Tanto para o Poder Executivo, quanto também para o Legislativo e para o Judiciário. Com isto, imagina-se melhorar a administração das contas públicas.
2. Não deve haver despesa sem que se indique a fonte de receita, mesmo que isto implique em reduzir outras despesas já existentes. A compensação demonstrada não deve ser apenas para aquele exercício financeiro, acaso a renúncia o seja por um período maior. Assim, uma despesa obrigatória de carácter continuado, para que seja aprovada, necessita de um aumento permanente de receita ou de uma redução permanente de outras despesas. Este mesmo mecanismo aplica-se às novas despesas da Seguridade Social, exceto nos casos de crescimento pelo aumento do número de beneficiários e para a manutenção do valor real do benefício. Trata-se de preservar a saúde das finanças públicas para o futuro. Além do mais, em anos de eleições, são firmados critérios adicionais de controle das finanças públicas. Certamente, estas tarefas não são fáceis.
3. Através das sanções que a Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal prevê, o seu grau de respeitabilidade vem provocando um certo otimismo em relação ao grande endividamento público. Evidentemente, é preciso distinguir entre punir a pessoa de direito público que, em última análise, pode implicar em punir a população local; e punir o administrador relapso no exercício das suas funções públicas.
4. Foram apresentadas as sanções institucionais e pessoais consignadas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Estas penalidades devem alcançar todos os responsáveis pela ação ou omissão, punindo as autoridades faltosas dos Poderes Públicos, e permitindo a todo cidadão a legitimidade para denunciar



CONCLUSÕES



irregularidades. É a contribuição da sociedade vista como algo necessário e imprescindível para o êxito da Lei de Responsabilidade Fiscal.

5. As contas públicas, por imperativo legal, devem ser consolidadas e divulgadas para o povo em uma linguagem simples e objetiva, permitindo as suas aferições em relação a cada uma das entidades que compõem a Federação brasileira. Para que o acesso público seja amplo, advém a indiscutível colaboração da informática, aumentando a visibilidade do exercício do poder, particularmente, no que atine aos gastos públicos e às renúncias de receitas.
6. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem, em regra, instituir e arrecadar todos os tributos que lhe pertencerem segundo a competência constitucional que lhe foi atribuída. Dito de outro modo, devem utilizar a base tributária que lhes pertence, estimando adequadamente a receita. Arrecadar bem implica em cumprir melhor com as suas metas fiscais, alocando recursos existentes para as diversas despesas. É a auto-sustentabilidade da pessoa política. Logo, para renunciar a uma receita é preciso mais do que um bom motivo. É fundamental estimar o impacto orçamentário da abstenção.
7. É importante não apenas que o Poder Executivo disponha de um corpo técnico preparado para realizar e fiscalizar as operações financeiras públicas, sendo de vital importância, para a efetividade da Lei de Responsabilidade Fiscal, que também o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas encontrem-se com uma infra-estrutura suficiente para operar. Do contrário, o Orçamento e a Lei de Responsabilidade Fiscal poderão não passar de meras peças de ficção, com existência exclusivamente formal.
8. É com o acompanhamento do exercício financeiro, confrontando dados em favor do equilíbrio das contas públicas, que haverá maior segurança quanto ao atendimento dos limites, das condições e dos objetivos e metas assinalados no Orçamento. Firmando responsabilidades, não permitindo desvios não justificados, definindo prazos para a liberação de recursos ou para a correção do planejamento proposto, e dando acesso ao público sobre o sucesso ou o insucesso de um plano de governo, é que, provavelmente, abandone-se um controle meramente burocrático, e se passe para um controle social mais efetivo.



CONCLUSÕES



9. Os Tribunais de Contas precisam destacar-se na tarefa de auxiliar a construção da cidadania orçamentária. Verificando a obediência às normas e aos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal, auxiliando o Poder Legislativo na sua tarefa histórica, adotará uma posição preventiva contra os desvios que existem ou que apontam existir no futuro. Se o nível de gasto está próximo do limite, adverte. Se passou do limite, também adverte.
10. Estas advertências não significam dizer que deva haver o relaxamento no controle interno. Bem ao contrário, com a possibilidade destes alertas, e com a probabilidade da aplicação de sanções individuais e institucionais, é bem mais provável que os sistemas de controle interno de cada Poder e do Ministério Público sejam cada vez mais atuantes.
11. No Brasil, ultimamente, o desequilíbrio fiscal vem sendo tratado de uma maneira mais responsável, e se espera que as consequências bastante negativas de um passado não tão distante, e que deixou raízes no receio de uma inflação descontrolada, endividamento público crescente, carga tributária alta para os adimplentes, não permitam que as novas gerações abandonem o dia-a-dia das finanças públicas, propiciando o atendimento das necessidades fundamentais relativas à saúde, educação, saneamento, habitação, etc.
12. Se a inflação foi um *arremedo de tributo* de aplicação profundamente injusta, dado que os mais pobres não tinham condições de se socorrerem de contas bancárias e de aplicações no mercado financeiro de modo a se protegerem do seu efeito corrosivo; nem tampouco sendo conveniente ao Governo buscar empréstimos no mercado financeiro, emitindo títulos públicos e aumentando a taxa de juros, é preciso agir de acordo com os limites claros de administração das finanças públicas. Respeitar a disciplina conforme um planejamento sério e efetivo pode implicar na *utopia concreta* de um desenvolvimento econômico sustentado, sem inflação e sem endividamento, ambos vícios que podem decorrer da ineficiente administração fiscal.



TÍTULO V. O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS *LEIS*
DESCARTÁVEIS NO BRASIL



TÍTULO V

O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS “LEIS DESCARTÁVEIS” NO BRASIL.



NOÇÕES PRELIMINARES

“No hay apologista del pasado o profeta de infortunios que no haya tenido oportunidad de discutir sobre la crisis espiritual de nuestro tiempo, indicando sus causas, describiendo sus efectos, apuntando las medidas para remediarla. Pero hay una interrogante que más que ninguna otra incita a la discusión y fomenta el desacuerdo: cuando comenzó la crisis de nuestro tiempo?” (BOBBIO, NORBERTO. *El Existencialismo*. Tradução de OCTAVIO G. BARREDA. Versão de LORE TERRACINI. 90ª reimpressão. México. Fondo de Cultura Económica. 1994, p. 16)

Hoje em dia, um dos temas mais instigantes é o do desenvolvimento sustentado frente ao fenômeno da globalização.

Por um lado, as empresas, inclusive as transnacionais, pretendem um direito do trabalho *flexível*, um sistema tributário que custe pouco, uma política de empréstimos com juros baixos, um reduzido gasto com as despesas dos processos, etc. Uma espécie de santíssima trindade social: *paz, tributação leve e confiável administração da justiça* a implementar a santíssima trindade econômica: *comércio, investimento e liberdade de movimento de capitais*.

Neste sentido, há uma forte pressão para as mudanças constitucionais e subconstitucionais¹¹¹¹.

¹¹¹¹ Costuma-se afirmar que o processo de globalização econômica vem sendo orientado pelo denominado “*Consenso de Washington*”, que, em suma, defenderia a necessidade de limitação do Estado nas áreas econômicas e sociais. Vê-se a atuação estatal como um entrave ao mercado, concluindo pela necessidade de desregulamentação dos mercados, flexibilização do direito do trabalho, desconstitucionalização, deflação legislativa, etc. A mesma ênfase, contudo, precisaria ser imposta em favor da internacionalização dos direitos humanos, não permitindo que a “*economia-mundo*” solape os direitos fundamentais nos países economicamente menos desenvolvidos. De fato, o decálogo de JOHN WILLIAMSON, chamado de “*Consenso de Washington*”, não recomenda a liberação do movimento de capitais, talvez um dos pontos mais difíceis de serem enfrentados na era



NOÇÕES PRELIMINARES



Contudo, para que um País apresente perspectivas de desenvolvimento, faz-se necessário um grau considerável de estabilidade em seu direito.

O imediatismo não conduz positivamente o direito de um País.

De certo modo, é por isto que a desmotivação de investimentos na economia real, levando os empreendedores a buscarem os lucros fáceis e de momento, através do sistema financeiro, traz um capital volátil, cuja tendência é a de aprofundar a crise na economia real.

A proposta que defendo é a de um planejamento de médio e longo prazos quer no campo constitucional, quer no da legislação que lhe é subalterna.

Pode-se dizer que isto seja difícil, mas, em minha ótica, a principal dificuldade está na forte crise de valores que a civilização contemporânea atravessa.

A economia brasileira cresceu, mas parece que a ênfase maior foi no quantitativo, e não no qualitativo. Ou seja, o País cresceu, mas não se desenvolveu na mesma medida.

Insistindo no campo do sistema financeiro, a atual Constituição do Brasil, no Título da Ordem Econômica e Financeira, e mais particularmente no Capítulo do Sistema Financeiro Nacional, propõe que ele seja regulado pela via da lei complementar, que, após cerca de quatorze anos de Constituição, ainda não veio¹¹¹².

da globalização. São estas as suas recomendações: 1. a exigência da disciplina fiscal (relação dívida/PIB); 2. a conceitualização como investimentos, e não como despesas, da educação e da saúde; 3. uma reforma tributária que amplie a base de contribuintes; 4. a liberação ao mercado da fixação da taxa de juros; 5. uma taxa de câmbio flexível; 6. uma redução tarifária e não tarifária de modo a não prejudicar a indústria, o comércio e a agricultura; 7. um tratamento amigável para o investimento estrangeiro; 8. a utilização de recursos das privatizações para pagar as dívidas; 9. a criação de agências em áreas estratégicas, como as da energia elétrica e petróleo; 10. um reforço ao direito de propriedade.

¹¹¹² Constituição do Brasil. “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar (...).”



É mais um exemplo daquilo que disse anteriormente. Se, de um lado, há uma inflação normativa; por outro, há uma apatia ou desinteresse por legislar.

Neste tema, é impossível esquecer da interpretação, oficialmente predominante, de um outro dispositivo deste mesmo Capítulo, que foi no sentido de que ele não era auto-aplicável; e, até hoje, ainda não teve aplicação.

Sem discorrer analiticamente sobre o previsto, apenas o transcreverei para que se retire uma interpretação, e se a compare com a negativa de eficácia.

Refiro-me ao § 3º, do art. 192, da atual Constituição: *“As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”*

Este limite dos doze por cento não vem sendo cumprido.

Na verdade, é diante de uma perversa concentração de rendas e de riquezas que precisa ser analisado o direito brasileiro.

Há um crescente distanciamento entre os ricos e os pobres, tal como fiz questão de demonstrar desde o início, ao tratar do Brasil e da sua realidade.

Se isto ocorre em todo o mundo, no Brasil, infelizmente, os números são também fortemente contundentes.

Se mudar o direito fosse a solução, não nos defrontaríamos com vergastantes índices de violência de todos os tipos.

Veja-se a comparação entre as vítimas de violência no Brasil e os mortos nas guerras do Vietnã e da Bósnia: *“O fato é que não se pode mais conviver com um modelo de civilização que, no Brasil, ‘desperdiça’ US\$ 5 bilhões só em energia; já destruiu 15% da Floresta Amazônica e 91% da Mata Atlântica, e em que se morre mais gente nas grandes cidades que nas últimas guerras regionais. O número de policiais assassinados no Rio de Janeiro é 27 vezes maior do que em Nova Iorque. Em São Paulo, duas pessoas são mortas a cada 24 horas. Ainda em São Paulo, em 1998, subiu em 278% a denúncia de*



assassinatos por parte da polícia (em relação a 1997). O número de pessoas assassinadas vítimas de violência no Brasil, só em 1997, foi superior aos mortos das guerras do Vietnã e da Bósnia. Com relação às condições sanitárias (que tem estreita relação com saúde pública), apenas 5% do volume de esgoto coletado é tratado. O restante é lançado bruto no meio ambiente (geralmente no mar e nos cursos d'água).”¹¹¹³

A questão é que se com um direito e uma situação geral tão instável o Brasil está apto a enfrentar este mundo em acelerado processo de globalização, de natureza socialmente excludente.

É preciso pensar até que ponto as mudanças constantes na nossa legislação não decorrem dos interesses das grandes empresas internacionais, das potências estrangeiras e dos blocos econômicos mais consistentes, vindo mais em prejuízo da nossa população do que em seu benefício.

Este debate tem caráter nitidamente interdisciplinar, mas creio que quando se fala em uma nova gestão da economia mundial, é preciso ter em conta o direito e a ética.

Nesta necessidade de intersecção, vem o homem demonstrando a sua engenhosidade de descobrir novos meios de afronta a valores; e, às vezes, fazendo surgir situações fronteiriças.

Dois rápidos exemplos do que digo.

O primeiro está estampado no mundo da “Internet”, quando veio a Polícia Federal brasileira a prender os donos de uma empresa, e apreender equipamentos de informática, que teriam sido usados para invadir os sistemas de computação da Universidade de Brasília (UnB) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

A acusação foi a de que os invasores assim procederam com o exato motivo de, provando a vulnerabilidade dos sistemas, virem a vender proteção às duas Instituições.

¹¹¹³ Extraído de Sustentabilidade do Desenvolvimento. Fundamentos Teóricos e Metodológicos do Novo Paradigma. CAVALCANTE, ENOQUE GOMES. Editora Universitária. Universidade Federal de Pernambuco. Recife – Pernambuco. 1998, p. 12.



Uma espécie de “segurança virtual”, envolvendo interceptação telefônica e suspeita de estelionato.¹¹¹⁴

O segundo exemplo refere-se à venda de informações a escritórios de advocacia sobre um certo reajuste que foi concedido aos militares, em 1993; e, só após uma tórrida batalha judicial, começou a ser admitido para os servidores civis que litigaram em Juízo.

O problema é que o Governo não permitia o acesso aos servidores não litigantes sobre a forma como o cálculo destes valores estava sendo feito.

A quantia só seria mostrada para aqueles que fizessem opção por receber os atrasados administrativamente, sem recorrer à Justiça.

Assim, para apurar os valores, recorreram alguns advogados e clientes à venda de informações sobre o chamado “reajuste de 28,86%”.¹¹¹⁵

Enfim, talvez este novo mundo da globalização e da informática tenha reduzido o espaço de liberdade do Poder Executivo, e quase eliminado a separação entre este Poder e o Legislativo, restando ao Judiciário a difícil tarefa de fazer cumprir uma Constituição sem antes ter de ouvir o Ministério da Fazenda, grupos de empresas ou blocos transnacionais, para saber como deve, ou pode, decidir.

Trata-se de discutir ou harmonizar o dilema entre a consciência de pátria e um provável processo de dominação, que caminha por meio da liberdade de movimento de capitais. É o chamado “comportamento de manada”.

A globalização possui várias faces, que merecem análise criteriosa, imparcial e madura: o comércio, os investimentos, mas, principalmente, a perigosa liberdade de movimento de capitais.

Com o mercado interno que possui, o Brasil chegou a crescer 6,7% (seis vírgula sete por cento) ao ano, durante quarenta e quatro anos. Naturalmente, isto não foi por acaso.

¹¹¹⁴ Extraído da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Diário de Pernambuco. 10.07.99. Caderno “Últimas Notícias”, p. A-9.

¹¹¹⁵ Extraído da Sinopse do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Diário de Pernambuco. 10.07.99. Caderno “Últimas Notícias”, p. A-9.



NOÇÕES PRELIMINARES



Ocorre que, no século XX, até os anos 80 (oitenta), embora um País desigual, o Brasil crescia. Agora, continua desigual; mas não cresce como antes.

Certamente, não basta lamentar e obedecer, é preciso procurar uma nova mensagem. Criar uma civilização não baseada na cópia, superando os obstáculos práticos.

Para o desenvolvimento, não se pode instalar uma guerra entre o utópico e o trivial. Uma utopia pode ser construída de pequenas coisas. É um sofisma imaginar que um conjunto de pequenas coisas não podem compor uma grande conquista.

O brasileiro, como qualquer povo, precisa acreditar em si mesmo, eliminar o sentimento de inferioridade. Precisa imaginar-se grande, e trabalhar para isto.

A democracia participativa¹¹¹⁶, em razão da qual raciocino, não é desenhada pelo sono e pela falta de energia. Ela é enérgica e analítica. Para isto, é necessária uma vanguarda de educação, auto-estima, trabalho e responsabilidade.

Para atingir o equilíbrio na incerteza do processo democrático, não há o condicionalismo de um único fator, quer seja o econômico, o cultural, ou a fusão entre a aristocracia e a burguesia. Afinal, a realidade não tem apenas uma face objetiva. Ela é objetiva e subjetiva.

É fundamental uma *identidade emocional* do brasileiro com o Brasil.

Se, e quando ela houver, não seria uma momentânea crise de oferta política, ou o exagero e a simplificação jornalística (mídia), que esquematizariam a ruptura da serenidade e o pessimismo.

¹¹¹⁶ Há quem defenda que o processo de desnacionalização da economia traria como consequência inevitável uma redução do alcance da democracia, que, em muito pouco, poderia afetar as decisões econômicas. A lógica do capital especulativo confluiria para o ponto de vista ditatorial. O retorno à ditadura e o esvaziamento da democracia seriam destinos inexoráveis. Uma espécie de anemia reativa frente à lógica de mercado, à lógica do mais forte.



NOÇÕES PRELIMINARES



Este é um longo processo pedagógico, o de parar de falar em nome do povo, e passar a governar com ele. É um projeto difícil, e que não se resume aos políticos, pois é uma questão de cultura e de disciplina geral.

As Constituições e os discursos jurídicos precisam aliar a semântica à realidade material. Se, na Europa, o caminho para isto pode vir a ser um Conselho europeu, como uma forma de estágio para a aceitação de um País na União européia, outros meios podem ser surgidos sem a pretensão de constituírem verdades exclusivas e definitivas.

A cultura de integração não pode resumir-se a um pequeno espaço de mundo, não deve implicar em substituição ou convivência de uma opressão de classes por ou com uma opressão de Países ou blocos econômicos.

A liberdade de trânsito das pessoas não pode ser algo subsidiário neste mundo que se pretende demonstrar mais evoluído. Afinal, no ocaso do século XIX e na aurora do século XX, em que pese as limitações tecnológicas, a rejeição pelo estrangeiro talvez fosse menor; ao menos nas Américas¹¹¹⁷.

No período que vai de 1870 a 1914, interrompido pela brutalidade de uma Grande Guerra, ocorriam grandes fluxos de migração, inclusive de pessoas, o que poderia concorrer para a criação de um sentimento ou cultura de integração dos povos. Atualmente, porém, ao passo em que o capital pode correr o mundo, o trabalho parece detido, caprichosamente, fora dos Países ou blocos da vanguarda econômica.

É preciso encontrar uma maneira de fazer com que haja liberdade para o trabalho mover-se pelo mundo com a mesma dignidade entre estrangeiros e autóctones.

Países como o Brasil, a China, a Rússia, a Índia, a Indonésia e outros não podem ser condenados à marginalidade. De fato, se se pretende uma cultura integracionista, ela precisa ser mundial, não sendo possível reduzir as culturas nacionais a uma condição de sub-cultura.

¹¹¹⁷ Vale à pena observar que os Países da América Central tornaram-se independentes em 1821, ficando, primeiramente, anexados ao México. Posteriormente, formaram as “*Províncias Unidas da América Central*”. Esta união manteve-se por pouco tempo, surgindo os Estados Federais de El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Costa Rica.



NOÇÕES PRELIMINARES



Talvez, por enquanto, isto seja uma utopia: um projeto desenvolvimentista da espécie humana.

Globalizar não pode significar uma forma de fazer surgir uma nova “*guerra fria*”; agora, entre blocos econômicos, ou entre Países singulares ricos ou pobres e blocos consolidados.

Da Paz romana à Paz inglesa. Da Paz inglesa à Paz americana. Da Paz americana da ideologia de mercado à Paz de um ou dois blocos de Países¹¹¹⁸.

Decididamente, isto não é paz; é opressão.

Capacitação e educação para todos. Globalizar as riquezas culturais, os museus, a assistência às crianças de todos os Países.

A globalização da dignidade humana.

No entanto, isto parece estar distante, e cada vez mais.

Segundo dados da ONU¹¹¹⁹, e vale à pena repetir, a população mundial atinge, aproximadamente, 6 (seis) bilhões de pessoas. Destas, 20 % (vinte por cento) habitam a América do Norte e a Europa ocidental, mas detêm 86 % (oitenta e seis por cento) do PIB mundial; 82 % (oitenta e dois por cento) das exportações; 68 % (sessenta e oito por cento) dos investimentos produtivos diretos e 74 % (setenta e quatro por cento) das linhas de telefone. Contudo, para os 20 % (vinte por cento) mais pobres, sobram apenas 1 % (um por cento) de todos os itens apontados, salvo os 1,5 % (um e meio por cento) de linhas telefônicas.

Contra estes números alarmantes, poderia-se argumentar que sempre foi assim.

Parece incrível, mas, no último século e meio, tem havido piora. Observe-se. Em 1870, os 20 % (vinte por cento) dos mais ricos no mundo detinham renda sete vezes maior

¹¹¹⁸ A “*Paz positiva*” não se restringe à ausência de guerra (*non war*), pois é preciso pensar em solidariedade entre os povos, substituindo a fome, a miséria e as discriminações pela cooperação e pela justiça social.

¹¹¹⁹ Vide www.onu.org.



NOÇÕES PRELIMINARES



do que a dos 20 % (vinte por cento) mais pobres. Em 1997, a diferença subiu de 30 (trinta) para um (1).

Sendo, portanto, a globalização pautada em um forte grau de liberdade de capitais, e particularmente do financeiro, creio que seja natural a proposta de conectá-lo com um certo compromisso social.

Mas este compromisso social não deve ser retórico ou de uma aparente índole caritativa. É preciso objetivá-lo.

É preciso lançar debates com o objetivo de constituir um consenso, ou algo próximo disto, na comunidade internacional, no sentido de fixar uma tributação humanitária sobre o capital especulativo¹¹²⁰.

A distribuição desta receita poderia ficar ao encargo de algum órgão já existente na ONU, ou mesmo ser constituída uma nova estrutura executiva, que trataria da administração e da fiscalização dos recursos.

Quanto a sugerir qual a alíquota a ser aplicável, creio que não deveria, ou precisaria, ser elevada. Afinal, é tão alto o volume de dinheiro migrante, nas Instituições financeiras, que mesmo uma alíquota relativa pequena provocaria uma arrecadação absoluta capaz de dar início a um efetivo combate à miséria e à fome.

Note-se que não se está, aqui, tentando substituir por políticas compensatórias a grave situação estrutural por que passa o mundo. Ou substituir uma economia real por outra virtual.

É que, por vezes, não basta ensinar a pescar, se não há tempo hábil para isto.

¹¹²⁰ Em dezembro de 1997, o jornal francês “Le Monde Diplomatique”, publicou um artigo de IGNACIO RAMONET: “Desarmar os mercados”, conclamando a sociedade em favor da criação da Taxa Tobin. Houve um inicial e aparente apoio entre os franceses. A taxação das transações financeiras internacionais é um tema sobre o qual deve haver debates e reflexões. Ora, já que o capital não se compadece com fronteiras, seria necessária uma legislação internacional sobre o assunto, a ser fiscalizada e cumprida, independente de se estar na África, no Oriente próximo, na Ásia, nas Américas ou na Europa. Seriam debates, em última instância, sobre uma cidadania global. Uma militância internacional pelos direitos humanos.



NOÇÕES PRELIMINARES



No Brasil, os encontros realizados nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Brasília vêm envolvendo muitas pessoas, que até procuram incorporar as propostas ao âmbito parlamentar, sindical, científico.

Afinal, as discussões devem ser interdisciplinares para produzirem melhores resultados.

Mas, para que uma conjunção de fatores concretos possa recuperar o otimismo, é necessária a mídia. É necessário que os meios de comunicação, uma área fundamental na sociedade de hoje, adote esta bandeira.

Contudo, isto também não é fácil. Afinal, no Brasil, e provavelmente em todo o mundo, são uns poucos os que controlam as televisões e as rádios. E não provocaria surpresa que estes novos detentores de Poder estivessem em desacordo com a iniciativa de uma tributação internacional humanitária.

É como venho dizendo. Provavelmente, a maior crise não seja a econômica, e nem mesmo a financeira; mas a crise ética, uma crise de valores.

A mobilização pela melhoria de vida da população mundial poderia trazer a consequência de um futuro onde as massas populares passassem a ter um espírito mais analítico, projetando a história por mudanças estruturais, onde um novo modelo econômico poderia provocar uma real cultura de integração.

E nada é mais radical do que educação, saúde, comida e trabalho.



15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA

“La primera consulta debe ser a la fuente primaria, es decir, el texto constitucional. Se debe determinar si los actos que supuestamente conforman la costumbre están prohibidos en forma expresa por un precepto constitucional. Lo que se debe probar es si existe o no una base racional que apoye más de una interpretación.” (GLENNON, MICHAEL. J. Diplomacia Constitucional. Tradução de FRANCISCO J. DE ANDREA. 1ª edição em espanhol. México. Fondo de Cultura Económica.1996, p. 105)

Globalização, pelo menos para o brasileiro médio, traz, imediatamente, a idéia de globalização econômica.

Para isto, é preciso que se tenha consciência da necessidade das mudanças, inclusive legislativas.

Ocorre que estas mudanças precisam ter limites, de modo a se preservar a identidade nacional.

Não sendo a globalização um fenômeno linear, e sendo o nome que, ultimamente, vem propulsionando uma economia de extensão mundial, é preciso tomar em conta que a sua escala é bastante acelerada, produzindo, por um lado, interdependência e integração; mas, por outro, fragmentação e antagonismo.

Com ela, as fronteiras nacionais vêm tendo transformadas as suas importâncias.

Reformas tributárias, judiciárias, previdenciárias etc. podem, na verdade, estar vindo a ser feitas em favor da conquista de novos espaços para as grandes empresas.

Estímulos fiscais, empréstimos a juros baixos e por longo prazo, por vezes, são a elas concedidos, sob a justificativa de ser este o melhor caminho para o desenvolvimento.



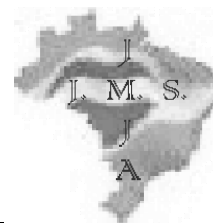
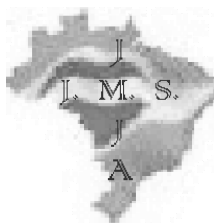
Por outro lado, evitando a implacabilidade ou a arrogância primárias, não se pode deixar de reconhecer como oportuno e necessário que o Brasil não se torne um barco à deriva em um mundo organizado em blocos. Não se pode deixar de refletir sobre os mais de dez anos de MERCOSUL, sobre a aproximação com o Caribe e com a África, além, naturalmente, sobre a possibilidade de aproximação equitativa com a União Européia, com a ALCA¹¹²¹ e com a Ásia.

É um tema que precisa ser tratado sem fanatismos, de um modo sincero e prático.

E é dentro deste espírito pragmático que alarma, entre outras questões, o balanço tributário entre o Brasil e os Países do Norte, havendo um forte desequilíbrio contrário ao Brasil¹¹²².

¹¹²¹ No mercado norte-americano, cerca de 130 produtos brasileiros sofrem tributação acima de 35% (trinta e cinco por cento). Segundo o Embaixador brasileiro em Washington, RUBENS BARBOSA, esse patamar seria o limite máximo de taxação consolidado pela Organização Mundial de Comércio (OMC). Merecem destaque alguns casos. Por exemplo, o *suco de laranja*. Aqui, a alíquota máxima imposta sobre o produto brasileiro chega a 44,7% (quarenta e quatro vírgula sete por cento). As exportações nacionais de *cana de açúcar* e de *tabaco*, embora estejam liberadas para o mercado norte-americano, enquadram-se no sistema de cotas. Excedendo a cota, sofrem taxação de 236% (duzentos e trinta e seis por cento) e 350% (trezentos e cinquenta por cento), respectivamente. Acrescente-se, ainda, que, a despeito de os Estados Unidos serem um País com um déficit de aproximadamente US\$ 400 bi (quatrocentos bilhões de dólares) anuais, registram um superávit comercial com apenas 12 (doze) parceiros, entre eles o Brasil. Mesmo neste quadro, 60% (sessenta por cento) das exportações brasileiras sofrem algum tipo de barreira quando entram naquele mercado. Extraído de “www.panoramabrasil.com”.

¹¹²² Ainda quanto à ALCA – Área de Livre Comércio das Américas, parece que a idéia central do Brasil é a de evitar perder investimentos e mercados, o que ocorreria caso os Estados Unidos da América do Norte fechem um acordo com os outros Países americanos sem a sua presença. Com a manutenção das barreiras atualmente existentes contra as nossas exportações, e concorrendo em um mercado com um volume ascendente de produtos latino-americanos importados em condições preferenciais, haveria um sério prejuízo para os interesses brasileiros. Enfim, o isolamento não é a melhor solução. Por outro lado, não se pode esquecer da peculiaridade de uma negociação entre a maior potência mundial e 33 Países emergentes, isto mesmo sem subestimar a importância relativa do Brasil, que possui um poder de compra equivalente a 1/3 (um terço) do PIB da América Latina e do Caribe. Contudo, o PIB norte-americano é cerca de 15 (quinze) vezes maior que o brasileiro, o que, por si só, demonstra a dimensão do desafio. Há, também, um certo receio de que as multinacionais norte-americanas deixem de produzir em território brasileiro para passar a exportar os seus produtos fabricados no próprio País-sede. Assim, talvez o ideal fosse o de que o

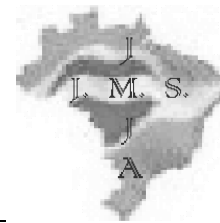
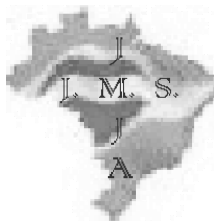


Nas palavras do Deputado HÉLIO COSTA, Presidente da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, em intervenção no Seminário “O Brasil e a ALCA”, Primeiro Painel, “Serviços, Investimentos e Compras Governamentais: serviços financeiros, telecomunicações, padrões trabalhistas e ambientais”: “Dos quarenta produtos que mais exportamos, principalmente para os Países do Norte, a média de impostos é de 35% a 40%; dos quarenta produtos que importamos dos Países do Norte, a média de impostos brasileiros é de 14%. Há algo de errado nisso.”

E colmata o seu raciocínio, com destaque para a competição predatória e canibalizante, realçando:

- a) o caso Brasil/Canadá e a EMBRAER: “Não sei se chegaremos em 2005 com condições reais de competir, porque, quando temos uma empresa montada com dinheiro público e ela chega à proeminência internacional, consegue estabelecer-se no mercado internacional como empresa de primeira linha, a exemplo da EMBRAER, e vai ao mercado internacional expor o seu produto, que é de primeira qualidade, simplesmente o Canadá diz: ‘**Messieurs, vous êtes très compétitif!**’ Aí nós somos muito competitivos. E ainda dizem que estamos utilizando recursos do Governo para ajudar a empresa. Mas nos esquecemos de que todos os Países do Primeiro Mundo fazem isso: o Canadá, os Estados Unidos, a Inglaterra, a França, todos fazem a mesma coisa. Quando fazemos, somos muito competitivos.”;
- b) a perda brasileira no mercado internacional da soja: “O Brasil perde 1,2 bilhão de dólares por ano com a venda de soja no mercado internacional, porque a soja dos outros países está com o preço tão baixo, de tal maneira que também temos de jogar nossos preços lá embaixo.”;
- c) o sobretarifamento: “Se produzimos aço bem, se produzimos suco de laranja bem, se conseguimos realmente excelência em alguns produtos, lamentavelmente, somos prejudicados pela sobretaxa de forma automática.”;

desenvolvimento do parque industrial brasileiro viesse a ser intensificado antes do ingresso na ALCA, mediante uma política de juros internos mais amenos e se desonerando dos tributos a produção. A questão é a de se isso é possível na prática.



- d) a lamentável divulgação mundial de que o Brasil havia sido afetado pela doença da vaca louca, embora mantenha todo um rebanho vegetariano: *“Isso se deu por que o País, até três anos, exportava 400 milhões de dólares de carne bovina, e agora está exportando 1 bilhão e 400 milhões de dólares de carne bovina. Portanto, passamos a ser muito competitivos – ‘too competitive’, como dizem os americanos, ingleses e franceses. Uma vez que somos competitivos, somos forçados a recuar.”*;
- e) o mercado internacional das telecomunicações: *“imaginem que um único investidor no setor de telecomunicações do mundo, por exemplo, o Sr. RUPERT MURDOCK, decide investir no Brasil. Se abrirmos o mercado – está no Congresso Nacional proposta para que seja aberto o mercado internacional –, a compra das três redes de televisão do Brasil não causará o mínimo impacto na fortuna pessoal desse único investidor internacional.”*;
- f) as enormes diferenças no mercado hemisférico americano: *“os Estados Unidos, o Canadá e o México, por exemplo, representam mais de 80% do Produto Interno Bruto - PIB, e o Brasil representa apenas 7% do PIB, como vamos nos preparar para competir até 2005? (...) Ainda não discutimos amplamente o que vamos fazer com nossos trabalhadores – e digo trabalhador mesmo; quando falo das profissões liberais, estou falando do médico, do advogado, do arquiteto, do engenheiro; todas elas são citadas aqui. Como o advogado vai fazer para prestar seu serviço nos outros países? O arquiteto vai mandar seu projeto pela Internet ou vai pessoalmente? Como o pedreiro, o eletricitista, o trabalhador têxtil vão poder criar as fronteiras? Sequer entramos na análise do fluxo de pessoas. Vamos acabar com os vistos de todos os países do Hemisfério? Será que os Estados Unidos concordam com isso?”*;
- g) preocupações dos países em desenvolvimento com o uso protecionista, pelos países desenvolvidos, de normas ambientais e de direito do trabalho¹¹²³. No caso do Brasil, as normas existem, e são relativamente avançadas, o que, paradoxalmente, termina-lhe criando problemas; ao menos no sentido de fazer cumprir a legislação doméstica. No caso dos Estados Unidos da América do Norte, eles mantêm um evidente esforço para vincular diretamente o comércio a normas trabalhistas e ambientais. Enfim, é nítida a pressão dos países desenvolvidos para inserir, nas negociações internacionais, esse tema, sob a aparência de uma ética de legitimidade social e política. Um incógnita

¹¹²³ O Brasil possui dificuldades não tanto com a criação destas normas, e, muito mais, com a implementação das mesmas.



parece ser a entrada da China na OMC¹¹²⁴, isto porque este País vem sendo alvo de várias acusações de violação a normas trabalhistas e ambientais. É preciso estar atento ao que vai ocorrer.

Por outro lado, os pontos positivos são também realçados, dizendo-se que são maiores as chances de mitigar estas diferenças participando do processo negocial da ALCA. Aponta-se o caso da Alemanha, acreditando-se que foi generosa, dado a força da sua economia, na formação da União Européia, haja vista as transformações que beneficiaram Portugal, Espanha e Grécia.

Assim, para o Brasil, acaso os Estados Unidos da América do Norte removessem as suas restrições, isto já significaria um avanço, mesmo que isto se proceda de um modo gradual e por consequência de uma luta permanente.

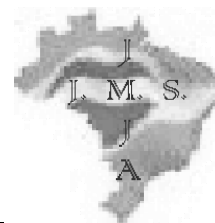
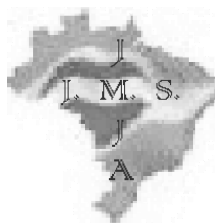
O desenvolvimento de um programa de mercados de capitais, ao lado das exportações, poderia significar uma espécie de luz no final do túnel.

A ALCA poderia servir para atrair capitais, e, talvez, para condicionar a entrada de novas empresas, permitindo ao Brasil exportar mais. Afora o fato de que a implementação da ALCA sem o Brasil, poderia levá-lo a uma perda de posição competitiva para outros Países da região que houverem firmado uma relação comercial mais favorável com os Estados Unidos da América do Norte.

Mais: atualmente, em 2.001, são cerca de trinta vôos diários entre o Brasil e os Países que compõem o MERCOSUL¹¹²⁵ (Argentina, Uruguai, Paraguai). É bem verdade que há os opositores que argumentam que, antes dele, o Brasil era superavitário no comércio com estes Países, sendo, agora, deficitário. Ocorre que esta é a região do mundo onde menos compra-se armas, havendo a vantagem de haver sido interrompida a corrida

¹¹²⁴ A diplomacia brasileira vem procurando na OMC uma solução para o protecionismo norte-americano e de países europeus no campo dos produtos agrícolas. Há uma expectativa de que o País aumentaria em US\$ 6 bilhões as exportações de seus produtos apenas no primeiro ano subsequente à redução das barreiras (Dados extraídos do Jornal do Senado – órgão de divulgação das atividades do Senado Federal. Ano VII, nº 1.394, Brasília, 05.11.2001, p. 07). Parece que esta é uma questão fundamental não apenas para o Brasil, mas também para outros países emergentes e pobres: a abertura do mercado internacional para a produção agrícola.

¹¹²⁵ Em contrapartida ao NAFTA, procurou-se criar o SAFTA, uma idéia do ITAMARATY e de seguimentos da sociedade brasileira; mas a conjuntura internacional não se demonstrou favorável.



atômica. De fato, antes do MERCOSUL¹¹²⁶, o 3º Exército brasileiro era posicionado nestas fronteiras.

Outra reclamação importante é a de que em face da população, da riqueza e do espaço brasileiros o *voto unitário*, no Cone Sul, não seria justo com o Brasil.

Enfim, o importante é que o tema vem recebendo reflexões cada vez mais sérias, inclusive no âmago do Congresso Nacional, que, em face da sua composição eleitoral¹¹²⁷, costumava abdicar da profundidade nestes assuntos.

Hoje, já se discute, de maneira clara: a importância do perdão das dívidas de Angola, de Moçambique e de Guiné-Bissau, sem desconhecer que a pobreza e a miséria também existem no Norte e no Nordeste do Brasil; sobre as restrições para a entrada de brasileiros nos Estados Unidos da América do Norte e as vantagens e ameaças da ALCA¹¹²⁸; sobre os efeitos de uma má situação da Argentina, sem parque industrial, e com

¹¹²⁶ No Brasil, há uma Comissão Parlamentar conjunta (Senado Federal e Câmara dos Deputados) do MERCOSUL. Em outubro de 2001, foi aprovado um acordo que prevê a cooperação entre as Forças Aéreas do Brasil e do Paraguai para promover a integração das forças repressivas contra as atividades ilícitas praticadas com o uso de aviões. Os dois Países, para levar a efeito este acordo, poderão promover o intercâmbio de informações, treinamento técnico ou operacional, fornecimento de equipamentos ou recursos humanos e assistência técnica mútua.

¹¹²⁷ Explico melhor o que digo. Grande parte dos congressistas foram eleitos como candidatos de organizações profissionais (professores, policiais civis, policiais militares, funcionários públicos), candidatos de mídia (crônica esportiva, assistencialismo), evangélicos, políticos com influência para obter verbas orçamentárias. Assim, precisavam atender às suas bases eleitorais, que detinham interesses bem específicos e precisos. Logo, temas como o da globalização, comércio e direito internacional não eram da pauta imediata de discussão.

¹¹²⁸ No final de agosto de 2001, ocorreu uma reunião conjunta de duas Comissões do Congresso Nacional brasileiro, a de Assuntos Econômicos (CAE) e a de Relações Exteriores (CRE), com oito Deputados norte-americanos, que constituíam uma delegação chefiada pelo Deputado DAVID DREIR. A reivindicação apresentada pelo Brasil foi no sentido de que os Estados Unidos da América do Norte precisariam promover uma maior abertura do seu mercado interno para produtos brasileiros, abrandando a lei *antidumping*, reduzindo subsídios agrícolas e implementando uma nova política destinada a por fim ao protecionismo, que tem prejudicado não apenas o Brasil, mas também aos demais Países latino-americanos. Exemplificando, cita-se o caso das sobretaxas impostas a produtos brasileiros, tais como os *calçados*, o *aço* e o *suco de laranja*. A resposta dos Deputados norte-americanos, basicamente, foi no sentido de que 20% (vinte por cento) das exportações brasileiras já são feitas para os Estados Unidos, sendo muito difícil alterar a lei



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



a sua Companhia de petróleo comprada pela Espanha; sobre a aproximação com a Líbia, um portal para cerca de 600 milhões de pessoas da África negra, fazendo surgir fronteiras comerciais novas. A Argélia, Marrocos, África do Sul, etc.

Portanto, não pretende, nem pode, o Brasil isolar-se no mundo; o que não se quer é um comércio desequilibrado contra o Brasil, embora admita-se a aproximação dos povos não apenas como um vetor econômico, mas também político e humanitário.

Se o Peru e a Colômbia podem, e querem, comprar automóveis do Brasil, discute-se, aqui, a quase exclusividade das vendas pelos Estados Unidos da América do Norte.

Há uma idéia firme de que é preciso exportar para aumentar o número de empregos e trazer divisas. Há, mesmo, uma idéia de que seja, perfeitamente, viável instituir uma espécie de Ministério do Cone Norte, especializando o contacto com o Caribe.

O ferro, a laranja, os calçados brasileiros, além de vários outros produtos, estão aptos a concorrer no mercado internacional. Contudo, evidentemente, as barreiras não tarifárias e as sobretaxas não são bem vindas.

No entanto, em um País como o Brasil, cuja Constituição começa tratando dos “Princípios Fundamentais”¹¹²⁹, certas diretrizes não devem ser esquecidas, tais como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a garantia do desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

A necessidade de mercados cada vez maiores para os seus produtos vem impelindo o capitalismo para todo o mundo, criando vínculos em toda a parte, embora precários e transitórios.

antiduping. Além disto, reclamaram contra a morosidade da alfândega brasileira para liberar os seus produtos, e cobraram um mecanismo eficaz de combate à pirataria de programas de computador e CDs. À parte tudo isto, o Senador EDUARDO SUPLICY (Partido dos Trabalhadores – São Paulo) lançou a reflexão de que os Países latino-americanos teriam mais condições de competir, no mercado norte-americano, com o fortalecimento comercial prévio dos integrantes do MERCOSUL. Extraído do *site oficial do Senado Federal brasileiro*: www.senado.gov.br (24.08.2.001).

¹¹²⁹ Título I. Dos Princípios Fundamentais. (arts. 1º a 4º).



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



Com o declínio do Estado-Nação e a marcha globalizante, o direito não deve desconhecer estes fenômenos, nem tampouco o mesmo pode ser feito pelos seus intérpretes.

Parece que se está partindo para um “*Mercado Máximo*” com um “*Estado Mínimo*”. É o neo-liberalismo.

Este objetivo vem sendo bem aceito pelas grandes empresas em um período da história onde os Estados Unidos da América do Norte despontam com razoável hegemonia.

Reconheço que, no passado, tem-se alguns exemplos de empresas com vocações mundiais, tal o caso das Companhias das Índias, e, de alguma maneira, a presença de “blocos”, tal o caso da expansão territorial européia, por volta do século XVI.

Por assim dizer, o processo de uniformização e globalização econômica possui a sua origem na Europa pós-medieval.

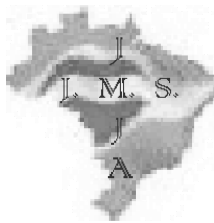
Ocorre que, agora, o ritmo é extremamente acelerado, e há o fenômeno intenso do instável capital especulativo, bem como uma enorme velocidade nas comunicações e nos transportes, tornando fisicamente normal a mobilidade das pessoas pelo mundo.

Em outras palavras, o mundo tornou-se mais rápido; mas as pessoas não devem se transformar em *coisas* descartáveis.

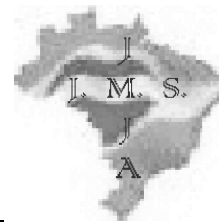
Assim também o seja com o direito, com a Constituição e com as leis, que não podem ser descartáveis, a depender do humor e dos interesses desta nova ordem mundial, devendo-se combater a caracterização como inferiores das culturas que não pertençam às economias das nações industrializadas.

O enfraquecimento dos Estados-Nação atinge, ainda mais particularmente, os menos desenvolvidos, que precisam se advertir de que não podem ficar submissos às grandes empresas, que, naturalmente, querem ampliar regiões de influência, definindo políticas que facilitem o exercício de uma estratégia de dominação.

Não sendo possível se ensimesmar, faz-se necessário estabelecer programas de médio e longo prazos, de modo a manter um norte de harmonia perante a atuação da “aldeia global”, embora, do ponto de vista espacial, a falta de homogeneidade deste modelo de



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



desenvolvimento termine por deixar à parte imensas regiões do mundo, e grande parcela da população mundial, na África, em grande parte da América Latina e em parte da Ásia.

Não se deve permitir à dinâmica do capital que manipule as Constituições e a legislação subalterna, criando estruturas de poder sem uma localização nítida, destruindo laços históricos com os quais não mantém qualquer compromisso.

Se assim não se fizer, este tipo de globalização lançará o gérmen do fragmentário, facilitando o predomínio de uma dominação cujos desígnios faz desaparecer as identidades, acentuando desníveis econômicos, sociais e culturais.

A consequência é a de ampliar uma população de excluídos, que, se já é grande, pode tornar-se ainda maior.

Pode-se pensar que, sendo a globalização uma realidade, e tendo ela o potencial de manter excluída grande parte da população mundial, não haveria alternativas a apontar.

Discordo.

Com um arsenal jurídico bem posto e estável, e com o mercado potencial que tem o Brasil, não se defende, aqui, que se busque deter o processo avassalador da globalização.

Não é isto.

Pode-se tentar reorientá-lo, tornando-o mais civilizado e humano.

O movimento de regionalização (União Européia, MERCOSUL, etc.) pode melhor resolver a equação de forças, encontrando interesses comuns entre os blocos mundiais.

Um exemplo do que digo é o meio ambiente.

Embora o Brasil encontre dificuldades práticas de conservá-lo, e querendo manter a sua soberania territorial e a independência nacional (art. 1º, inc. I e art. 4º, inc. I, ambos da atual Constituição da República) sobre ele, poderá contar com modelos de desenvolvimento que atraiam empreendimentos estrangeiros preocupados com a sua conservação.



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



A nossa legislação constitucional preocupa-se com este assunto, havendo todo um Capítulo da Constituição da República disciplinando a matéria¹¹³⁰.

Se a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense, etc, constituem patrimônio nacional (art. 225, § 5º, da atual Constituição da República), nem por isto o mundo globalizado deve deixar de colaborar com a nossa economia, de maneira a fortalecê-la, e, conseqüentemente, criando trabalho para que o nativo evite a depredação e o exaurimento destas riquezas como única fonte de subsistência.

É preciso que convivam a economia tradicional com a criação de novas condições de sobrevivência para os excedentes populacionais.

Não se deve destruir sem criar.

O Brasil convive com uma democracia política, que tem a importante missão de implementar um contexto que propicie uma real democracia social e econômica.

A qualidade de vida cotidiana das pessoas, com o respeito à identidade e à cultura das mesmas, é o caminho para o qual é essencial que se dirija a globalização.

O direito funciona como um importante instrumento neste sentido.

Dito de outra maneira. O poder político não deve deixar que a globalização e os interesses das grandes empresas fixem, ao seu bel prazer, as normas jurídicas e as suas alterações.

Para combater que assim o seja, é essencial que o Estado estabeleça um planejamento para o seu desenvolvimento a médio e longo prazos, fazendo emergir uma consciência pelos caminhos do desenvolvimento nacional.

Anteriormente, referi-me à importância do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais brasileiros.¹¹³¹

¹¹³⁰ Vide o Capítulo VI – Do Meio Ambiente. Título VIII – Da Ordem Social. Art. 225.

¹¹³¹ Vide “Dos Orçamentos”. Constituição da República brasileira, arts. 165 e ss. Verificando-se a Lei nº 10.171, de 05 de janeiro de 2001, que trata de estimar a receita e de fixar a despesa da União para o exercício de 2.001, tem-se que a Receita Orçamentária brasileira é estimada em R\$



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



Agora, insisto nas suas relevâncias em um mundo globalizado, inclusive de maneira a reduzir as graves desigualdades regionais e sociais.

Portanto, um dos caminhos para reorientar internamente o movimento avassalador da globalização é o de fazer com que, diretamente, todos os seguimentos organizados da sociedade participem da confecção das metas e dos investimentos do Estado, inclusive no campo das renúncias de receitas, dos incentivos e benefícios fiscais e congêneres.

Cabe dizer que, no Estado de Pernambuco, mais particularmente na Capital – Município do Recife, isto começou a ser feito com relativo sucesso, ao ponto de o anterior Prefeito ser, hoje, Governador.

Ocorre que a virtude não se esgota com o plano local, sendo necessário que alguns passos sejam dados no âmbito regional; e, mais precisamente, no MERCOSUL.

A questão é a de saber se caberia cogitar de um sistema tributário do MERCOSUL. Se é possível e conveniente falar em um processo de harmonização das legislações tributárias do Brasil, da Argentina, do Uruguai¹¹³² e do Paraguai, considerando que, por enquanto, são estes os Países que o compõem¹¹³³.

Nesta seara, não deve ser esquecido de que:

- a) no Brasil, há os tributos federais, estaduais/distritais e municipais;
- b) na Argentina, há os tributos do Estado federal e os provinciais;
- c) no Uruguai, há os tributos em espécie e os departamentais;

950.202.360.392,00 (novecentos e cinquenta bilhões, duzentos e dois milhões, trezentos e sessenta mil, trezentos e noventa e dois reais), desdobrando-se em: **a)** R\$ 272.989.945.741,00, do Orçamento Fiscal, incluída a Receita das contribuições sociais desvinculada pela DRU (Em. Constitucional nº 27/21.03.00, no valor de R \$ 17.058.150.755,00; **b)** R\$ 136.951.530.857,00, do Orçamento da Seguridade Social; **c)** 540.260.883.794,00, correspondente à emissão de títulos de responsabilidade do Tesouro Nacional destinados ao refinanciamento da dívida pública federal, interna e externa, inclusive mobiliária.

¹¹³² Provavelmente, o maior intercâmbio entre estes Países poderia, ao menos, dificultar escândalos como o da “Operação Uruguai”, um suposto empréstimo feito por um ex-Presidente brasileiro para pagar vultosas despesas pessoais.

¹¹³³ O Chile e o Paraguai são possíveis integrantes do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.



d) no Paraguai, há os chamados tributos em espécie.

Além disto, é preciso ter em conta que, embora apenas o Uruguai e o Paraguai sejam Estados unitários, a Argentina, mesmo sendo uma Federação, mantém o seu IVA – imposto sobre valor agregado no campo nacional; o que, de algum modo, facilitaria a homogeneidade¹¹³⁴.

É verdade, contudo, que cada um destes três Países diferenciam-se no modo como disciplinam este imposto.

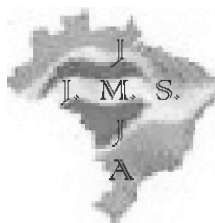
Falo no IVA – imposto sobre valor agregado, porque, procurando ser o MERCOSUL um mercado comum, com a abertura do comércio aos países que o componham, a harmonização prioritária parece-me ser a dos tributos incidentes sobre o consumo, deixando-se a tributação patrimonial para os próprios sistemas nacionais. A respeito do imposto sobre a renda, talvez bastasse evitar a dupla tributação, através de Tratados internacionais sobre o assunto.

Ocorre que o MERCOSUL não dispõe de um órgão legislativo próprio, não detendo, como a União Européia, uma fonte comum para legislar.

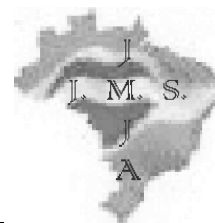
Na realidade, no estágio atual, há o art. 7º, do Tratado de Assunção¹¹³⁵, que dispõe sobre o *princípio da não discriminação*, dizendo: “*Em matéria de impostos, taxas e outros*

¹¹³⁴ Vale observar o Decreto-lei nº 394-B/84-Portugal, de 26 de dezembro e alterações posteriores, que aprova o CIVA- Código do Imposto sobre o valor acrescentado, onde, já no Preâmbulo, destaca-se a chamada 6ª Directiva (77/388/CEE, de 17 de maio de 1977), que procedeu a uniformização da base tributável do imposto a aplicar em todos os Estados membros da CEE. Esclarecendo-se o tributo, afirma-se que o IVA visa tributar todo o consumo em bens materiais e serviços, abrangendo, na sua incidência, todas as fases do circuito econômico, desde a produção ao retalho, sendo, porém, a base tributável limitada ao valor acrescentado em cada fase. O Código do IVA também afirma sobre a necessidade de se criar e regulamentar uma estrutura centralizada de cobrança do imposto – o serviço central de cobrança, cujo desenho da estrutura administrativa deveria ser objeto de legislação especial.

¹¹³⁵ A respeito do Cone Sul, e mais especificamente quanto à constituição e desenvolvimento do MERCOSUL, tome-se em conta: Tratado de Montevideu (12.08.1980) – criou a ALALC, Associação Latino-americana do Livre Comércio; Tratado de Assunção (26.03.1991) – criou o MERCOSUL, um mercado comum estabelecido a 31.12.1994; Acordo MERCOSUL – CEE (29.05.1992) - instituindo a previsão de uma “cooperação mais estreita possível”, art. 1º; e o



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



gravames internacionais, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.”

A efetividade deste dispositivo parece fundamental para a composição da iniciativa de um Mercado Comum.

Também é de receber realce a Comissão de Assuntos Tributários, que vem procurando analisar a legislação de cada um dos Estados integrantes, de modo a facilitar o fluxo comercial na Região.

Esta Comissão, em reuniões realizadas entre 24 a 27 de agosto, e entre 20 a 23 de outubro de 1993, concluiu que, sendo considerados os impostos sobre o consumo vigentes na Argentina, no Paraguai e no Uruguai há uma evidente similitude de características estruturais. Contudo, no Brasil, não se verifica a mesma coincidência.

Creio que isto ocorra, por um lado, pelo fato de o Brasil ser um Estado Federal, com a necessidade de Estados, Distrito Federal e Municípios manterem uma receita própria, de maneira a assegurar-lhes um mínimo de autonomia financeira.

Com isto, o ICMS, um imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, termina sendo o principal imposto dos Estados federados brasileiros, e com uma repercussão importante nos cofres municipais, dado o seu percentual de repasse para estes últimos entes.

Protocolo de Ouro Preto (17.12.1994) – onde a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai fixam a estrutura do MERCOSUL, com um Conselho do Mercado Comum (CMC), um Grupo do Mercado Comum (GMC), uma Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), uma Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), um Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e uma Secretaria Administrativa do MERCOSUL (SAM), além de prever a criação dos órgãos auxiliares que se fizerem necessários à consecução dos objetivos do processo de integração. De fato, o Protocolo de Ouro Preto diz, entre os seus Considerandos, que se está *consciente da importância dos avanços alcançados e da implantação da união aduaneira como uma etapa para a construção do mercado comum*. Mais adiante, diz reafirmar *os princípios e objetivos do Tratado de Assunção e atentar para a necessidade de uma consideração especial para Países e regiões menos desenvolvidos do MERCOSUL*.



Ora, sendo um imposto tão importante no sistema tributário brasileiro, é natural que toda alteração que sobre ele se pretenda fazer receba a desconfiança e o temor de Estados e Municípios, que costumam alegar inconstitucionalidades nas mudanças, argumentando que as alterações fulminam a cláusula pétrea da forma federativa de Estado.

A realidade histórica demonstrou que, no Brasil, não podem Estados e Municípios subsistirem de repasses de receitas federais. É o que a prática política brasileira convencionou chamar de “*pires na mão*”. Isto deu margens a desvios de recursos com evidentes repercussões não apenas no campo tributário, mas também no campo ético.

De tal modo que, não sendo viável politicamente federalizar o ICMS, ou criar uma espécie de IVA federal, haveria a alternativa de mantê-lo na competência dos Estados-membros da federação brasileira, mas sob a obediência de uma legislação nacional unificadora. Seria a exigência de uma lei complementar sobre o ICMS.

Tão somente de direito ela já existe, no mínimo desde 1975, ocorre que não vem sendo observada.

Isto provoca o que alguns juristas e a mídia chamam, no Brasil, de “guerra fiscal”.¹¹³⁶ É um conflito interno entre os Estados federados, que procuram, com a concessão de incentivos, benefícios e isenções tributárias, atrair empresas nacionais e estrangeiras. É uma concorrência que pode ser predatória.

Talvez este seja o maior obstáculo para uma uniformização legislativa tributária no MERCOSUL.

Assim, o problema não é o de saber se o **IVA argentino** incide sobre a venda de bens móveis corpóreos, implicando em transferência de domínio a título oneroso, sendo a migração feita por comerciante habitual. Ou se o **IVA paraguaio** incide sobre a alienação de bens quer a título oneroso quer a título gratuito, desde que haja transferência de propriedade ou provoque a disposição da coisa como se proprietário fosse. Ou se o **IVA uruguaio** incide sobre a alienação ou a circulação de bens móveis, imóveis e direitos, somente a título oneroso, obedecendo, como na Argentina, a situação do bem.

¹¹³⁶ O tema guerra fiscal foi minudentemente tratado. Vide índice de palavras.



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



Não se trata, portanto, de procurar diferenças técnicas acidentais. A questão é de mérito.

Se é possível ao Brasil adequar a sua legislação de ICMS ao MERCOSUL, permitindo uma uniformidade interna no próprio Brasil.

No momento em que este passo for possível, reduz-se ou elimina-se a “guerra fiscal” interna, e passa a ser possível falar-se em harmonização da legislação tributária no MERCOSUL.

Não se trata de uma peleja fácil, pois diz respeito à própria organização do Estado brasileiro. A oposição não seria tal como a que ocorre com a privatização de uma empresa pública, onde os maiores antagonistas são os próprios funcionários e uma fração pequena do povo. E friso que não estou, aqui, posicionando-me a favor das privatizações, tal como ocorreram no Brasil. Mas me refiro a uma questão pragmática.

A oposição por uma legislação uniforme para o ICMS sequer poderia contar com o apoio do atual Texto Constitucional brasileiro, que deixa claro este objetivo (art. 155, § 2º, inc. XII, da atual Constituição).

É clara a Constituição do Brasil quando predica uma lei complementar para definir a unidade jurídica do ICMS no território nacional.

O que, de fato, vem impossibilitando esta iniciativa é um antigo problema brasileiro, que parece estar agravando-se. São as diferenças regionais internas.

Pior do que isto. É que as diferenças não são apenas entre as regiões, pois, se assim o fosse, poderia-se contrabalançá-las através de repasses de recursos, tais como o Fundo de fomento das regiões menos desenvolvidas (Norte, Nordeste e Centro-Oeste); o que já está presente na Constituição brasileira, e poderia ter os seus percentuais reanalisados.

É que a oposição a isto, no Congresso Nacional, e mais fortemente nas diversas governadorias dos Estados mais desenvolvidos, argumenta que, mesmo nestes Estados, existem bolções de miséria. E seria discriminatório tratar a pobreza, nos Estados-membros mais desenvolvidos, de uma forma mais rigorosa do que aquela presente nos menos desenvolvidos.



A polêmica é daquelas mais intensas. Ou seja, todos afirmam que pretendem combater a miséria. O problema é saber quem paga a conta.

Recentemente, a Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000¹¹³⁷, mais uma vez, procurou trilhar por este caminho íngreme, sem antes haver de relembrar de mais um importante problema. Um problema operacional. Um problema de administração e de fiscalização.

É que o sistema de aproveitamento de crédito vem dando margem a um número grande de fraudes tributárias. Não se trata somente de falsificações grosseiras de notas fiscais ou de omissão na entrega das cotas-partes dos Municípios. Mas de um possível conluio entre a administração de alguns Estados e certos contribuintes que procuram ser mais espertos do que outros.

Lamentável, contudo, é observar que quando esta falsa esperteza produz resultados pecuniários positivos, isto provoca uma evidente concorrência desleal, que pode levar à falência o contribuinte sério e adimplente.

Insisto, portanto, em dizer que o ponto fundamental em favor de uma futura harmonização parcial ou plena não está em saber se o IVA, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai seja um imposto de consumo, que permite a constituição de créditos quer pela compra e venda de bens, quer pela prestação de serviços em geral; e que o ICMS, do Brasil seja uma espécie de IVA de produto, tendo ao seu lado o imposto sobre serviços (ISS)¹¹³⁸, e não podendo ser compensável com o mesmo.

A questão é se é possível, na prática tributária brasileira, impedir a guerra fiscal, e se o Brasil entende como necessária uma maior uniformização, em face das diferenças de

¹¹³⁷ A Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2.000 altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências.

¹¹³⁸ A Constituição do Brasil, de outubro de 1988: “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II (ICMS), definidos em lei complementar.”



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



tamanho das economias dos Estados-Partes do MERCOSUL, uniformizando os critérios de imposição e o volume de tributo imposto.

Para a Comissão de Aspectos Tributários é esta a interpretação que deveria ser retirada do art. 1º, do Tratado de Assunção, que estabelece, entre os princípios fundamentais e finalidades do MERCOSUL, a coordenação de políticas fiscais entre os Estados Partes e a livre circulação de bens entre eles:

“Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará ‘Mercado Comum do Sul’ (MERCOSUL).

Este Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens e serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários ou de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

*A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, **fiscal**, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegárias, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e*

O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.”

Realmente, nos termos do Tratado de Assunção, parece conforme que se o interprete pela harmonização dos impostos sobre o consumo, pois detêm uma íntima conexão com a livre circulação de bens e com a coordenação de uma política fiscal entre os Estados Partes.



O problema é que, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal quem decide se um Tratado internacional tem efetividade no Brasil; ou seja, se foi incorporado ao direito interno. Atualmente, vem-se entendendo que, para que ocorra a incorporação, faz-se necessário, além da assinatura por um plenipotenciário, um decreto legislativo do Congresso Nacional e mais um Decreto do Presidente da República.

Contra esta postura, vêm crescendo as resistências, mas que estão chocando-se, com desvantagem, em favor daqueles que postulam pela manutenção do rito que expus.

Outro sério problema de distanciamento entre o ICMS brasileiro e o IVA é que o primeiro tributo combina critérios de imposição na origem e no destino, evitando que se aplique o critério exclusivo de destino.

Contudo, neste novo mundo da INTERNET, é bastante possível que, logo adiante, estes critérios venham a ser relativizados.

Dou um exemplo para justificar o que digo. Imagine-se uma compra pelo computador¹¹³⁹. O comprador, digitando o seu computador no Estado de Pernambuco, faz a compra de um produto que se encontra na empresa vendedora em São Paulo. De fato, a compra foi feita em São Paulo. Ou em Pernambuco?

Enfim, o direito tributário não pode adotar uma posição apática frente à nova tecnologia, ao novo mundo.

Talvez, seja tal como aquela história do príncipe e do sapo. Um modelo teórico pode, no mundo ideal, parecer um príncipe; mas, quando depara-se com a realidade, mostra a sua real natureza.

¹¹³⁹ Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça distingue a forma de fornecimento de programa de computador: quando prestado de forma personalizada ao cliente, caracteriza-se uma prestação de serviço e incide o Imposto sobre serviços – ISS; se o programa é vendido em larga escala para um sem-número de pessoas, incide o ICMS, porque é vendido como mercadoria, inclusive armazena-se como tal. Precedentes – do Supremo Tribunal Federal: Recursos Extraordinários 191.732-São Paulo, Diário de Justiça 18.06.1999 e 176.626-São Paulo, Diário de Justiça 11.12.1998; do Superior Tribunal de Justiça: Recursos Especiais 39.457-São Paulo, Diário de Justiça 05.09.1994, 123.022-Rio Grande do Sul, Diário de Justiça 27.10.1997, 216.967-São Paulo, julgado em 28.08.2001.



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



Para evitar as surpresas em um campo tão delicado como o tributário, pode parecer preferível que a harmonização legislativa seja apenas restrita. Evitando reformas constitucionais, que poderiam confrontar cláusulas pétreas, como a Federação, creio que a gradual eliminação de tratamentos discriminatórios e a efetiva e estável implantação de uma Tarifa Externa Comum (TEC); tudo isto aliado à uniformização do ICMS brasileiro, sejam as aparas necessárias para seguir um curso que se, ao final, não pareça com o tal príncipe das fábulas, ao menos não provoque inconvenientes técnicos, políticos e econômicos que desfavoreçam o comércio no MERCOSUL.

Em continuação a este ponto de vista, tenho que qualquer política de desenvolvimento precisa manter compatibilidade de planos e de ações entre a administração pública e a iniciativa privada. Precisam o público e o privado estarem articulados.

De certa forma, é o que a Constituição brasileira de 1988 pretende, quando, no art. 174, registra o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo, este último, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

E, ainda no mesmo artigo, diz que a lei deveria estabelecer as diretrizes e as bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, devendo-se compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Assim, se é preciso planejar conforme as carências de cada região, é imprescindível concentrar esforços para identificar as verdadeiras vocações econômicas regionais, conforme o material, inclusive o humano, de que se disponha.

Logo, os Ministérios, na Administração federal, e as Secretarias, nas Administrações estaduais e municipais precisariam funcionar intercomunicantes; o que nem sempre, ou muitas vezes, não ocorre.

Parece-me, mesmo, que a União, os Estados e os Municípios brasileiros, em grande parte dos seus funcionamentos, subsistem como compartimentos estanques; o que, em muito, demonstra-se prejudicial ao difícil equacionamento da Federação brasileira.



Mas não é só. O êxodo interno no Brasil, o baixo nível de vida destas populações, a escassa capacitação profissional terminam provocando um aprofundamento do desequilíbrio regional e intra-regional.

É fundamental formular e executar políticas que permitam ao homem não sair da sua terra, senão por opção própria, ao invés de compelido por fatores perante os quais a sua vontade sucumbe.

Reestruturar o mundo rural, estimular o turismo, desenvolver uma cultura universitária adequada ao País em que se insere, fomentar atividades culturais e esportivas em cada Região, estar atento às necessidades de infra-estrutura são fatores que precisam ser levados a sério.

Entre eles, destaco o problema da terra; ou melhor, da concentração de terras no Brasil. Com cerca de 850 milhões de hectares, e com as áreas que ainda continuam ociosas¹¹⁴⁰, tenho que é impossível falar no desenvolvimento brasileiro sem discutir este assunto.

Trata-se de uma seqüela nacional. No Brasil, 2,8% dos imóveis constituem grandes propriedades. Ocorre que isto representa 56,7% da área total ocupada pelos cerca de 3 milhões de imóveis rurais recadastrados, em 1992. Estes números transformam o Brasil em um dos primeiros Países do mundo na categoria de maior concentração da propriedade da terra.

Logo, discutir política agrária é algo que precisa ser aprofundado; e muito.

Veículos como o *Banco da Terra*, de modo a financiar a baixo custo o pequeno produtor; o leilão de terras e a tributação progressiva do Imposto Territorial Rural (ITR) são elementos importantes nesta discussão; mas não podem ser excluídos de uma política de desapropriação.

¹¹⁴⁰ O Brasil possui cerca de 390 (trezentos e noventa) milhões de hectares, consideradas áreas próprias para a atividade agropecuária, e 31% (trinta e um por cento) delas permanecem ociosas. Dos 3 (três) milhões de imóveis rurais recadastrados, em 1992, 62,2% (sessenta e dois vírgula dois por cento) ocupavam 7,9% (sete vírgula nove por cento) da área total de 331,4 (trezentos e trinta e um vírgula quatro) milhões de hectares.



Veja-se o Imposto Territorial Rural (ITR). Em 1997, arrecadou-se R\$ 145 milhões de reais; ao contrário do previa o Governo federal, que estimava arrecadar R\$ 1,5 bilhões de reais.

Sobre o leilão de terras, cuja operação iniciou pelos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul já ocorreram denúncias de superfaturamento de preços. Mais: o Governo não vem conseguindo comprar terras por este mecanismo.

Quanto ao *Banco da Terra*, algo similar ao Programa “Cédula da Terra”, inspirado pelo Banco Mundial, estão aí os Projetos-piloto nos Estados do Maranhão, Ceará, Pernambuco, Bahia e norte de Minas Gerais.

Neste Projeto, anuncia-se que o Banco Mundial destinaria, inicialmente, R\$ 250 milhões de reais, por ano. Por um lado, Projetos como este talvez possam reduzir as invasões de terras, e as mortes daí conseqüentes. Mas vêm sendo muitas as críticas, entre elas:

1. a reforma agrária seria algo opcional para o dono da terra, que a venderia apenas se o quisesse;
2. premiaria os donos da terra que, ao invés de receberem Títulos de Dívida Agrária (TDAs), a serem liquidados em até 20 (vinte) anos, como predica a Constituição brasileira, receberiam o dinheiro à vista pelas terras vendidas. Passariam as grandes propriedades, embora improdutivas, a constituir verdadeiros ativos financeiros;
3. haveria o aumento do preço das terras por uma questão mercadológica e pela formação de cartéis pelos latifundiários, especulando o aumento de preço;
4. o financiamento da compra da terra e da própria produção posterior poderiam compor custos proibitivos para os chamados “sem-terra” e minifundiários;
5. o programa poderia estimular a formação de currais eleitorais, pois as oligarquias rurais, alimentando a submissão política, poderiam utilizar do programa, acaso não haja uma efetiva fiscalização dos compradores e dos meios de acesso à compra e ao financiamento da produção daí conseqüente. Portanto, poderia funcionar como uma confirmação do controle político pelas antigas lideranças;
6. o fracionamento da média propriedade, estimulando a inconveniente formação de novos minifúndios;
7. as terras vendidas costumam possuir baixa qualidade;



8. desarticulária os movimentos sociais que lutam pela terra e pela reforma agrária, através de campanhas na mídia, jogando a opinião pública contra a reforma agrária.

Enfim, no tema do desenvolvimento brasileiro e da globalização, independentemente da postura política que se queira perseguir, é destacada a questão da dívida externa e da dívida pública total.¹¹⁴¹

De acordo com a Sinopse Macroeconômica do IPEA – Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, vinculada ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, se, em 1950, a dívida externa total do Brasil representava 0,6 bilhões de dólares; em 2.000, já representava 236,2 bilhões de dólares. Se a dívida pública total representava, em 1999, 49,40% (quarenta e nove vírgula quarenta por cento) do PIB; em 2.001, já representa 51,92% (cinquenta e um vírgula noventa e dois por cento).

Estes números, certamente, remetem à história de formação da dívida externa no Brasil, que, se ainda não é dela refém, precisa acautelá-la.

Pelos dados que apresentarei em seguida, provavelmente, conclua-se que as políticas dos Governos militares e do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO terminaram por incrementar o endividamento frente às entidades financeiras internacionais. Evidentemente que isto ocorreu por uma coligação de fatores internos e externos.¹¹⁴²

¹¹⁴¹ O assunto da dívida externa começou a preocupar o mundo, mais precisamente o Terceiro mundo, na década de 70. Os Países exportadores de petróleo, por meio da sua Organização (OPEP) não apenas estabeleceram limites de produção e a explosão de preços, como também investiram nos Países do Primeiro Mundo, que trataram de conceder empréstimos a vários governos dos Países menos desenvolvidos, principalmente na América Latina, onde, provavelmente, sofreram com desvios e corrupções. Mas, nos anos 70, os Estados Unidos mergulharam no enfrentamento do problema inflacionário, vindo, em 1979, o então Presidente JIMMY CARTER a indicar PAUL VOLCKER para a presidência do Banco Central americano. Como Presidente do *Federal Reserve*, tratou de elevar abruptamente as taxas de juros americanas (de 6 para 20%), fazendo desaparecer a inflação neste País, mas também fazendo com que o custo da dívida externa explodisse; o que repercutiu diretamente, por exemplo, no México, na Argentina e no Brasil. No caso do Brasil, só obtinha dólares através de exportações e por meio de linhas comerciais.

¹¹⁴² Dos cerca de 243 bilhões de dólares da dívida externa brasileira, o setor público deve cerca de 95 bilhões e o setor privado cerca de 148 bilhões. Os credores representados por organismos internacionais e agências governamentais são titulares de apenas 33 bilhões de dólares.



Eis a cronologia da dívida externa brasileira¹¹⁴³:

1822- Com a independência, o Brasil assumiu uma dívida do Governo português de cerca de 1 milhão de libras esterlinas, a ser paga em parcelas anuais de 300 mil libras. Em garantia, o Brasil hipotecou as rendas alfandegárias do Rio de Janeiro, Bahia, Pernambuco e Maranhão.

1824- Data do primeiro empréstimo externo, no montante de 3,7 milhões de libras esterlinas.

1889- Com a Proclamação da República, o valor chegou a 30,4 milhões de libras esterlinas.

1890- A dívida externa federal encontrava-se em 30,9 milhões de libras esterlinas, indo, em 1900, para 44,2 milhões; e, em 1913, para 144,3 milhões.

1931- A dívida com o exterior era de cerca de 237 milhões de libras esterlinas. Com a Revolução de 1930, GETÚLIO VARGAS declarou moratória, e mandou fazer uma auditoria na dívida. As conclusões foram as de que 60% (sessenta por cento) da dívida não existia, pois os valores reais das remessas eram ignorados, por ausência de contabilidade regular do débito, e as condições de obtenção dos empréstimos eram demasiadamente onerosas.

1937- Houve a renegociação da dívida externa.

1964- O Brasil devia cerca de US\$ 2,5 bilhões de dólares.

1970- Durante o chamado “milagre econômico”, começou o endividamento externo a recrudescer em grande escala, indo, em 1967, de US\$ 3 bilhões, para, em 1973, US\$ 12,6 bilhões.

1978- Chegou à casa dos US\$ 43,5 bilhões.

¹¹⁴³ A fonte são os Boletins do Banco Central do Brasil.



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



1983- O Brasil decretou moratória e se assinou a primeira Carta de intenções com o Fundo Monetário Internacional - FMI, que exigiu que o Brasil se enquadrasse em Programa de ajuste.

1984- A dívida era de US\$ 91 bilhões.

1985- De 1985 a 1987, houve a moratória por falta de recursos e de confiança da comunidade internacional na condução da economia brasileira.

1991- Outra breve moratória, mas, em outubro deste ano, com uma política de juros altos, retornaram ao Brasil capitais internacionais e nacionais aplicados no exterior. Mas, com o aumento dos juros, a dívida externa cresceu aceleradamente.

1994- Antes de assumir a Presidência FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, a dívida externa brasileira era de US\$ 119 bilhões. Entre 1995 e 1999, no primeiro mandato deste Presidente, o Brasil pagou US\$ 186 bilhões de juros e amortizações; mas a dívida subiu para US\$ 221 bilhões.

2000- A dívida externa era do montante de US\$ 240 bilhões.

Portanto, registrados os números da dívida, há de se reconhecer que se os recursos internos não eram suficientes, ou não estavam disponíveis para alavancar o desenvolvimento brasileiro, e daí o endividamento externo, atualmente, a dívida compõe um importante fator de preocupação.

Provavelmente, a intensidade negativa da dependência do capital financeiro internacional remonta, no Brasil, às suas características, entre elas:

1. não houve consulta ou outro tipo de autorização popular para a sua constituição;
2. o Governo contratou uma dívida sob juros flutuantes, de acordo com a vontade dos banqueiros credores;
3. o Governo vem assumindo as dívidas contraídas pelas empresas, por vezes, porque, sendo idéia do Governo que as empresas contraíssem empréstimos externos, para, depois, exportarem produtos manufaturados, com resultados comerciais suficientes para pagar as dívidas contraídas, tratou de avalisá-las. Logo, na hora do pagamento, a dívida já era estatal;



4. nos últimos 15 (quinze) anos, os valores dos recursos enviados ao exterior são superiores aos que se recebe;
5. na última renegociação, não houve auditoria pública;
6. os últimos empréstimos tomados pelo Governo têm o destino de pagar os juros dos empréstimos anteriores.

A dependência que decorre deste processo de endividamento termina por dificultar, ou mesmo impossibilitar, os investimentos nos setores de energia elétrica, transporte, saúde, capacitação profissional, entre outros.

Não me parece, portanto, que o tema da dívida externa, em Países como o Brasil, esteja entre aqueles desqualificados, pela reduzida relação da Dívida Externa com o PIB, ou porque mais de 60% (sessenta por cento) desta dívida seja constituída por empréstimos tomados por empresas privadas no mercado financeiro internacional.

Na verdade, e reconhecendo que esta questão não diz respeito a um País isoladamente, computados os cerca de 126 bilhões de dólares pagos pelo Brasil, desde o final de 1994 até o final de 1998, a título de juros e de amortização do principal, muita coisa poderia ter sido feita.

Por exemplo, o pagamento de melhores salários-mínimos, com a melhoria da vida das pessoas, estimulando a atividade econômica e a arrecadação tributária, permitindo um intercâmbio maior entre os Brasis. Um Brasil federal em ligação direta com os *Brasis estaduais e municipais*.

Ou a maior geração de empregos nas montadoras de automóveis, na indústria têxtil, na construção civil, na agricultura, etc.

Ou a construção de milhões de moradias populares, reduzindo, ou mesmo acabando, com o déficit habitacional. Ou a multiplicação dos gastos com educação, se é que se pode falar em educação senão como um investimento. Ou aumentar o investimento *per capita* com saúde. Ou aumentar sensivelmente os assentamentos e a produção agrária, estimulando a economia, barateando o preço dos alimentos, reduzindo a violência nos grandes centros urbanos.



Até mesmo o conhecido “*ajuste fiscal*” não passaria imune. Afinal, o Governo federal vem cortando os gastos sociais, pretendendo obter recursos para o pagamento das dívidas interna e externa.¹¹⁴⁴

Evidentemente que nada disto significa negar a necessidade de uma integração das economias, respeitando o interesse das empresas brasileiras; e, sobretudo, das pessoas de todo o mundo.

Logo, não é possível falar em desenvolvimento fugindo a temas tão fundamentais como aqueles que acabo de mencionar; e que, se detêm um conteúdo político ou econômico, não devem desconhecer o jaez da ética.

Em seguida, vão alguns Quadros econômicos do Brasil, referentes a¹¹⁴⁵:

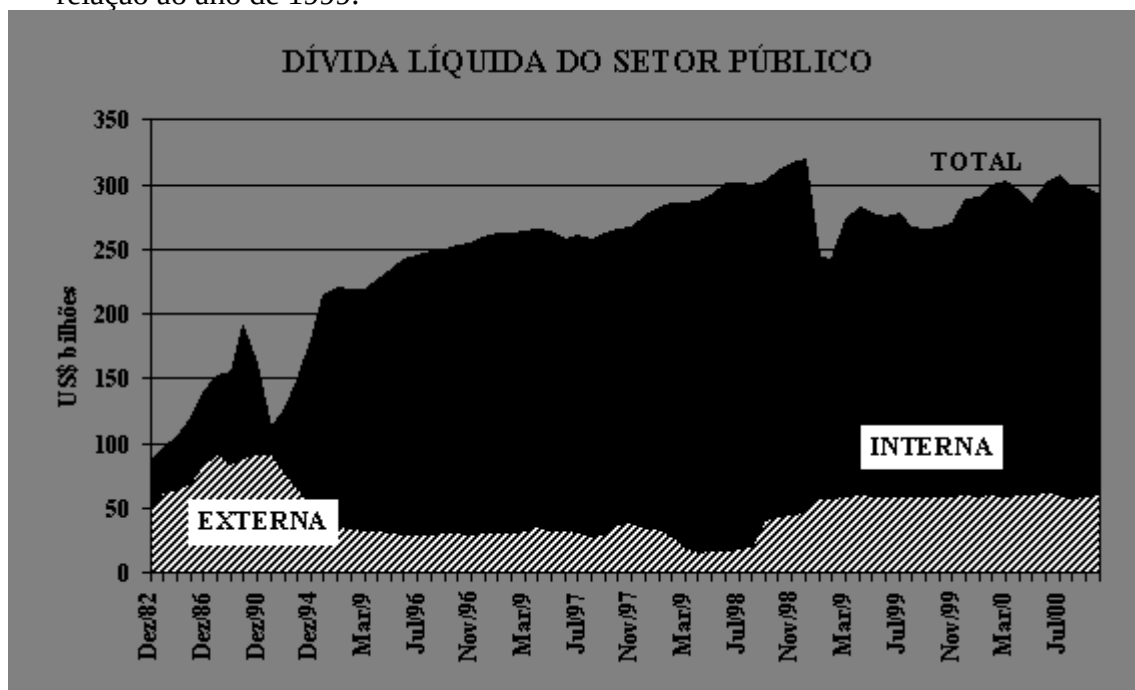
1. Dívida líquida do setor público.
2. Dívida interna líquida dos Governos federal, estaduais, municipais e das estatais.
3. Reservas internacionais do Brasil.
4. Relação dos Títulos da Dívida Pública Interna e o Produto Interno Bruto.
5. Arrecadação dos Impostos e Contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, a preços de dezembro de 2.000.

¹¹⁴⁴ Entre 1995 e 1998, entraram, no Brasil, cerca de 66 bilhões e 537 milhões de dólares de investimentos líquidos estrangeiros. No mesmo período, 126 bilhões de dólares foram ao exterior. Vide os dados relativos à dívida externa brasileira disponíveis no Banco Central do Brasil – www.bc.gov.br.

¹¹⁴⁵ É importante destacar que nenhum País do mundo deve tornar-se excessivamente dependente de fluxos de recursos externos, mesmo que na forma de investimento externo direto, para financiar as suas contas externas. Independentemente de haver crises, não há a garantia de que estes investimentos continuarão existindo no volume necessário. No caso do Brasil, ainda há o problema da concentração destes investimentos em setores de bens não comercializáveis e as remessas de lucros e dividendos; o que confirma a idéia de que, a longo prazo, a expansão contínua de nossas exportações é algo fundamental.

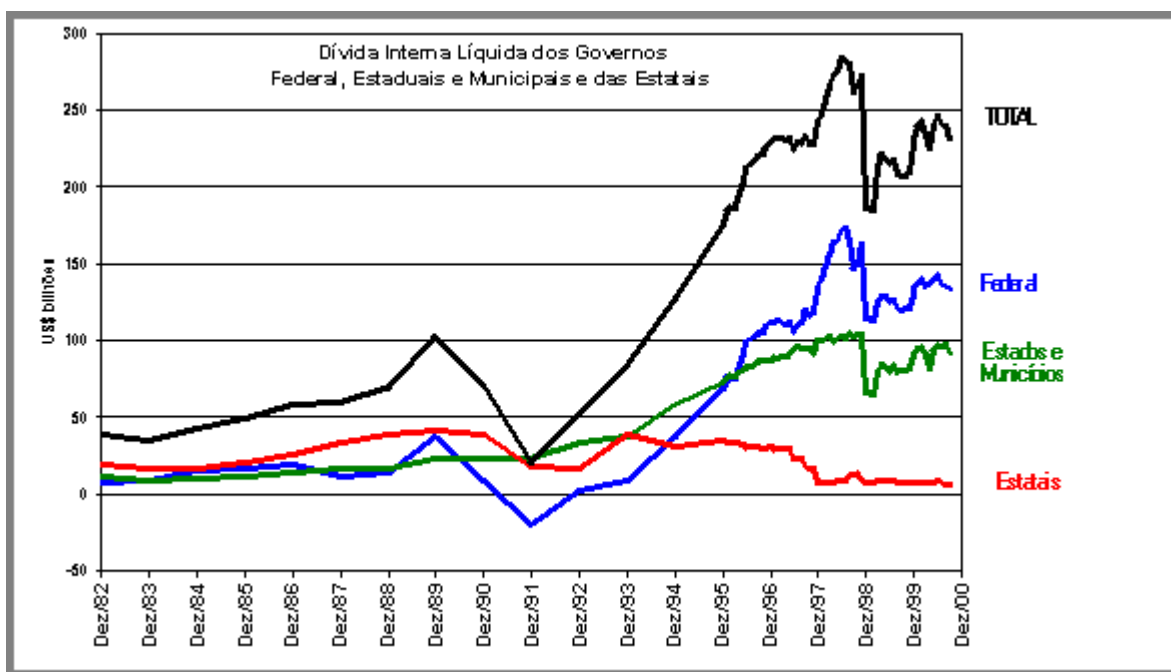


6. Arrecadações do Imposto de Renda, Imposto sobre Produtos Industrializados (exceto vinculado) e Contribuições – Janeiro/1997 a Dezembro/2.000.
7. Desempenho discriminado da Arrecadação Acumulada no ano de 2.000 em relação ao ano de 1999.



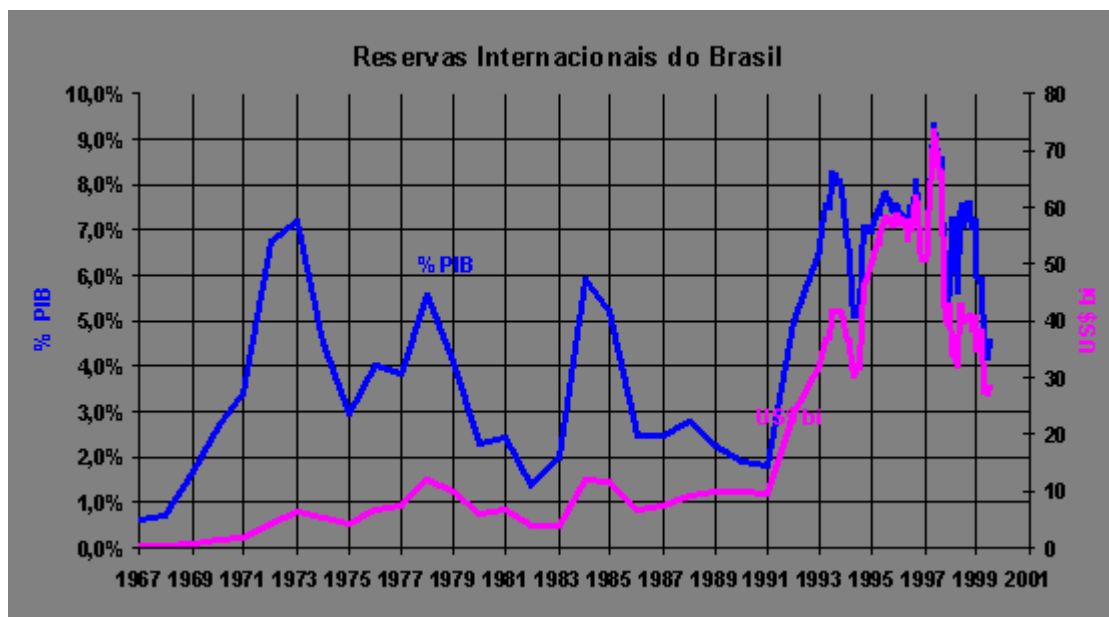


CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



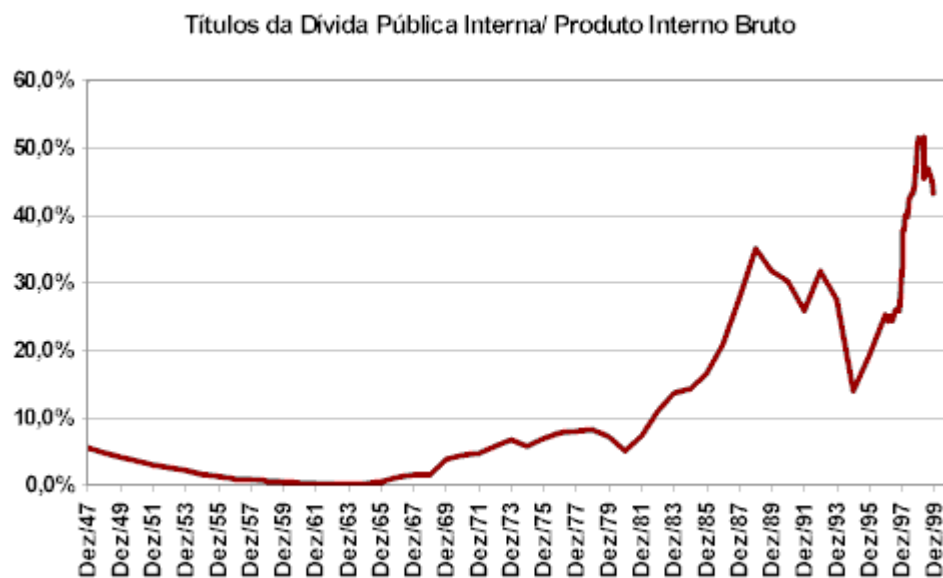


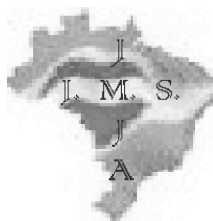
CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA





CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA





CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



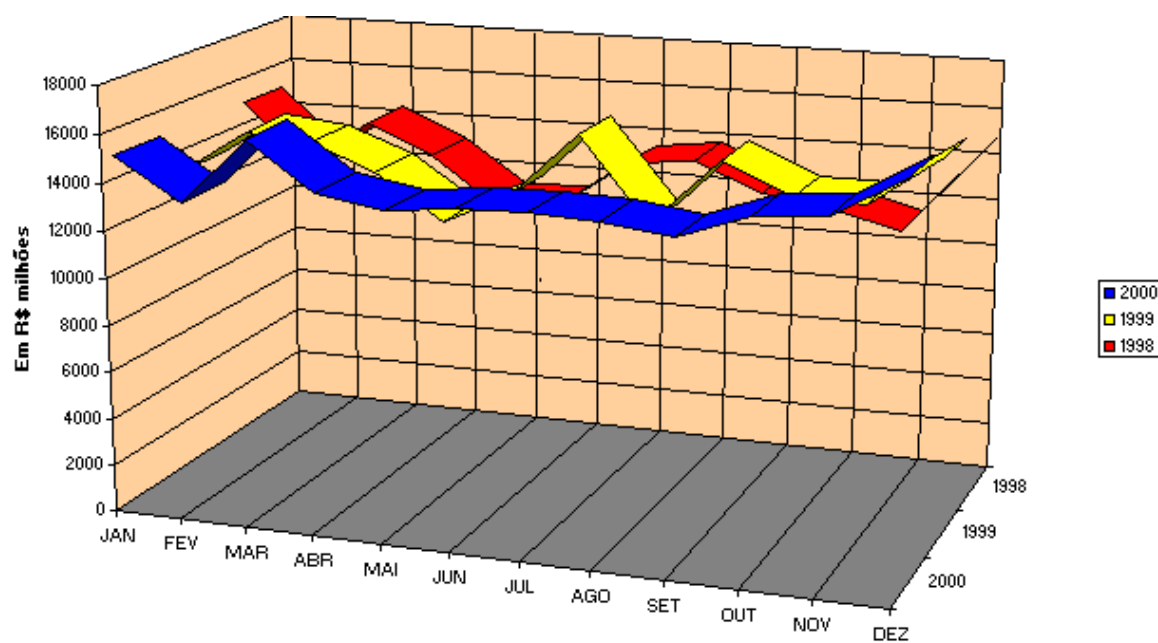
DÍVIDA INTERNA LÍQUIDA DO SETOR PÚBLICO						
	US\$ bilhões					
	Dez/83	Dez/84	Dez/85	Dez/86	Dez/87	Dez/88
I-Governo Federal e Banco Central	8,57	15,29	16,96	19,07	10,92	13,89
II-Governos Estaduais e Municipais	9,02	9,85	11,30	13,54	16,02	17,01
III-Empresas Estatais	17,20	17,23	20,82	25,78	33,11	39,04
TOTAL	34,79	42,36	49,08	58,40	60,05	69,94
	Dez/89	Dez/90	Dez/91	Dez/92	Dez/93	Dez/94
I-Governo Federal e Banco Central	37,93	9,05	-20,04	1,68	8,45	37,66
II-Governos Estaduais e Municipais	23,29	23,38	23,19	33,09	37,57	58,40
III-Empresas Estatais	41,02	38,37	17,59	17,10	38,09	31,02
TOTAL	102,23	70,80	20,74	51,86	84,11	127,07
	Dez/95	Dez/96	Jun/97	Dez/97	Jun/98	Jul/98
I-Governo Federal e Banco Central	68,69	111,43	106,25	134,68	171,91	172,69
II-Governos Estaduais e Municipais	72,29	86,97	95,38	100,03	102,64	101,61
III-Empresas Estatais	34,33	30,36	23,66	7,17	9,39	8,76
TOTAL	175,31	228,77	225,28	241,88	283,94	283,06
	Ago/98	Set/98	Out/98	Nov/98	Dez/98	Jan/99
I-Governo Federal e Banco Central	164,88	147,24	149,50	162,12	159,33	113,74
II-Governos Estaduais e Municipais	103,25	102,88	104,19	102,07	103,28	65,52
III-Empresas Estatais	11,92	12,07	13,23	8,27	9,50	7,10
TOTAL	280,04	262,19	266,92	272,47	272,12	186,36
	Rev/99	Mar/99	Abr/99	Mai/99	Jun/99	Jul/99
I-Governo Federal e Banco Central	112,84	125,46	128,67	128,71	126,37	126,60
II-Governos Estaduais e Municipais	64,36	79,64	84,02	82,63	81,20	83,01
III-Empresas Estatais	7,30	8,67	8,33	7,97	8,36	8,39
TOTAL	184,51	213,77	221,02	219,31	215,93	218,00
	Ago/99	Set/99	Out/99	Nov/99	Dez/99	Jan/00
I-Governo Federal e Banco Central	121,03	119,86	120,39	120,44	130,33	133,30
II-Governos Estaduais e Municipais	79,30	80,07	79,74	81,87	90,25	90,35
III-Empresas Estatais	7,53	7,32	7,20	7,48	7,48	7,25
TOTAL	207,87	207,25	207,33	209,79	228,06	230,89
	Rev/00	Mar/00	Abr/00	Mai/00	Jun/00	Jul/00
I-Governo Federal e Banco Central	137,78	139,24	135,72	135,99	138,70	141,75
II-Governos Estaduais e Municipais	94,55	95,39	90,52	81,68	93,63	95,82
III-Empresas Estatais	7,45	7,68	7,38	7,29	7,56	8,39
TOTAL	239,78	242,31	233,61	224,96	239,89	245,96
	Ago/00	Set/00	Out/00			
I-Governo Federal e Banco Central	136,58	135,58	133,20			
II-Governos Estaduais e Municipais	95,80	96,71	92,98			
III-Empresas Estatais	7,90	6,69	5,98			
TOTAL	240,28	238,98	232,16			



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO,
DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



Gráfico II - Arrecadação dos Impostos e Contribuições Administrados pela SRF - (A
Preços de Dezembro de 2000 - IGP - DI)

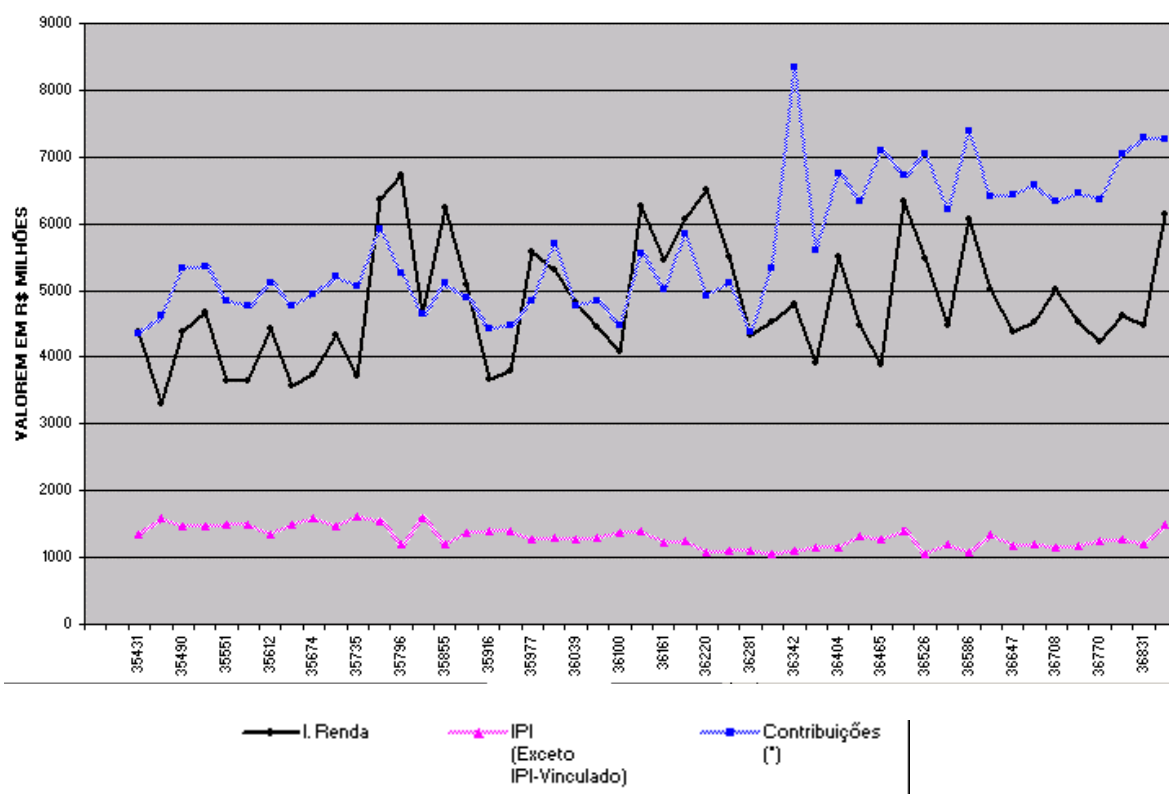




CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO,
DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



Gráfico III - Arrecadação do I.Renda, IPI (exceto vinculado) e Contribuições -
Janeiro/1997 a Dezembro/2000





CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO,
DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



Desempenho da Arrecadação Acumulada no ano de 2000 em relação ao ano de 1999
(Tabelas II e II-A):

Valores em milhões de reais		
DISCRIMINAÇÃO	REFLEXOS NA ARRECADAÇÃO (JAN A DEZ)	
	1999	2000
Desistência de ações judiciais e o conseqüente pagamento de débitos em atraso em conformidade com disposto na Lei n.º 9.779/99, com as alterações introduzidas pela MP 1.807/99 afetando, principalmente, a arrecadação do PIS/PASEP, CSLL, COFINS e IRPJ.	4.682	-
Extensão da tributação sobre aplicações financeiras de renda fixa às operações de cobertura (hedge), realizadas por meio de operações de "SWAP" (Lei n.º 9.779/99).	2.275	474
Aumento expressivo da receita das principais instituições financeiras em razão da desvalorização cambial ocorrida em janeiro de 1999, e o conseqüente recolhimento do IRPJ e CSLL em fevereiro de 1999.	400	-
Incidência do IOF sobre aplicações financeiras em fundos de investimentos à alíquota de 0,38% e aumento de alíquota nas operações de crédito em 0,38 pontos percentuais, em vigor de 24/01/99 a 16/06/99.	1.020	-
Redução da alíquota do IOF de 6% para 1,5%, nas operações de crédito das pessoas físicas (Port. n.º 385, de 14/10/99).	-	(620)
Elevação da alíquota da COFINS de 2% para 3% e obrigatoriedade do pagamento dessa contribuição pelas instituições financeiras (Lei n.º 9.718/98), com efeitos a partir do mês de março/99.	9.730	14.015
Arrecadação da CPMF remanescente no mês de janeiro e fevereiro de 1999 a alíquota de 0,20%, reintrodução da contribuição com alíquota de 0,38%, a partir do dia 17/06/99 e redução para 0,30% a partir de julho/00 e arrecadação decorrente de liminares cassadas (MP n.º 2.037/00 e IN n.º 089/00).	7.956	14.544
Arrecadação oriunda de depósitos judiciais e administrativos.	2.050	4.846
TOTAL	28.113	33.259



CAPÍTULO 15. GLOBALIZAÇÃO,
DESENVOLVIMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA



Sublinho, enfim, mais alguns importantes levantamentos relativos à extensão dos problemas econômicos acumulados, no Brasil, desde 1995, embora registrando que os indicadores que comparam o serviço da dívida externa, ou despesas de juros, ou dívida externa comparada com o Produto Interno Bruto – PIB retem um tanto prejudicados pela grande variação da taxa de câmbio real no período.

São os dados do Banco Central brasileiro:

“O serviço da dívida externa (juros mais amortizações) representava 46,1%, em 1995. No ano de 2.000, chegou a 101,7%.

Os juros, isoladamente, aumentaram de 22,4% para 31,8% no mesmo período.

Em 1995, seriam necessários 02 (dois) anos de exportações para pagar a dívida externa líquida. Em 2.000, seriam necessários 03 (três) anos e meio.

Em 1995, as reservas do Brasil correspondiam a 31,7% da dívida externa bruta.

Em 2.000, a apenas 14%.”

Em outras palavras, vem aumentando consideravelmente a vulnerabilidade externa do Brasil, deteriorando-se os seus indicadores econômicos.



16. GLOBALIZAÇÃO, ÉTICA E SEGURANÇA JURÍDICA

“A função de julgar é a das mais antigas da História da humanidade. Se o homem é mais o lobo do homem do que o idílico bom selvagem, e se sempre foi assim, também sempre houve necessidade de alguém que decidisse os conflitos da convivência. Assim nasceu a necessidade do juiz.

O juiz já foi sacerdote e já foi rei. Oscila hoje entre ser poder e funcionário do Estado. Fala-se em juiz de aluguel e juiz privado. O que acontecerá com o juiz do futuro? Ninguém dispõe de condições para prever com certeza o futuro. A certeza única é que o próximo milênio terá cenários muito diversos daqueles em que o julgador tem atuado” (Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. nº 07. “Função Judicante. Dez Recados ao Juiz do III Milênio.” NALINI, JOSÉ RENATO. Brasília. Jan. / abr. 1999, ps. 132-142).

Também nos Estados modernos, não se pode deixar ao largo a questão da ética.

É bem verdade que, do ponto de vista individual, é possível falar-se em sucesso pessoal que haja sido atingido sem noções de ética.

Contudo, no plano das relações gerais, dificilmente um País que abandone estes pressupostos pode vir a agregar, entre os seus atributos, o verdadeiro desenvolvimento humano.

Logo, muito provavelmente, o desenvolvimento humano e a ética precisam estar juntos.

Mesmo que alguém advogue que eles devam ser dissociados, opto pela manutenção desta sociedade.



Originariamente, “ética” significa a “*morada do homem*”¹¹⁴⁶; e é difícil imaginar que se queira adotar por moradia algo em que não se possa confiar.

Estabilidade e segurança são requisitos básicos de uma morada.

De fato, a “ética” concebe a conduta do homem considerando o tempo, adotando como antecedente uma situação temporal anterior, e, como conseqüente, um objetivo ou finalidade a alcançar. De ordem que, ao menos no plano lógico, não se confunde com a “técnica”, por onde são decididas as ações estruturadas que vão conduzir à finalidade proposta.¹¹⁴⁷

Também se costuma afirmar que a moral e o direito não são expressões culturais coincidentes.¹¹⁴⁸

Enquanto, na moral e na tradição, não se poderia intervir direta e deliberadamente por ato legislativo, quer na criação, quer na revogação; o mesmo não ocorreria com o direito.

¹¹⁴⁶ Vide CAVALCANTE, ENOQUE GOMES. *Sustentabilidade do Desenvolvimento. Fundamentos Teóricos e Metodológicos*. Editora Universitária. Universidade Federal de Pernambuco. Recife-PE. 1998, p. 20.

¹¹⁴⁷ Vide AFTALIÓ, ENRIQUE R. e VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1988, ps. 419-420. O exemplo utilizado neste livro foi o seguinte. Imagine-se que eticamente pretende-se eliminar a tirania, e como conduta adequada para atingir este fim propõe-se matar o tirano. Para isto, convida-se o mesmo para que vá até o Senado, e aí o apunhalam. Seria este um meio técnico de modo a atingir a finalidade proposta. Daí, a propalada diferença entre a ética e a técnica. Pessoalmente, entendo que a ética deva ser encontrada, também, no meio técnico que se utiliza para se atingir o fim pretendido.

¹¹⁴⁸ “Uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada. Por outro lado, seria absurdo conceber uma regra como fazendo parte da moral de uma sociedade, mesmo que ninguém a considerasse já importante ou que valesse a pena manter. (...) Imunidade à alteração deliberada. (...) Boa parte da filosofia moral está consagrada à explicação desta característica da moral e à elucidação do sentido de que a moral é algo que ‘existe’ para ser reconhecido, e não feito por uma opção humana intencional. (...) O fato de que a moral e as tradições não podem ser diretamente alteradas por ato legislativo, como sucede com as regras jurídicas, não deve confundir-se com a imunidade a outras formas de alteração.” Extraído de HERBERT, HART. *O Conceito de Direito*. Tradução de A RIBEIRO MENDES. 2ª edição. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1994, p. 191.



Enfim, na ética, estariam encampadas duas espécies distintas: a moral e o direito (ética = moral + direito).¹¹⁴⁹

Em suma, a ética seria um gênero que abarcaria duas espécies: a moral e o direito.

Logo, pelo que defendo, todo direito precisa ser ético.

Por este raciocínio, poderia-se pensar que um homicídio eutanásico poderia ser moralmente justificável; e, juridicamente, não.

Ou, em um outro exemplo, a caridade que se faz a uma pessoa pobre teria um enfoque moral e outro jurídico, vislumbrando-se, nesta atitude, a capacidade jurídica de um eventual donatário de menor idade, os termos contratuais, etc.

Nesta linha, faço recordar do que disse HERBERT HART, em seu “O Conceito de Direito”¹¹⁵⁰, ao tratar da obrigação moral e da jurídica.

É HERBERT HART: “Mas os princípios de justiça não exaurem a idéia de moral; e nem toda crítica do direito com fundamentos morais é feita em nome da justiça. Podem condenar-se leis como moralmente más pela simples razão de que exigem dos homens ações concretas que a moral proíbe os indivíduos de praticar, ou porque exigem que os homens se abstenham de praticar as que são moralmente obrigatórias.”¹¹⁵¹

¹¹⁴⁹ Vide AFTALIÓN, ENRIQUE R. e VILANOVA, JOSÉ. Introducción al Derecho. 1988. Obra citada, ps. 425-430. As relações entre o direito e a moral são íntimas, ao ponto de, na antiguidade clássica, não haver um critério distintivo, cientificamente aceito, entre o Direito e a Moral. É verdade que o jurisconsulto PAULO refletiu dizendo que *nem tudo o que é lícito é honesto*, expressando que o Direito nem sempre está de acordo com a Moral. Por outro lado, havia a máxima de que *os preceitos do Direito eram viver honestamente, não lesar a ninguém e só atribuir a si o que é seu*. No Estado Moderno, a partir das idéias de THOMAS IUS, desenvolvidas por KANT, elencou-se a *coercibilidade* como um elemento fundamental do Direito, forjando a concepção distintiva.

¹¹⁵⁰ HART, HERBERT L. A. O Conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. Com um pós-escrito editado por PENELOPE A BULLOCH e JOSEPH RAZ. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1994, ps. 182 e ss.

¹¹⁵¹ HART, HERBERT L. A. O Conceito de Direito. 2ª ed. 1994. Obra citada, p. 182.



E o mesmo autor arremata sobre a dificuldade de conceituar o que seja a ética e a maior dificuldade de encontrar os caminhos para realizá-la: “É, por isso, necessário caracterizar, em termos gerais, tais princípios, regras e padrões, relativos à conduta dos indivíduos, que pertencem à moral e tornam moralmente obrigatória a conduta. Aqui, duas dificuldades relacionadas entre si vão-nos confrontar. A primeira reside em que a palavra ‘moral’ e todas as outras que lhe estão associadas, ou os termos aproximadamente sinônimos como ‘ética’, têm elas próprias uma considerável área de imprecisão ou de ‘textura aberta’. Há certas formas de princípio ou de regra que alguns classificariam como moral e outros não. Em segundo lugar, mesmo quando haja acordo neste ponto e certas regras ou princípios sejam aceites como indiscutivelmente pertencendo à moral, pode ainda haver um grande desacordo filosófico quanto ao seu ‘estatuto’ ou relação com o resto do conhecimento e experiência humanos.”¹¹⁵²

Mas HERBERT HART adverte sobre o engano que consiste em imaginar que o mundo da moral é apenas o interior, enquanto o do direito é exclusivamente o exterior.

Novamente, é ele que tem a palavra lançando as suas vistas para a integração, ou não, dos mundos psicológico e social: “A mais famosa tentativa de veicular de forma sumária a diferença essencial entre elas é a teoria que assevera que, enquanto as regras jurídicas exigem apenas um comportamento ‘exterior’ e são indiferentes aos motivos, intenções ou outros acessórios ‘interiores’ da conduta, a moral, pelo contrário, não exige quaisquer ações externas específicas, mas apenas a boa vontade ou as intenções adequadas ou o motivo apropriado. Isto equivale, na verdade, à afirmação surpreendente de que as regras jurídicas e as morais corretamente compreendidas não poderiam ter nunca o mesmo conteúdo; e, ainda que tal contenha uma sugestão de verdade, é, tal como está formulada, profundamente equívoca.”¹¹⁵³

No direito público brasileiro, contudo, o princípio da moralidade tem jaez de Constituição, ficando estampado no “caput”, do art. 37, da atual Lei Maior.

O que quero dizer com isto é que os padrões de comportamento, inclusive os jurisdicionados pelo Estado, não podem se divorciar do valor da moralidade (predomínio do plano interior).

¹¹⁵² HART, HERBERT L. A. O Conceito de Direito. 2ª ed. 1994. Obra citada, p. 183.

¹¹⁵³ HART, HERBERT. O Conceito de Direito. 23ª ed. 1994. Obra citada, p. 187.



Defendo, portanto, que, na moral, predomina o plano interno; e, no direito, o externo. Isto não significa, porém, que haja exclusividade.

Mais. Embora o sistema capitalista e a sua ideologia dêem uma enorme importância para o valor econômico, talvez como o mais importante dos valores, a civilização pós-moderna não deve deixar em plano inferior outros valores com conteúdos nitidamente morais.

A segurança como um instrumento a serviço da justiça é um deles, tal como venho defendendo.

A posição capitalista de “desvalorizar” os outros valores que não o econômico não se compadece com o verdadeiro desenvolvimento, pois exclui o homem e o condena a uma imersão em crises sociais, que não atingem apenas o campo econômico, mas se lança no institucional (crise do Estado), no ético (corrupção, impunidade, tráfico de drogas, etc), no social (desemprego galopante¹¹⁵⁴, criminalidade), no ambiental (poluição desenfreada, manipulação genética), no cultural (quebra de tradições com a imposição de valores externos), no espacial (desequilíbrios regionais), etc.

Como se vê, a violência, a corrupção, a fome estão intimamente vinculadas ao rumo que vai receber o movimento globalizante, que não pode ser gerido pelas grandes empresas ao ponto de não receber limites oriundos dos Estados-Nação.

Se os limites constitucionais cederem à violência corrosiva das grandes empresas, as consequências não serão apenas econômicas, tal como fiz recordar.

A linguagem do Estado é a jurídica. Logo, é preciso impor limites através do direito.

Não me refiro, aqui, a limites estáticos; mas à existência de referências que não variem a cada trinta ou sessenta dias, tal como as medidas provisórias costumam veicular.

¹¹⁵⁴ O art. 23, da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia que “*Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.*” Certamente, no Brasil, o desemprego é uma das causas das sérias manifestações de descontentamentos e do aumento da massa de excluídos. Gera profundas injustiças sociais, e coloca o Brasil em um cenário internacional de altos índices de criminalidade.



CAPÍTULO 16. GLOBALIZAÇÃO, ÉTICA E SEGURANÇA JURÍDICA



Se assim não o for, os Estados mais vulneráveis, e, dentro deles, as populações mais excluídas serão condenadas a uma versão moderna de escravidão.

No estágio atual do capitalismo, o progresso técnico vem permitindo pensar que as conquistas tecnológicas estão acima dos valores éticos. Isto porque é assim que se difunde.

E o pior. Não havendo uma corrida à ética, mas às conquistas de uma técnica a serviço do neo-capitalismo, as recentes “*grandes descobertas*” continuarão a provocar crises existenciais, onde as técnicas são mais universais do que os valores.

Explico melhor o que digo.

O conhecimento de uma técnica sem uma utilização ética termina por permitir o uso, simplesmente, simbólico das conquistas.

Não é muito diferente o que se vê no direito, quando as normas existem, mas a efetividade delas não.

Embora reconheça que primeiro seja necessário saber o que fazer, isto só não basta.

Por exemplo, a fome¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁵ 1. No Brasil, morre uma pessoa de fome por minuto. 2. Das 4 (quatro) milhões de crianças que nascem por ano no Brasil, 190.000 (cento e noventa mil) morrerão de desnutrição antes do primeiro aniversário. 3. ¼ (um quarto) das crianças dos Países subdesenvolvidos nascem retardadas, devido à desnutrição das mães. 4. Segundo dados do final de 2.000, existem 16 (dezesesseis) milhões de brasileiros passando fome. 5. 16.500.000 (dezesesseis milhões e quinhentos mil) toneladas de alimentos são desperdiçados todos os anos no Brasil (30% da produção nacional), o que daria para alimentar Moçambique por 4 (quatro) anos e meio. 6. O Brasil, apesar de possuir uma renda per capita relativamente elevada, e de ter o 8º (oitavo) ou o 9º (nono) PIB do mundo (cerca de 1 trilhão de reais), tem hoje 85 (oitenta e cinco) milhões de pessoas (mais da metade da população) vivendo abaixo da linha da pobreza. Esta situação crítica destaca o País como o detentor do mais alto grau de desigualdade social do mundo. 7. O problema da fome predomina tradicionalmente no Nordeste e no Norte do País (apesar de vir atacando, recentemente, também os Estados do Sul), com Estados que apresentam, respectivamente, 80% (oitenta por cento) e 68% (sessenta e oito por cento) da população vivendo abaixo da linha da pobreza. O Centro-Oeste vem logo depois, com 51% (cinquenta e um), depois o Sudeste, com 43% (quarenta e três por cento), e o Sul, com 39% (trinta e nove por cento). Alguns Estados brasileiros apresentam índices realmente críticos, é o caso do Maranhão, com 86% (oitenta e seis por cento), o Piauí, com 83%



CAPÍTULO 16. GLOBALIZAÇÃO, ÉTICA E SEGURANÇA JURÍDICA



Atualmente, existem meios técnicos para afastá-la do planeta. Contudo, dentro do atual sistema de dominação, ela não apenas continua, mas se aprofunda e se intensifica entre os territórios excluídos.

Ora, se assim ocorre com os alimentos, não é de se esperar que no mais seja diferente. E não me refiro aqui, apenas, ao extraordinário mercado das drogas, das armas ou dos paraísos fiscais¹¹⁵⁶, que vêm avaliados em trilhões de dólares, e se encontram espalhados em todo o mundo.

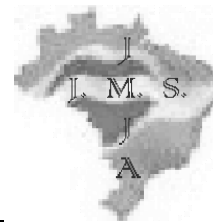
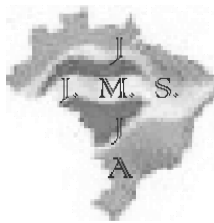
Portanto, a deficiência mundial é distributiva, e menos econômica que moral.

As buscas cegas do lucro e do predomínio dos mercados precisam ser reorientadas mediante um paradigma jurídico estável.

Se este não é o único caminho, ao menos é um dos caminhos em um País onde grassa a democracia política.

(oitenta e três por cento), e o Tocantins, com 81% (oitenta e um por cento) da população vivendo na miséria. O Nordeste, como um todo, embora compreenda apenas 29% (vinte e nove por cento) da população do Brasil, responde por mais da metade dos pobres do País (51%), e possui mais de 40% (quarenta por cento) de seus habitantes vivendo abaixo da linha da indigência. (Fonte: “*Projeto ajudar alguém – Ação social ao alcance de todos*” – www.ajudaralguem.org)

¹¹⁵⁶ Os crimes econômico-financeiros constituem uma realidade relativamente recente, havendo, ainda, uma certa desinformação por parte dos magistrados, além das dificuldades de obtenção de informações no caso concreto. O que fazer quando uma pessoa física ou jurídica não demonstra capacidade de provar a licitude da origem do seu patrimônio? Há quem defenda que deve perdê-lo, evitando a impunidade. Infelizmente, verifica-se que a política dos “*off-shores*” funciona como um verdadeiro paralisador das investigações. Transações e empresas fictícias são artimanhas que necessitam ser combatidas de uma maneira mais eficaz, para evitar a idéia de que as empresas laranjas (ou filtros) terminem por confundir a investigação, tornando impessoal algo que não o é. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas faz parte de um novo universo legislativo a dar respostas para o mundo que está surgindo, e crescendo avassaladoramente. Aos 28.06.2001, os Estados Unidos e os seus sócios na Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) chegaram a um compromisso a respeito destes paraísos, que teriam a garantia das suas soberanias fiscais em troca de uma maior transparência. De acordo com o compromisso, os paraísos fiscais não sofreriam punições, salvo se se recusassem a transmitir informações relativas às investigações sobre lavagem de dinheiro. Os 35 (trinta e cinco) Países havidos nesta categoria encontram-se em uma lista negra, que foi divulgada, em junho de 2.000, pela OCDE.



Sem a consistência de um ordenamento jurídico estável, que consiga tornar visível as vicissitudes do poder estatal e da macro atividade empresarial, não haverá desenvolvimento, restando espaços, talvez, para um atabalhado crescimento econômico, que poucos rastros deixará em termos de melhoria de condições de vida.

É preciso propiciar o encontro entre a Ciência e a Tradição.

É preciso fazer dialogar a globalização com os direitos humanos, reconhecendo a necessidade de uma atenção especial que os Governos e as Organizações do Primeiro Mundo devem fornecer para os problemas dos países excluídos desta primazia.

Hoje, fala-se tanto em globalização, mas também se continua a dizer que há um *Primeiro Mundo*, pressupondo a existência de uns tantos outros.

Este é um desafio para o próximo milênio. Aproximar os mundos. Globalizar o respeito à dignidade do ser humano.

É preciso colocar em curso uma revolução dos valores, extirpando o convencimento geral de que, entre os valores, primeiro vem o dinheiro.

No sentido do que digo, faço destacar um certo trecho do artigo “*Globalização e Justiça: a resposta adequada*”.

Nele, sublinha-se uma supervalorização da economia, o avanço tecnológico e o nanismo do desenvolvimento humano.

É o que está disposto, discutindo o dinheiro, e não o homem, como a *medida de todas as coisas*: “A História ‘acelerou-se’: o centro náutico de Sagres foi fundado em 1415, a chegada à Índia, um de seus objetivos iniciais, ocorreu em 1498. Em 1957, era lançado o primeiro satélite artificial; em 1969, o primeiro homem alcançava a Lua. Quase um século, no primeiro caso, somente doze anos, no segundo. Mas tudo isto não fez os homens melhores, nem mais felizes. Só uma minoria de seres humanos é beneficiada com a superação da escassez e o conforto material. Minado pelo materialismo e pelo consumo desenfreado, o mundo contemporâneo superestima os valores materiais. (...) O dinheiro e



*os bens materiais tornaram-se valores sociais supremos, pelos quais tudo se mede, desde a inteligência à virtude.*¹¹⁵⁷

Ora, a desvalorização dos valores que não o dinheiro é um dos principais elementos desencadeadores da violência, da corrupção e da fome¹¹⁵⁸.

Um mínimo de estabilidade para o direito é um caminho ético para este novo Estado.

Ao falar sobre isto, às vezes, surge-me a idéia de que a realidade brasileira pode não coincidir com a de outros países, surgindo uma sensação de que, mesmo em um mundo globalizado, as diferenças de posições podem ser tão acentuadas que tornam difícil a apreensão das dificuldades e dos problemas que se enfrenta.

Isto não impede uma reflexão sobre a necessidade de se distinguir as realidades por que se passa, preocupando-se por perceber as diferenças.

Sem procurar os extremos, distinguem-se os pontos de referência, cabendo ao processo histórico fornecer os balizamentos.

Nesta atividade, saliento a necessidade de se ter em mente algumas importantes discussões, sem o conhecimento das quais (conjuntamente com o conhecimento da realidade brasileira) não se tem, na exata medida, a escolha de um tema como este que agora desenvolvo, o de ser a segurança jurídica uma medida ética, mesmo em um mundo globalizado pelas grandes empresas e blocos hegemônicos de Estados.

¹¹⁵⁷ Extraído da Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE. Ano 18 – número 60. Janeiro / março de 1999. Artigo: “História da Justiça Federal. Globalização e Justiça: a resposta adequada.” REIS, CARLOS DAVID SANTOS AARÃO. Brasília. Edições O.L. M. 1999, p. 269.

¹¹⁵⁸ Quero destacar que, no Brasil, no início de 1993, foi lançada a *Campanha contra a fome, a miséria e pela vida*. Este movimento mobilizou entidades representativas da sociedade e o Governo, procurando soluções para este grave problema. O IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas anunciou 32 (trinta e dois) milhões de indigentes, e coordenou a elaboração de um Plano Nacional de Combate à Fome e à Miséria, a pedido do Presidente da época, ITAMAR FRANCO. Foram lançados três princípios norteadores em favor dos necessitados: parceria, descentralização e solidariedade. A Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2.000, introduziu, no País, o que denominou de “*Fundo de Combate e Erradicação da pobreza*”. Está-se a esperar melhores resultados, em favor da dignidade humana.



Veja-se o que digo.

Há aqueles que acreditam que *“tudo o que é jurídico é moral, embora nem tudo o que seja compatível com a moral seja jurídico.”*

É o que se chama de teoria do mínimo ético.¹¹⁵⁹

O Direito estaria contido no mundo da moral.

Ora, como fiz demonstrar, anteriormente, prefiro colocar a ética como um gênero, dentro do qual a moral e o direito seriam as espécies (linguagem de predomínio do âmbito interno e do externo, respectivamente).

Isto, contudo, não elimina a necessidade de se visualizar algumas das apontadas contradições neste critério.

Diz-se que fora da moral não existe apenas o imoral, mas também há o *“amoral”*; ou, melhor dito, haveria o indiferente à moral.

A regra de trânsito, que determina que os veículos sigam pela mão direita, seria jurídica, e de caráter estritamente técnico.

A mudança deste critério, passando-se a fixar a via esquerda, nada teria a ver com a moral.

Peço, contudo, que se observe que se mudanças contínuas no estabelecido estiverem provocando acidentes, e estes estiverem produzindo vítimas, não seria inadequado cogitar que até as mudanças de faixas de trânsito têm a ver com a ética do respeito à saúde e à vida.

¹¹⁵⁹ “A Teoria do Mínimo Ético. Em primeiro lugar, recordemos a teoria do ‘mínimo ético’, já exposta de certa maneira pelo filósofo inglês JEREMIAS BENTHAM, e depois desenvolvida por vários autores, entre os quais um grande jurista e politicólogo alemão do fim do século passado e do princípio deste, GEORG JELLINEK” (Extraído de REALE, MIGUEL. Lições Preliminares de Direito. 9ª edição, revista. São Paulo. Editora Saraiva. 1981, ps. 41 e ss).



O mesmo se diga em relação aos prazos processuais e àqueles contidos no campo do direito substantivo, o Civil, o Comercial, etc.

Mas se costuma apresentar um outro exemplo.

É o caso de uma sociedade comercial, onde um dos sócios nada produz, ficando as atividades da empresa, exclusivamente, por conta do outro. Ocorre que o contrato social estabelece a partilha dos lucros.

Ora, muito possivelmente, esta sociedade tem os seus dias contados, exatamente porque o chamado “*resíduo imoral*” tutelado pelo direito permite uma reação também jurídica.

No mundo globalizado, quero crer que um raciocínio análogo se aplique.

Em outras palavras, há um jogo de interesses que precisa ser sopesado.

Com isto, evidentemente que não pretendo abrir uma discussão incessante cujos resultados concretos não vão muito além do diletantismo intelectual.

O que quero demonstrar é que há sempre um espaço aberto para se imaginar novas iniciativas jurídicas de modo a impedir, ou quem sabe dificultar, as relações à margem da ética.

Assim, embora não faça coincidir o direito e a moral, tenho, na exigência jurídica, um complemento integrante da ética, ou uma sua feição particular.

Esclareço ainda mais o que penso.

O equilíbrio dos aspectos internos e externos compõem a ética, não devendo o direito adotar a posição ingênua e obscura de consagrar interesses escusos, dando-lhe formas juridicamente corretas.

Deve haver uma conjugação entre a forma e o conteúdo.

É a busca de que o real se aproxime cada vez mais do ideal.



Para isto, é preciso planejamento nas mudanças, e que estas não sejam tão contínuas, que, só por isto, violem o mínimo de estabilidade e segurança que se exige do Estado.

Quanto à espontaneidade do ato moral, não sendo concebível que se pratique o bem pela violência, o chamado “*ato moral forçado*”, e não se procedendo assim no campo do jurídico, estaria estampada também, aqui, uma diferença.

Veja-se um exemplo neste sentido.

Imagine-se uma criança cujos pais não admitem custear a sua sobrevivência e os seus estudos.

Ocorre que, representada em Juízo, apura-se que o pai acaba de falecer, enquanto a mãe permanece como uma grande empresária; mas se recusa a cuidar deste filho, argumentando que ele é doente, sendo humilhante para ela aproximar-se, dado que os avós paternos, em seu ponto de vista, socorrem, perfeitamente, os interesses do menor.

Ora, uma ação judicial, culminando com uma sentença transitada em julgado, poderá exigir o amparo da mãe. Ela poderá efetuar os pagamentos, mesmo não estando perfeitamente convencida, no seu âmbito interno, de que deva ser assim.

Estes pagamentos seriam jurídicos, mas não estariam de acordo com a consciência da obrigada.

Outro exemplo, agora bem mais ameno.

Um contribuinte não concorda em pagar um tributo.

Vai a juízo, e se verifica uma sentença contrária aos seus interesses. Passa, por conseguinte, a reluzir uma norma jurídica que precisa ser cumprida, mesmo que não haja o convencimento pessoal.

Creio, portanto, que, além do individual, é preciso tomar em consideração a coletividade.



Ora, sendo assim, a grave instabilidade por que passa o ordenamento jurídico brasileiro não parece compatível com o senso coletivo, que costuma ver, até na própria Constituição, algo que muda com uma frequência fulminante.

É ético que isto não ocorra.

Sobre a *teoria da coação*, reduzindo-se o direito à norma + coação, sendo o direito uma expressão efetiva de força, faço ponderar que a regra geral é a do cumprimento espontâneo das normas jurídicas.

De fato, ponderaria-se que a coação não seria efetiva, mas potencial, apenas se aplicando em última instância, como uma garantia do cumprimento da norma.

Mesmo sendo assim, e havendo uma potencialidade pela aplicação da força, como se justificar a sua utilização em face de normas dotadas de alta instabilidade, e ditadas, em hipótese, por interesses que não se confundem senão com os das empresas transnacionais (instituições financeiras, por exemplo), com origem fora do País.

Não se trata da heteronomia, ou do carácter, alheio ao indivíduo, das normas jurídicas.

Não se pode restringir, em um mundo globalizado, um raciocínio estanque em modelos passados, onde um direito posto por terceiros exige o seu cumprimento.

É preciso refletir se a instabilidade jurídica em Países como o Brasil, e em outros ainda mais desfavorecidos, não repercute um fenômeno que se não é novo na sua essência, parece novo em sua dimensão.

Também se poderia dizer que a juridicidade encontra-se em um certo quadro objetivo legal a que se impõem determinadas consequências.¹¹⁶⁰

¹¹⁶⁰ É o que MIGUEL REALE chama de “bilateralidade atributiva”. Nas suas palavras: “(...) há *bilateralidade atributiva* quando duas ou mais pessoas se relembram segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo. (...) *Bilateralidade atributiva* é, pois, uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo.” (Extraído de Lições Preliminares de Direito. 9ª ed, revista. São Paulo. Editora Saraiva. 1981, ps. 50-52).



Explicando melhor o que digo.

Imagine-se um senhor que é “cobrado” pela sua esposa na quantia referente aos trabalhos da manicure, a que ela pretende ir logo mais à tarde. Ele recusa entregar-lhe esta importância.

Mais adiante, ele dela se separa, e a mesma vem exigir-lhe, judicialmente, uma pensão, correspondente a um valor bem superior.

Note-se que a recusa de pagamento, na segunda situação, provoca consequências jurídicas tão gravosas, que podem chegar à perda da liberdade.

Ora, deposita-se, no quadro legal, o toque distintivo da norma jurídica.

Se assim, realmente, o for, é de causar espécie a instabilidade do direito tributário brasileiro, que se vê golpeado na sua essência.

A questão da ética não se limita a exemplos imaginados no campo do direito comercial ou do direito civil.

Portanto, preocupo-me, agora, novamente com o aspecto tributário.

Para isto, além de socorrer-me do que já foi dito no Capítulo que chamei de “*Segurança Jurídica, Liberdade e Elisão*”, faço destacar a necessidade cívica de pagar os tributos; o que, em nada, perturba os direitos individuais.

Falo em civismo porque se, de um lado, é legítimo ao cidadão-contribuinte não querer pagar tributos quando os mesmos não são devidos; por outro, não lhe é dada a alternativa de suprimi-los quando devidos, especificamente em uma democracia.

A questão é se lhe é dado escolher formas mais amenas de pagamentos, desde que não esteja cometendo fraudes ou outros tipos de abusos.

Admitindo esta possibilidade, a Companhia de Seguros J. ROTHSCHILD ASSURANCE costuma publicar, anualmente, uma espécie de guia tributário prático.



Trata-se de um catálogo de mandamentos para um planejamento tributário.

Seriam sete (7) os mandamentos:

1. Não economize tributos às custas de benefícios comerciais, não sendo aconselhável ter perdas financeiras nos negócios apenas para evitar os tributos.
2. Não cause infelicidade para si e para sua família, economizando tributos. Por exemplo, não emigre para um País que não aprecie.
3. Não planeje a longo prazo. O plano pode ser adequado no momento, mas pode deixar de sê-lo em face de uma futura legislação anti-elisiva antes de vir a ser completo.
4. Não relegue a sua segurança financeira futura. Por exemplo, não transmitindo todo o seu patrimônio para reduzir os tributos sobre sucessão.
5. Não faça esquemas inflexíveis. Pode ser preciso rever o planejamento em face das suas mudanças financeiras e da sua família. Além do mais, há as alterações do sistema tributário.
6. Não esqueça que a lei pode mudar. Por exemplo, o imposto de transmissão *causa mortis* é aplicado conforme a lei vigente ao tempo do falecimento, que não é necessariamente igual àquela aplicável quando em vida o “de cujus”.
7. Não separe rigidamente capital e renda. Um bom planejamento tributário deve envolver, por vezes, economia de renda e maiores gastos em capital. Tendo cada um a sua própria tributação, deveria-se tentar maximizar ambos após a incidência dos tributos.

Assim, defende-se a utilização de todas as deduções e benefícios possíveis segundo a lei, planejando-se, cuidadosamente, as datas das transações que se realiza.

Havendo benefícios fiscais, analisar os seus pontos positivos e os negativos, como, por exemplo, transferir a sede de uma empresa, ou a própria produção, evitando ações que venham a majorar os tributos a serem pagos.



CONCLUSÕES

“Pode-se dizer que, na história da teoria da justiça, desdobram-se três tendências fundamentais. Primeiro, foi ela vista como uma qualidade subjetiva, uma virtude ou hábito, tal como ficou expresso no lapidar enunciado dos jurisconsultos romanos, inspirados na tradição voluntarista de sua gente e nas lições da Filosofia estóica: vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu. Depois, com o predomínio das concepções naturalistas, a justiça passou a ser vista de forma objetiva, como realização da ordem social justa, resultante de exigências transpessoais imanentes ao processo do viver coletivo. Não há, porém, como separar a compreensão subjetiva da objetiva, consoante já o advertira PLATÃO, o senhor das intuições mais altas: ‘não pode haver justiça sem homens justos’. (...). Eis, por conseguinte, como e porque a justiça deve ser, complementarmente, subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ela instaura, porque esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores no processo dialógico da história”. (REALE, MIGUEL. Lições Preliminares de Direito. 9ª ed. Revista. São Paulo. Editora Saraiva. 1981’, ps. 371-372).

Esta foi mais uma oportunidade para discutir sobre os problemas do Brasil em um mundo onde tanto se fala em globalização, aliando aspectos jurídicos, econômicos e sociais.

Defendi que a alta rotatividade das normas jurídicas tem como um dos seus fatores, entre os mais importantes, os interesses das grandes empresas que pretendem um direito do trabalho “flexível”, um sistema tributário barato, empréstimos a juros baixos e reduzidos gastos com processos.

Ocorre que, mesmo nos dias de hoje, é justificável pretender um considerável grau de estabilidade para o direito, pois o imediatismo não traz boas recomendações, haja vista os exemplos práticos que foram demonstrados.



CONCLUSÕES



Em linguagem de síntese, a proposta em que insisto é a de um planejamento daquilo que se faz. Ou seja, no campo constitucional e no da legislação que lhe é subalterna, é preciso planejar as alterações e as suas conseqüências.

Mas, em meio à crise de valores que atravessa a civilização contemporânea, o Brasil vem crescendo, mas não se desenvolvendo na mesma medida.

Mudar freneticamente as normas jurídicas não vem sendo a solução para os vergastantes índices de violência de todos os tipos.

Lanço, nas dimensões do que foi investigado, o meu convencimento de que não podem ser desconsiderados, nas mudanças legislativas brasileiras, os interesses das grandes empresas internacionais, das potências estrangeiras e dos blocos econômicos hegemônicos, vindo tantas vezes em prejuízo da grande massa populacional autóctone.

Assim, preservar a identidade nacional, embora consciente da necessidade de algumas mudanças, é um imperativo para a melhoria da própria vida cotidiana.

Reformas tributárias, judiciárias, previdenciárias, estímulos fiscais, empréstimos a juros baixos e por longo prazo não condizem por si àquilo que chamei de desenvolvimento humano.

Bem ao contrário, pois se não houver um detido planejamento daquilo que se faz podem todas estas medidas não estarem mais do que servindo para a conquista de novos espaços em favor de um capitalismo em escala mundial, que se pode provocar integração e interdependência, também pode trazer fragmentação e antagonismo.

As necessidades de mercados cada vez maiores termina por criar vínculos precários e transitórios, parecendo-se que se está partindo para um “Mercado Máximo” com um “Estado Mínimo”.

O fenômeno intenso do capital especulativo, a velocidade nas comunicações e nos transportes terminou por tornar o mundo mais rápido, devendo-se tentar impedir que transforme as pessoas em *coisas descartáveis*.



CONCLUSÕES



Se esta suspeita paira em relação ao homem (ser humano), com mais razão pode atingir o direito, com Constituições e leis que dependam do humor e dos interesses mais imediatos desta nova ordem mundial, devendo-se combater a caracterização como inferiores das culturas que não se enquadrem nas economias das nações industrializadas.

São programas bem definidos de desenvolvimento que podem combater o gérmen fragmentário de uma globalização que acentue os desníveis econômicos, sociais e culturais.

Ampliar a população dos excluídos seria uma conseqüência terrível para países como o Brasil, que devem procurar reorientar o processo avassalador da globalização, tornando-o mais civilizado e humano.

Para isto, defendi que se aliem o desenvolvimento humano e a ética.

Neste contexto, estabilidade e segurança são requisitos fundamentais.

Convencido de que, atualmente no Brasil, todo o direito precisa ser ético, convoquei para que se pense a ética como um gênero que abarque duas espécies: a moral e o direito. Portanto, não trabalhei com uma linguagem de exclusividade, mas de predominância entre o que se pensa e o que se faz.

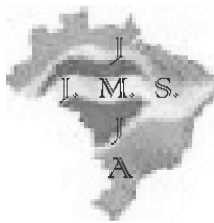
Para que isto tenha algum resultado, é preciso tentar retirar do valor econômico a categoria de o mais importante dos valores, “desvalorizando” os outros.

Isto exclui o homem, e o condena a uma imersão em crises de toda ordem, tal como fiz descrever (corrupção, impunidade, tráfico de drogas, desemprego galopante, poluição desenfreada, manipulação genética, desequilíbrios regionais, quebra de tradições com a imposição de valores externos, etc).

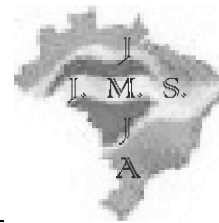
É a necessidade ética de se observar Constituições bem feitas, mas que servem, muitas vezes, de disfarces.

As “*Constituições disfarce*” tornam os Estados mais vulneráveis, e, dentro deles, as populações mais excluídas serão condenadas a uma versão moderna de escravidão.

O uso meramente simbólico das conquistas da tecnologia, e do direito, terminam, por exemplo, por permitir a vergonha da fome. Hoje em dia, já existem meios técnicos, e



CONCLUSÕES



mesmo normas jurídicas, para afastá-la do planeta. Contudo, dentro do atual sistema de dominação, ela não apenas continua, mas se aprofunda e se intensifica entre os territórios excluídos.

Logo, a deficiência mundial é ética e distributiva.

As buscas cegas dos lucros e do predomínio dos mercados precisam ser reorientadas mediante um paradigma jurídico estável. Se este não é o único caminho, ao menos, é um dos caminhos em um País onde grassa a democracia política.

Um atabalhado crescimento econômico, deixando poucos espaços para a melhoria dos padrões de vida, não permite o diálogo entre a globalização e os direitos humanos, tornando o direito, e as suas freqüentes alterações, não mais do que um disfarce.

Enfim, um Primeiro Mundo pressupõe a existência de uns tantos outros.

Aproximar os mundos. Eis um desafio para o próximo milênio. É preciso demonstrar o equívoco do convencimento geral de que, entre os valores, primeiro vem o dinheiro.

Via de regra, a supervalorização da economia acarreta o nanismo do desenvolvimento humano.

A *desvalorização de valores* que não o dinheiro é um dos principais fatores que, atualmente, provocam a violência, a corrupção e a fome.

Um mínimo de estabilidade para o direito é um caminho ético para este novo Estado.

Ocorre que, por vezes, ressalta-me a lembrança de que a realidade de cada País em particular, e particularmente a brasileira, mesmo em um mundo em processo de globalização, acarreta diferenças de posições que podem ser tão acentuadas que tornam difícil a apreensão das dificuldades e dos problemas que se enfrenta.

Em suma, planejar as mudanças não permite que elas sejam tão contínuas, de modo a violar o mínimo de estabilidade e segurança que se exige do Estado.



CONCLUSÕES



Por tudo isto, é preciso refletir se a instabilidade jurídica em Países como o Brasil, e em outros mais desfavorecidos, não repercute um fenômeno que se não é novo na sua essência, parece novo em sua dimensão.

Este espírito não impede, contudo, um certo otimismo realista. Foi dentro desta perspectiva que analisei o MERCOSUL, o Parlatino, a ALCA, etc.

Assim, questões como a da homogeneidade legislativa do ICMS (MERCOSUL), uma espécie de IVA de produtos e de serviços, foi analisada de um modo prático, não escondendo algumas sérias dificuldades de realização.

Pelo que penso, o ponto fundamental em favor de uma futura harmonização tributária parcial ou plena não está em saber se o IVA, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai seja um imposto de consumo, que permite a constituição de créditos quer pela compra e venda de bens, quer pela prestação de serviços em geral; e que o ICMS, do Brasil, seja uma espécie de IVA de produto, tendo, ao seu lado, o ISS (imposto sobre serviços) municipal, não podendo ser compensável com o mesmo. A questão é a de se é possível, na prática tributária brasileira, impedir a *guerra fiscal*, e se o Brasil, realmente, entende como necessária uma maior uniformização, em face das diferenças de tamanho das economias dos Estados-Partes do MERCOSUL, uniformizando os critérios de imposição e o volume de tributo imposto.

Nos termos do Tratado de Assunção, é conforme que se o interprete pela harmonização dos impostos sobre o consumo, pois detêm uma íntima conexão com a livre circulação de bens e com a coordenação de uma política fiscal entre os Estados-Partes.

O problema da tributação internacional sobre o mercado financeiro, como uma forma de contribuição efetiva para os Países mais pobres, também não passou em branco, embora perceba que a noção de solidariedade seja um tanto vaga em um mundo com fortes tradições egocêntricas e de guerras.

No campo da tributação humanitária, lanço duas entre as minhas reflexões:

1. A *tributação humanitária sobre o capital especulativo* não deveria, ou precisaria, deter uma alíquota elevada. Afinal, é tão alto o volume de dinheiro migrante, nas Instituições financeiras, que, mesmo uma alíquota pequena, provocaria uma arrecadação absoluta capaz de dar início a um efetivo combate à



CONCLUSÕES



miséria e à fome. Note-se que não se está, aqui, tentando substituir por políticas compensatórias a grave situação estrutural por que passa o mundo, ou substituir uma economia real por outra virtual. É que, por vezes, não basta ensinar a pescar, se não há tempo hábil para isto.

2. Para que uma conjunção de fatores concretos possa recuperar o otimismo na globalização, em Países como o Brasil, inclusive pela via da tributação internacional humanitária, é necessário a mídia. É importante que os meios de comunicação, uma área fundamental na sociedade de hoje, adote esta bandeira. Contudo, isto também não é fácil. Afinal, no Brasil, e provavelmente em todo o mundo, são uns poucos os que controlam as televisões e as rádios. E não provocaria surpresa que estes novos detentores de poder estivessem em desacordo com a iniciativa de uma *tributação internacional humanitária*.

Ainda no âmbito do capital financeiro, e agora mais particularmente quanto ao Brasil, entendo que a intensidade negativa da dependência remonta às suas características históricas, entre elas:

- a) não houve consulta ou outro tipo de autorização popular para a sua constituição;
- b) o Governo contratou uma dívida sob juros flutuantes, de acordo com a vontade dos banqueiros credores;
- c) o Governo vem assumindo as dívidas contraídas pelas empresas, por vezes, porque, sendo idéia dele que as empresas contraíssem empréstimos externos, para, depois, exportarem produtos manufaturados, com resultados comerciais suficientes para pagar as dívidas contraídas, tratou de avalisá-las. Logo, na hora do pagamento, a dívida já era estatal;
- d) nos últimos 15 (quinze) anos, os valores dos recursos enviados ao exterior são superiores aos que se recebe;
- e) na última renegociação, não houve auditoria pública (1999);
- f) os últimos empréstimos tomados pelo Governo têm o destino de pagar os juros dos empréstimos anteriores.



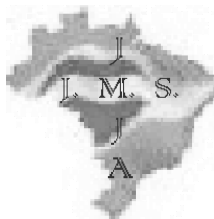
CONCLUSÕES



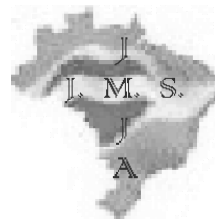
Assim, a dependência que decorre deste processo de endividamento termina por dificultar, ou mesmo impossibilitar, os investimentos nos setores de energia elétrica, transporte, saúde, capacitação profissional, entre outros. Na verdade, e reconhecendo que esta questão não diz respeito a um País isoladamente, computados os cerca de 126 bilhões de dólares pagos pelo Brasil desde o final de 1994 até o final de 1998, a título de juros e amortização do principal, algumas coisas poderiam ser feitas, tal como exemplifiquei, entre elas evitar o corte dos “*gastos sociais*”.

Entre 1995 e 1998, entraram, no Brasil, cerca de 66 bilhões e 537 milhões de dólares de investimentos líquidos estrangeiros. No mesmo período, 126 bilhões de dólares foram ao exterior, conforme os dados relativos à dívida externa brasileira disponíveis no Banco Central do Brasil.

Enfim, é importante destacar que nenhum País do mundo deve tornar-se excessivamente dependente de fluxos de recursos externos para financiar as suas contas externas, mesmo que na forma de investimento externo direto (IED). Independentemente de haver crises, não há a garantia de que estes investimentos continuarão existindo no volume necessário. No caso do Brasil, ainda há o problema da concentração destes investimentos em setores de bens não comercializáveis e as remessas de lucros e dividendos; o que confirma a idéia de que, a longo prazo, a expansão contínua de nossas exportações é algo fundamental.



**TÍTULO VI. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS**



TÍTULO VI

**AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA EXPERIÊNCIA
PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS.**



NOÇÕES PRELIMINARES.

“Segundo o entendimento dominante, as normas tributárias não têm carácter odioso, nem sequer excepcional. E, realmente, parece difícil defender a excepcionalidade, ou o carácter odioso, de normas de execução permanente, cuja normalidade é afirmada pela própria circunstância de serem indispensáveis ao funcionamento regular dos serviços públicos.” (MARTÍNEZ, Soares. Direito Fiscal. 9ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, p. 134)

Já se falou, anteriormente, e de forma minudente, sobre o princípio da segurança jurídica frente aos princípios constitucionais tributários; ou seja, legalidade, liberdade, irretroatividade, isonomia, anterioridade, anualidade, vedação ao confisco, devido processo legal, respeito aos direitos do contribuinte, etc.

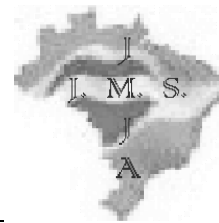
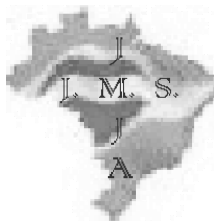
Agora, anuncia-se que a atual Constituição da República federativa brasileira adotou um sistema tributário rígido, no sentido de que, praticamente, tudo, no campo tributário nacional, possui área de contato com o Texto Constitucional.

Na verdade, desde o art. 145 até o art. 162, a Constituição da República brasileira dispõe sobre o que chamou de Sistema Tributário Nacional.

É o Capítulo I, do Título da “*Tributação e do Orçamento*” (Título VI, da Constituição).

Este Capítulo está dividido em seis Seções, a saber:

1. Dos Princípios Gerais;
2. Das Limitações do Poder de Tributar;
3. Dos Impostos da União;
4. Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal;
5. Dos Impostos dos Municípios;



6. Da Repartição das Receitas Tributárias.

Quanto aos Princípios Gerais, já discorri bastante sobre eles, logo no Título inicial.

Quanto às limitações do poder de tributar, também.

Apenas rememoro que, no Brasil, embora ainda existam uns poucos que se debatem sobre quais as espécies tributárias, atualmente, vigentes; o Supremo Tribunal Federal já pacificou a discussão, incluindo, também, as contribuições especiais (sociais, corporativas e interventivas. Vide o art. 149, da atual Constituição da República) e os empréstimos compulsórios entre os tipos de tributos brasileiros¹¹⁶¹.

Quanto à discussão sobre o espaço jurídico das leis complementares, lanço o leitor para o Capítulo onde dispus sobre o assunto, mais especificamente quando tratei da segurança jurídica e da legalidade.

Finalmente, quanto aos impostos estaduais, distritais e municipais, recorro de que a posição assente é a de que as medidas provisórias, como normas de exceção, mereceram interpretações restritivas, havendo consenso no sentido de que não caibam estas medidas senão quando prolatadas pelo Presidente da República.

Assim, não se fale em medidas provisórias expedidas por Governadores ou Prefeitos, inclusive porque são vinte e seis os Estados brasileiros, além do Distrito Federal - que possui personalidade bifronte, de Estado e de Município (art. 32, § 1º, da atual Constituição da República); e cerca de seis mil os Municípios.

¹¹⁶¹ Entre os muitos Acórdãos, referencio: **1.** “Adicional ao Frete para a renovação da marinha mercante – AFRMM – é uma contribuição parafiscal ou especial, contribuição de intervenção no domínio econômico, terceiro gênero tributário, distinta do imposto e da taxa (CF, art. 149). (...) RE 177137/Rio Grande do Sul. Ministro Relator CARLOS VELLOSO. DJ 18.04.97, p. 137878. Ementário Vol. 1865-05, p. 925. **2.** “Sendo as contribuições para o FINSOCIAL, modalidade de tributo, que não se enquadra na de imposto, segundo o entendimento desta Corte em face do sistema tributário da atual Constituição, não estão elas abrangidas pela imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, “d”, dessa Carta Magna, porquanto tal imunidade só diz respeito a impostos. Re 141715/PE. Rel. Ministro MOREIRA ALVES. DJ 25.08.95, p. 26031. Ementário Vol. 1797-05, p. 838.)



Enfim, sobre isto, há todo um Capítulo que chamei de “Medidas Provisórias. Estados, Distrito Federal e Municípios”, inserido no Título II, onde tratei da Segurança Jurídica no Estado de Direito brasileiro.

De tal ordem que falar em medida provisória tributária, dentro do federalismo brasileiro, é discutir se elas são possíveis no âmbito federal; ou melhor dito, se é juridicamente possível ao Presidente da República editá-las em se tratando dos tributos federais, quer seja imposto, taxa, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimo compulsório¹¹⁶².

De início, a doutrina constitucional brasileira quase que inteiramente respondeu que não, que não era possível empregar as medidas provisórias tributárias.

Chego mesmo a ousar dizer que grande parte dos operadores do direito, mais precisamente aqueles que não convivem, no dia a dia, com o direito tributário, acreditam que elas não estejam sendo utilizadas.

Isto porque a consciência tributária no Brasil, em regra geral, resume-se aos operadores do próprio direito tributário e a um sentimento, entre os leigos, de que são escorchantes os tributos nacionais.

Pessoalmente, penso que a carga tributária é pesada para quem a paga; e, para estes, cada vez mais; porquanto a evasão, estando próxima da ordem dos cinquenta por cento¹¹⁶³, e o Estado, precisando cada vez de mais recursos, costuma sair pelo caminho mais fácil: exige mais de quem já está pagando.

¹¹⁶² É importante observar que, nos termos da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, vedou-se expressamente a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Ocorre que, nos termos do art. 148, da Constituição de outubro de 1988, há a exigência de lei complementar para instituir empréstimos compulsórios visando atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência, etc. A conclusão, portanto, é a de que restou vedada a utilização de medida provisória para instituir empréstimos compulsórios.

¹¹⁶³ Informação repassada, em sessão histórica do Senado, pelo Secretário da Receita Federal, EVERARDO MACIEL. www.senado.gov.br. Vide, também neste sentido, a Ata da Vigésima Segunda Reunião da Comissão de Assuntos Econômicos, da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 51ª Legislatura, realizada em 07.08.2.001 – Senado Federal.



Pior do que isto, pois é o pequeno contribuinte, o assalariado, a classe média quem arca com a maior parte das despesas do Estado brasileiro.

Despesas estas sobretudo voltadas para o pagamento da dívida externa; mas isto merece o entorno do que já foi dito sobre as dificuldades de desenvolvimento em um mundo globalizado (Título V).

Neste sentido, são esclarecedoras, mas alarmantes, as observações do Senador PEDRO SIMON (Partido do Movimento Democrático Brasileiro – Rio Grande do Sul), quando, detalhadamente, analisa os números oficiais em meio à Vigésima Segunda Reunião da Comissão de Assuntos Econômicos (Ordinária), da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 51ª Legislatura, realizada em 07 de agosto de 2.001 – Senado Federal.

Com a palavra o Senador:

“O Sr. EVERARDO MACIEL (Secretário da Receita Federal) deixa claro que o Brasil perde um PIB – Produto Interno Bruto por ano por falta de controle da incidência tributária. Ele disse que as 530 (quinhentos e trinta) maiores empresas não-financeiras do Brasil não pagaram um centavo de Imposto de Renda em 1998; disse que, dos cem maiores pagadores de CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras, 48 (quarenta e oito) nunca declararam Imposto de Renda; disse, também, que, dos 66 (sessenta e seis) maiores bancos que tiveram uma receita bruta de 97 (noventa e sete) bilhões, 28 (vinte e oito) não pagaram nada de Imposto de Renda de pessoa jurídica; disse, ainda, que as oito maiores montadoras de automóveis faturaram, em 1998, 20 (vinte) bilhões, e pagaram Imposto de Renda de 31,74 (trinta e um vírgula setenta e quatro) milhões, ou 0,15% (zero vírgula quinze por cento) do faturamento. (...) Diante de dados como esses, que demonstram as dificuldades em que vivemos, concordo plenamente quando se diz que a carga tributária brasileira é muito alta. (...) É verdade que alguns pagam até demais. É o caso daqueles que estão sendo fiscalizados à toda hora, a todo instante, a todo momento.”¹¹⁶⁴

¹¹⁶⁴ Texto extraído da própria Ata da Sessão. Estes números podem ter sofrido alterações favoráveis à fiscalização e à arrecadação tributárias, por alguns fatores, dentre eles: a) a Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, alterando o Código Tributário Nacional, que dispôs sobre o imposto de renda, sobre a cláusula geral anti-elisiva, sobre a compensação de tributos, etc; b) a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que dispôs sobre o sigilo das operações de instituições financeiras,



NOÇÕES PRELIMINARES



Isto é assim não porque a Constituição predique; bem ao contrário, pois tantas vezes fala em progressividade, obediência à capacidade contributiva subjetiva, etc.

Isto é assim em face da chamada *lei do menor esforço*.

De fato, não se precisa de um novo Sistema Tributário para o Brasil; mas que se execute o Sistema existente.

Se Emendas Constitucionais de Reforma Tributária fossem a solução, ela já haveria ocorrido, pois cerca de cinco Emendas já foram promulgadas atingindo o Título Constitucional da Tributação. E ainda se fala em Reforma Tributária.

O que venho defendendo é que, no Brasil, diante da dificuldade de se executar uma persistente política de boa administração do Sistema Tributário, prefere-se mudá-lo incessantemente.

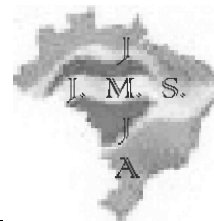
É, aqui, que aparecem as Emendas Constitucionais provisórias, as medidas provisórias, os impostos provisórios, as contribuições provisórias, etc.

Refiro-me não apenas ao famoso **IPMF** – imposto provisório sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, à **CPMF** – contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira; mas, também, ao, hoje, infelizmente, pacificado uso indiscriminado das medidas provisórias tributárias legais e infra-legais.

disciplinando o exame de documentos considerados indispensáveis pela autoridade administrativa, conservado o sigilo quanto aos resultados do exame; c) a Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001, que facultou a utilização da CPMF para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente. Em suma, sendo o Brasil uma Federação, o que exige autonomia financeira para 26 Estados, um Distrito Federal e cerca de 6.000 municípios, e havendo vários ideais conflitantes sobre os objetivos de uma eventual grande Reforma tributária (interesses da União, dos Estados, dos Municípios, dos contribuintes, da zona franca, etc), vêm pretendendo os Governos Federais que se sucedem formular ajustes de menor montante, argumentando que não cabe falar em um dia “D” para uma grande Reforma, sendo preferível, aos poucos, tentar ir moldando um sistema mais aperfeiçoado. Seria uma postura responsável frente aos gastos públicos.



NOÇÕES PRELIMINARES



Não me parece preciso conhecer o Brasil para verificar que o alto grau de instabilidade de tributos provisórios não é um adequado condutor senão de um encaminhamento atabalhado de recursos para o Tesouro Nacional.

Insisto em que o problema da provisoriedade não está na Constituição, mas no emprego, ao meu ver equivocado, que se faz dela.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE NORMATIVA - QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO BRASIL

Mais adiante, serão apresentados Quadros representativos do esquema normativo tributário atual e as principais alternativas de mudanças.

Este procedimento tem o objetivo de proceder com clareza diante da necessidade e das dificuldades de se construir um federalismo fiscal no Brasil.

Dentro deste método, serão expostos temas como: competência tributária, repartição de receitas, fontes normativas, estrutura da relação tributária, obrigação e crédito, ingressos públicos, aplicação da legislação tributária, números da “*guerra fiscal*” junto ao Supremo Tribunal Federal, etc.

QUADRO SINÓPTICO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Praticamente, todo o sistema tributário brasileiro está presente no Texto Constitucional. Portanto, é, na Constituição Federal, que se trava a primeira batalha de conquista de recursos públicos por parte de cada entidade federativa.

Evidentemente que, ao se falar em um sistema, não se pressupõe um conjunto caótico de proposições esparsas ou isoladas, mas se presume algo que faça sentido. Para isto, recupere-se a análise dos princípios apresentados no Título onde formulei uma visão constitucional dos mesmos.

É natural, contudo, que esta busca de harmonização às vezes depare-se com aparentes ou reais antinomias, que têm como critérios básicos de resolução: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

Alguns exemplos de antinomias: quando o art. 3º, do Código Tributário Nacional, ao conceituar o que seja o tributo no Brasil¹¹⁶⁵, afirma que a prestação tributária não se

¹¹⁶⁵ Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



confunde com sanção de ato ilícito, e este mesmo Código, no art. 113, § 1º, estatui, entre as obrigações tributárias principais, a “*penalidade pecuniária*”¹¹⁶⁶. Outro caso desta mesma natureza ocorre quando se depara o art. 5º, do Código Tributário Nacional, com os arts. 148 e 149, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, que previnem que, ao lado das três espécies tributárias tradicionais (impostos, taxas e contribuição de melhoria)¹¹⁶⁷, estão os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais. Ou mesmo quando o art. 4º, inc. II, do Código Tributário Nacional afirma que o destino do produto arrecadado é irrelevante para a fixação da natureza jurídica do tributo; enquanto o Parágrafo Único, do art. 148, do Texto Constitucional, dá a antever o contrário¹¹⁶⁸.

administrativa plenamente vinculada (art. 3º, Código Tributário Nacional). Este conceito infra-constitucional demonstra-se insuficiente, bastando lembrar de dois exemplos históricos. No regime constitucional anterior ao de outubro de 1988, as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios não eram considerados tributos. Quanto às contribuições sociais, veja-se o RE 148.754-2, Rio de Janeiro, quando o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o caso da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, negou-lhe a natureza tributária, porque o art. 43, da Carta anterior conferia ao Congresso Nacional competência para dispor sobre “*tributos*”, no inc. I; e sobre “*contribuições sociais*”, no inc. X, este último acrescido pela Emenda Constitucional nº 08/1977 (conhecida como *Pacote de abril*). Se as contribuições sociais detivessem natureza de tributo, a Emenda Constitucional não teria sentido, ao referi-las em dispositivo diverso daquele onde se referia aos tributos. Quanto aos empréstimos compulsórios (terminologia criticada em face de desnaturar o instituto civil do empréstimo ou do mútuo, quando, na verdade, promove uma adaptação entre o direito privado e o público), na vigência da Constituição anterior, preferiu o Supremo Tribunal Federal concluir que existiam dois tipos deles, um com natureza tributária (art. 21, § 2º, inc. II) e o outro destituído desta mesma natureza (art. 18, § 3º). O primeiro deteria natureza tributária porque a ele se aplicava, segundo o Texto expresso da Constituição, “*as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do direito tributário*”. O segundo implicaria em um mero exercício de competência federal.

¹¹⁶⁶ Veja-se, também, o que predica o art. 182, § 4º, inc. II, da Constituição brasileira de outubro de 1988, que prevê, como um desestímulo contra os terrenos urbanos baldios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, a título de pena. Note-se que a expressão “*sob pena de*” foi a utilizada no Texto Constitucional, havendo, contudo, quem encontre no termo não uma sanção, mas algo cuja natureza jurídica é incerta.

¹¹⁶⁷ No art. 145, a Constituição da República Federativa brasileira, sem adotar uma preocupação didática ou classificatória, tratou de estimular o debate acadêmico, ao apenas se dirigir aos impostos, às taxas de serviço e de polícia e à contribuição de melhoria.

¹¹⁶⁸ Diz o art. 4º, inc. II, do Código Tributário Nacional que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la a destinação legal do produto da sua arrecadação. Assim procede porque, sendo o objeto do direito



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Mais um exemplo de antinomia: o art. 98, do Código Tributário Nacional dispõe que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna”, e o art. 49, inc. I, do Texto Constitucional, atesta a necessidade de ratificação congressional, por decreto legislativo.

E o sistema tributário brasileiro não se confrontaria apenas com as digitadas antinomias, pois a própria tipologia dos tributos vem sendo constantemente posta em discussão, tal como já foi demonstrado.

Para alguns, os tributos brasileiros seriam apenas os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria, na esteira classificatória do art. 145, da Constituição da República Federativa brasileira e do art. 5º, do Código Tributário Nacional. Os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais ou não seriam tributos, ou então estariam enquadrados na classificação originária, com natureza jurídica de impostos ou de taxas.

Para outros, entre os quais me incluo, além destes tipos jurídicos, teriam-se outros tipos autônomos: os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.

Não se pense que esta seja uma questão de mero deleite intelectual, ou simplesmente retórica, pois:

a) diz o art. 146, inc. III, al. “a”, da Constituição da República Federativa brasileira, sobre a necessidade de lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente em relação aos *impostos* nela discriminados, quanto aos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Logo, se as contribuições especiais forem impostos, estariam submetidas a esta exigência de lei complementar; o que redundaria em uma série de inconstitucionalidades;

b) diz o art. 150, inc. VI, da mesma Constituição, sobre a imunidade dos impostos em variadas situações. Ora, se as contribuições especiais forem impostos, as pessoas e as

tributário o tributo, um tipo de receita, não se interessaria este ramo jurídico com a forma ou o destino da despesa, pois esta matéria ultrapassaria a sua fronteira, partindo-se para o direito financeiro, que dispõe sobre receita, despesa, orçamento e crédito público (especiais, adicionais e extraordinários).



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



situações ali previstas também as atingiriam; o que, igualmente, provocaria uma série de inconstitucionalidades.

Em suma, analisar a tipologia tributária nacional, significa voltar os olhos sobre o que e como pode haver a arrecadação. Significa discutir, portanto, saúde, educação, saneamento básico, segurança pública, organização judiciária, etc.

Bastariam estas observações para se concluir que, quanto melhor se perceba este liame íntimo entre a teoria e a prática, mais habilitado se estará para resolver as lides constantes que se demonstram prontas para aprofundamento.

Quanto à repartição das receitas tributárias, que, tecnicamente¹¹⁶⁹, poderia pertencer a um Capítulo autônomo e distinto do Sistema Tributário Constitucional brasileiro, também constitui um assunto sobre o qual cabe esclarecer.

De fato, são duas as formas de partilha destes recursos:

- a) direta – percentuais fixados pela própria Constituição Federal, tal como ocorre com os 50% (cinquenta por cento) do imposto federal sobre a propriedade territorial rural – ITR, que pertencem aos Municípios onde os imóveis estão situados (art. 158, inc. II); ou com os 50% (cinquenta por cento) do imposto estadual sobre a propriedade de veículos automotores, que pertencem aos Municípios do licenciamento (art. 158, inc. III), etc;
- b) indireta – formada por Fundos Constitucionais, tais como os de Participação dos Estados (FPE), os de Participação dos Municípios (FPM) e os de fomento das regiões menos desenvolvidas do Brasil, a Norte, o Nordeste e o Centro-Oeste. Nos termos do Parágrafo Único, art. 161, do Texto Constitucional, é o Tribunal de Contas da União quem efetua o cálculo das cotas referentes a estes Fundos de participação; o que procura evitar ou reduzir a ingerência de uma política menor e de mesquinha oportunidade. Procurando robustecer critérios objetivos de distribuição de recursos, dificultando a corrupção, e estimulando o adimplemento entre as pessoas políticas é que, atualmente, o art. 160, da Constituição Federal, está assim redigido: *“É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos*

¹¹⁶⁹ Isto porque versa sobre as relações entre as pessoas políticas que constituem a Federação brasileira, não dizendo respeito, ao menos diretamente, à relação entre o contribuinte ou o responsável tributário e o Fisco.



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. Parágrafo Único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e aos Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias. (Nova redação do Parágrafo Único dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 17.03.1993)”

Enfim, feitas estas reflexões, cabe detalhar sobre a distribuição das diferentes espécies tributárias (tributos), que observa critérios constitucionais, tal como se vê a seguir:

UNIÃO FEDERAL					
I. Impostos			II. Taxas e Contribuição de Melhoria (art. 145, II e III, CF /88)	III. Contribuições Especiais (art. 149, CF /88)	IV. Empréstimos Compulsórios (art. 148, CF /88)
A) Competência Ordinária (art. 153, I/VII, CF /88)	B) Competência Extraordinária (art. 154, II, CF /88)	C) Competência Residual (art. 154, I, CF /88)	Competência Comum	- Sociais (art. 195, I/III e § 4º, CF /88) - Interventivas - Corporativas	
- Importação de produtos estrangeiros (I.I) - Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (I.E) - Renda e proventos de qualquer natureza (IR) - Produtos industrializados (IPI) - Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativos a títulos ou valores imobiliários (IOF) - Propriedade Territorial Rural (ITR) - Grandes fortunas, nos termos da lei complementar (I.G.F)			Na iminência ou no caso de guerra externa, a União pode instituir impostos compreendidos, ou não, em sua competência tributária.	Impostos não cumulativos, e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na CF /88. Exercida através de lei complementar.	

ESTADOS E DISTRITO FEDERAL		
I. Impostos (art. 155, CF /88)	II. Taxas e Contribuições de Melhoria (art. 145, II e III, CF /88)	III. Contribuição cobrada de seus servidores para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social (art. 149, Par. Único, CF /88)
- Transmissão <i>causa mortis</i> e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCM/D) - Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS)	Competência Comum	



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA)		

MUNICÍPIOS		
I. Impostos (art. 156, CF /88)	II. Taxas e Contribuições de Melhoria (art. 145, II e III, CF /88)	III. Contribuição cobrada de seus servidores para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social (ART. 149, Par. Ún., CF /88)
- Propriedade predial e territorial urbana (IPTU) - Transmissão <i>inter vivos</i>, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direito à sua aquisição (ITBI) - Serviços de qualquer natureza, não compreendidos no ICMS, definidos em lei complementar (ISS)	Competência Comum	

A Repartição compulsória das Receitas Tributárias, na Federação brasileira, assume um aspecto importante ao reduzir os espaços da *guerra de influências*, e, de algum modo, põe em destaque a necessidade de se atenuar o grande desequilíbrio regional.

Apesar disto, os Produtos Internos Brutos do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste têm sofrido uma brusca redução. Em 1996, o PIB destas três Regiões atingia cerca de 23,4% (vinte e três vírgula quatro por cento) do PIB brasileiro. Esta participação vem diminuindo. Em 1998, foi a 22,6% (vinte e dois vírgula seis por cento). Somando-se estas três Regiões, tem-se 42,74% (quarenta e dois vírgula setenta e quatro por cento) da população brasileira.¹¹⁷⁰

Portanto, os debates sobre as novas iniciativas constitucionais para a diminuição dos desequilíbrios regionais continuam. Aqui, destacam-se duas Propostas de Emendas Constitucionais, que aumentam os recursos destinados às Regiões mais pobres do Brasil, sendo estas as principais características de mudança:

¹¹⁷⁰ Dados extraídos do Jornal do Senado. Ano VII, nº 1.371, Brasília, 1º.10.2001, ps. 1 e 3.



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



1. tornam-se permanentes o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia e o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste;
2. aumenta-se o percentual de receitas tributárias destinadas ao financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. A Proposta eleva de 47% (quarenta e sete por cento) para 48% (quarenta e oito por cento) a parcela do produto da arrecadação do Imposto de Renda – IR e do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI componente dos Fundos Constitucionais (art. 159, inc. I, als. “a”, “b” e “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988);
3. o percentual decorrente deste aumento amplia de 3% (três por cento) para 4% (quatro por cento) a parte relativa aos Fundos de financiamento do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste, ficando 1% (um por cento) para o Norte, 1% (um por cento) para o Centro-Oeste e 2% (dois por cento) para o Nordeste, permanecendo a destinação da metade destes recursos nordestinos para o semi-árido.

Eis o Quadro atual da Repartição das Receitas Tributárias brasileiras:

REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS		
UNIÃO	ESTADOS E DISTRITO FEDERAL	MUNICÍPIOS
• O Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, quando cobrado na fonte, dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pertencem a estas próprias Pessoas políticas. • 47% do Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e do Imposto sobre produtos industrializados são encaminhados para os Fundos de Participação dos Municípios, dos Estados e de Desenvolvimento das Regiões menos desenvolvidas do Brasil (Norte, Nordeste e Centro-Oeste). • O Imposto sobre operações de câmbio, créditos, seguros, títulos e valores mobiliários, quando incidentes sobre o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial, é repartido 70% para o Município de origem e 30% para o Estado, Distrito Federal ou Território de origem. • 50% do Imposto sobre a propriedade territorial rural são destinados ao Município de origem.	• 25% do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior pertencem aos Municípios do Estado, à razão de, no mínimo, $\frac{3}{4}$ em face do valor adicionado; e, no máximo, $\frac{1}{4}$ em face de lei estadual, salvo se se tratar de Território federal, onde a lei será federal. • 50% do Imposto sobre a propriedade de veículos automotores são destinados ao Município de matrícula.	



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS		
UNIÃO	ESTADOS E DISTRITO FEDERAL	MUNICÍPIOS
20% do exercício da competência residual tributária da União devem ser destinados aos Estados e ao Distrito Federal.		

(*) Observe-se, também:

- desvinculação de receitas de impostos e contribuições sociais da União – Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2000;
- aplicação de recursos mínimos para a saúde – Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000;
- fundo de combate à erradicação da pobreza – Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000.

⁽¹⁾ Vide, ainda, Repartição das Receitas Tributárias (arts. 157/162, da Constituição da República Federativa do Brasil)

⁽²⁾ Por **CF/88**, entenda-se: Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988

QUADRO SINÓPTICO DOS IMPOSTOS DO BRASIL

O Texto Constitucional, em face de os impostos serem tributos de competência privativa, ao menos em períodos ordinários, procura distinguir positiva e negativamente cada um deles. Positivamente, porque aponta a pessoa política competente; e, negativamente, porquanto exclua as demais, que, acaso não respeitem o comando, atuarão em invasão de competência (inconstitucionalidade).

Note-se, portanto, que a competência ordinária privativa obedece a esta linha de raciocínio, fortalecendo a Federação. Afinal, a União precisa respeitar Estados e Municípios, não havendo hierarquia interna entre eles. Contudo, em casos de guerra externa e de iminência de guerra externa, é a própria Constituição que autoriza, extraordinariamente, à União a utilizar bases econômicas que, em períodos ordinários, não lhe pertencem.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Não se pense, contudo, que o fato de a Constituição atribuir a uma pessoa política competência para legislar, só por isto signifique que o produto da arrecadação fique com ela própria. Como já foi visto, não é assim.

É o Texto Constitucional que dispõe sobre as variadas maneiras de repartir as receitas tributárias, tal como ocorre com o imposto de renda – IR, o imposto sobre produtos industrializados – IPI, o imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR, o imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior – ICMS; estes dois últimos da competência estadual.

Impostos de Competência Federal

DENOMINAÇÕES	BASES DE INCIDÊNCIA	FATOS GERADORES	BASES DE CÁLCULO	CONTRIBUÍNTES
CF/88, art. 153, inc. I CTN, arts. 19/22 IMPORTAÇÃO (II)	Produtos de procedência estrangeira	Entrada de mercadoria no território nacional, arrematação	Peso/quantidade. Valor	Importador, arrematante de mercadoria abandonada
CF/88, art. 153, inc. II CTN, arts. 23/28 EXPORTAÇÃO (IE)	Produtos nacionais ou nacionalizados	Saída de produto do território nacional	Peso/quantidade valor	Exportador
CF/88, art. 153, inc. VI CTN, arts. 29/31 PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL (ITR)	Imóvel, por natureza, fora da zona urbana do município	Propriedade, domínio útil, posse	Valor fundiário	Proprietário, titular do domínio, possuidor
CF/88, art. 153, inc. III CTN, arts. 43/45 RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA (IR)	Disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e proventos	Aquisição da disponibilidade	Montante real, arbitrado ou presumido	Titular da disponibilidade
CF/88, art. 153, inc. IV CTN, arts. 46/51 PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)	Produtos industrializados	Desembaraço aduaneiro, saída do estabelecimento, arrematação	Preço normal + II + encargos; valor da operação; preço corrente	Importador, industrial, comerciante, arrematante da mercadoria abandonada



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



DENOMINAÇÕES	BASES DE INCIDÊNCIA	FATOS GERADORES	BASES DE CÁLCULO	CONTRIBUENTES
CF/88, art. 153, inc. V CTN, arts. 63/67 OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS (IOF)	Operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários	Entrega de moeda nacional ou estrangeira, emissão de apólice e a emissão, transmissão ou resgate de títulos ou valores mobiliários	Montante da obrigação ou moeda, prêmio, valor nominal ou cotação em bolsa e o preço	Qualquer das partes, conforme a lei estabelecer
CF, art. 153, VII GRANDES FORTUNAS (IGF)	Grandes fortunas, conforme definido em lei complementar	Propriedade das grandes fortunas	Valor do patrimônio considerado grande fortuna	Declarante proprietário das grandes fortunas

Impostos de Competência Estadual

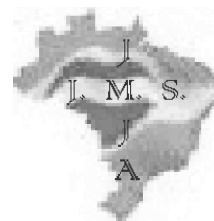
DENOMINAÇÕES	BASES DE INCIDÊNCIA	FATOS GERADORES	BASES DE CÁLCULO	CONTRIBUENTES
CF, art. 155, I, a TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS (ITD)	Bens ou direitos transmitidos por herança ou doados	Transmissão <i>causa mortis</i> e doação	Valor dos bens ou direitos	Herdeiro, legatário ou donatário
CF, art. 155, I, b CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE TRANSPORTES E COMUNICAÇÃO (ICMS)	Mercadoria nacional e estrangeira, alimentação e bebida e transporte interestadual e intermunicipal e comunicação	Saída ou entrada no estabelecimento e fornecimento por bares e similares e prestação dos serviços	Valor da operação, valor de transação + II + IPI + despesas aduaneyras e preço dos serviços	Comerciante, industrial, importador ou arrematante e prestador dos serviços
CF/88, art. 155, inc. I, c PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA)	Veículos automotores	Propriedade do veículo	Valor venal ou preço de venda ou de arrematação	Proprietário de veículo ou arrematante

Impostos de Competência Municipal

DENOMINAÇÕES	BASES DE INCIDÊNCIA	FATOS GERADORES	BASES DE CÁLCULO	CONTRIBUENTES
CF/88, art. 156, inc. I CTN, arts. 32/34 PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA (IPTU)	Imóvel por natureza ou por acessão física, na zona urbana do município	Propriedade, domínio útil e posse	Valor venal	Proprietário, titular do domínio e possuidor
CF, art. 156, II TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS (ITBI)	Bens imóveis e direitos relativos a imóveis	Transmissão da propriedade e cessão de direitos	Valor venal dos bens e direitos	Adquirente dos bens e direitos



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



CF/88, art. 156, inc. III SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISS)	Serviços	Prestação de serviços	Preço do serviço	Prestador de serviços



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



INGRESSOS PÚBLICOS

Todo o ser humano, para que sobreviva, precisa atender a algumas necessidades. Dentre elas, existem as vitais, ou seja, aquelas que, acaso não atendidas, provocam o próprio perecimento da vida. Outras, embora não sejam tão básicas, quando do não atendimento acarretam desequilíbrios com prejuízo da saúde (física, mental, social). Há, ainda, aquelas de mero deleite.

A graduação, no entanto, em concreto, varia em tempo e espaço. Certas indumentárias, em determinadas circunstâncias, são imprescindíveis à sobrevivência. Em uma guerra química, o traje é essencial à vida. O mesmo traje, no entanto, constituiria-se em um estorvo profundamente indesejável em situação de normalidade.

Quando tais necessidades assumem um caráter coletivo, resta saber se cabe, ou não, ao particular supri-las por si mesmo, ou se a tarefa ultrapassa o limite individual.

Para a satisfação das necessidades, é fundamental agir, que se realize uma atividade. Caso o dinheiro seja utilizado como o meio imediato para o suprimento da necessidade, tem-se a atividade financeira. Caso bens em espécie realizem esta função, tem-se a atividade econômica.

Também o Estado, para realizar, direta ou indiretamente, os serviços públicos precisa agir.

Daí, diz-se que a atividade financeira do Estado compreende a sua despesa e a sua receita. Mas não é só. É necessário que se preveja a captação e a aplicação dos recursos a serem obtidos. Portanto, envolve, também, o orçamento. E, finalmente, o crédito público, incluindo, com isto, todos os haveres do Estado, quer de natureza tributária, quer não.

Assim, caberá ao direito financeiro regular a atividade financeira. Caberá ao direito financeiro dispor sobre receita, despesa, orçamento e crédito público.

Diante deste enfoque, surge transparente a não identidade entre ele e o direito tributário, pois, a este último, cabe, tão somente, dispor sobre receita, e, ainda assim, somente a tributária, que é aquela decorrente dos tributos alocados pelo Estado em função do seu poder de soberania.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Isto não quer dizer que esteja o direito tributário destituído de autonomia, pelo fato de o seu objeto estar inserido no do direito financeiro. Afinal, ele possui princípios que lhe são peculiares, e também detém institutos próprios, como o do lançamento; isto sem que se afaste a existência do seu conceito de tributo¹¹⁷¹.

Também não deve deixar de ser mencionada a presença, lado a lado, no art. 24, inc. I (competência concorrente), da Constituição da República Federativa brasileira, do direito tributário e do direito financeiro. Para quem entenda o direito tributário como um sub-ramo do financeiro, sobressaltaria a redundância.

O fato de o art. 24, inc. I, do Texto Constitucional, apenas referir-se à União, aos Estados e ao Distrito Federal, não afasta a competência dos Municípios para instituírem tributos, pois é o que se extrai do art. 30, inc. III, do mesmo Diploma.

Feita esta distinção, cabe prosseguir dizendo que, em direito, como em Ciência das Finanças, é inadequado fazer coincidir o conceito de receita com o de ingresso ou entrada, pois, se toda receita é um ingresso, nem todo ingresso é uma receita.

Pode-se afirmar ser a receita uma espécie de ingresso não restituível. Logo, a entrada ou o ingresso seria um gênero, enquanto a receita seria uma espécie deste gênero¹¹⁷².

Assim, se uma receita é pública, isto significa que não pertence, individualmente, a ninguém. É coisa pública, porquanto seja de toda a sociedade.

¹¹⁷¹ O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966), no seu art. 3º conceitua o tributo. A Lei nº 4.320/17.03.1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e o controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, também. Diz a Lei nº 4.320/64, em seu art. 9º: “*Tributo é a receita derivada, instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições, nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.*”

¹¹⁷² Nos termos da Lei nº 4.320/64, a classificação das receitas obedece ao seguinte esquema (art. 11, § 4º): a) receitas correntes (tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, serviços, transferências correntes, outras); b) receitas de capital (operações de crédito, alienação de bens, amortização de empréstimos, transferências de capital, outras).



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Logo, não é de um governo; mas da sociedade que ele representa. Nenhum governo é dono da coisa pública, porém, apenas, o seu gestor. Administrar não é mais do que aplicar a lei de ofício.

Várias são as classificações propostas para as receitas públicas. Veja-se as duas mais importantes, ao menos, em um ponto de vista de generalizada aplicação no Brasil:

I. Receitas originárias e receitas derivadas.

- a) as receitas originárias são aquelas obtidas pelo Estado sem o exercício de poderes de autoridade. Daí, serem, também, conhecidas como de direito privado ou de economia privada. Como exemplos, podem ser citadas aquelas provenientes de prescrições em favor do Estado e os preços¹¹⁷³;
- b) as receitas derivadas são as obtidas pelo Estado com o exercício de poderes de autoridade. Daí, serem, também, conhecidas como de direito público ou de economia pública. Como exemplos, podem ser citadas aquelas provenientes dos tributos, das penas pecuniárias e das reparações de guerra.

II. Receitas ordinárias, extraordinárias e especiais.

- a) receitas ordinárias são aquelas normais, permanentes. Decorrem dos recursos comuns sob permanente disposição;
- b) receitas extraordinárias são aquelas de carácter transitório. Decorrem da obtenção de recursos fora do que se tem por normalidade. Isto não quer dizer que, necessariamente, sejam imprevistas. O imposto extraordinário chega a ter sede na Constituição da República Federativa brasileira (art. 154, inc. II);
- c) receitas especiais são aquelas que apenas podem ser empregadas em serviços especiais e sob prévia determinação. Sendo receitas marcadas pela especialidade,

¹¹⁷³ Classificação dos preços: quase privados - são os comuns nas transações normais, porém vinculados a empresas estatais; públicos - são os que cobrem os custos sem qualquer finalidade de lucro; políticos - são os que ficam aquém dos custos, o que leva o Estado à promoção de subsídios.



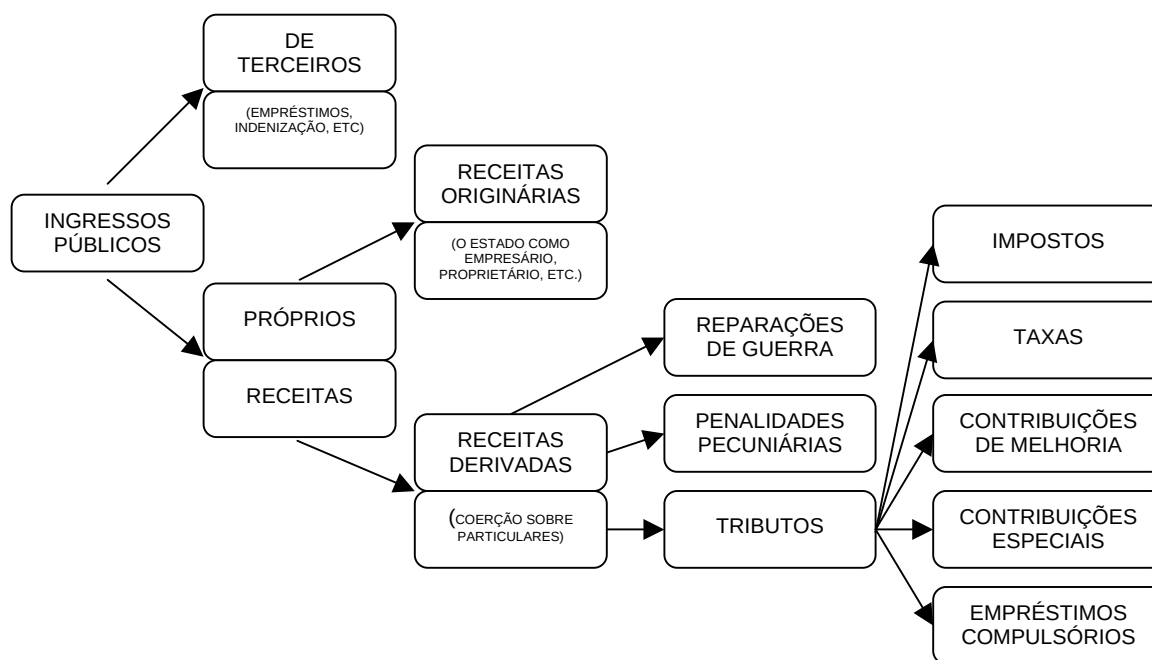
CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



não se confundem, dizem os partidários desta classificação, com as ordinárias e com as extraordinárias. Logo, uma receita ordinária poderá ser, perfeitamente, também especial.

Outras classificações chegam a ser propostas, porém limito-me às que entendo como as mais divulgadas.

Embora a receita tributária seja o principal fator de encaminhamento de recursos para os cofres públicos, há outros, que estão exemplificados adiante:





FONTES NORMATIVAS E INTERPRETAÇÃO

O termo “*fonte*” é daqueles que permitem várias acepções. Por exemplo, “*fonte*” como o órgão produtor de normas jurídicas; ou “*fonte*” como a própria norma produzida, etc.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 96, diz que “a *legislação tributária compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.*”

Quanto às leis. *Lei* é um conceito de direito positivo, portanto variável em espaço e tempo.

A Constituição da República Federativa brasileira de outubro de 1988, ao tratar das espécies legislativas, percorre um sentido amplo da expressão lei, falando em: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções.

Também as Emendas Constitucionais, porquanto inseridas na Constituição, que é a Lei Maior, podem ser entendidas, neste sentido lato, como lei.

Assim, a Constituição, como a fonte primária das normas jurídicas, tem de ser vista com a máxima seriedade, e, nestes termos, aplicada.

Mas, também, há um sentido estrito para o vocábulo lei.

Em sentido estrito, lei é a ordinária, a complementar e a delegada.

Entretanto, com a antipatia, não se interpreta, apenas ataca-se, não cabendo antipatizar qualquer espécie normativa “*a priori*”.

Quanto aos Tratados e as Convenções internacionais. O art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa brasileira, diz: “*Os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela*



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Embora reconhecendo a polêmica, partidarizo-me entre aqueles que interpretam o dispositivo ultra no sentido de que, para o ingresso destas normas no direito interno, há todo um procedimento legitimante, previsto no próprio Texto Constitucional.

É matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional; logo, desenvolvida por decreto legislativo, deliberar sobre todos os Tratados, e não apenas sobre aqueles acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, sem que haja exceção (art. 49, inc. I c/c art. 84, inc. VIII, ambos constitucionais).

Esta conclusão detém uma particular importância junto à efetividade dos acordos brasileiros com o Fundo Monetário Internacional. Não cabe o entendimento de que estes acordos não devam ser submetidos ao Congresso ou porque uma autorização original supriria a autorização para cada acordo feito, ou porque se presume que eles jamais são gravosos ao Brasil.

Insisto em dizer que o Congresso Nacional deve ser um personagem ativo nas relações internacionais brasileiras, cabendo ser revistas as posições em contrário.

Portanto, ultrapassada a necessária etapa congressional, o Presidente da República, por decreto, determina o seu cumprimento.

É só nestes moldes que o art. 98, do Código Tributário Nacional¹¹⁷⁴ deve ser interpretado, sob pena de ser havido como inconstitucional.

Mais: o art. 151, inc. III, da Constituição da República Federativa brasileira, ao vedar a União a instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, assim o prescreve tanto para a sua atuação enquanto pessoa de direito público interno, quanto para quando atue como pessoa de direito internacional.

Se, eventualmente, entender-se que isto é inconveniente ou inoportuno, que se altere a Constituição, esclarecendo as exceções. Enquanto isto não ocorrer, as engenharias

¹¹⁷⁴ Código Tributário Nacional, art. 98: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



jurídicas de evasão, defendendo as desonerações heterônomas, mais não passam de esforços por escrever uma nova Constituição sem que detenham legitimidade democrática para tanto.

Quanto aos decretos. No direito positivo brasileiro, só existem, e nisto afasta-se a procedência dos decretos autônomos, os decretos regulamentares. Afinal, é a própria Constituição que isto informa no art. 84, inc. IV: “*Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.*”

Decretos para a fiel execução das leis.

Contudo, embora dela discorde, referencio a corrente que conclui pela existência de regulamentos autônomos no Brasil, sem que com isto vislumbre incompatibilidade com o princípio da legalidade tal como disposto na Constituição nacional.

O art. 99, do Código Tributário Nacional, dispõe sobre o conteúdo e o alcance dos decretos em direito tributário, dizendo: “*O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei.*”

De fato, em direito tributário, com mais razão, confere-se a existência tão só de decretos regulamentares. Porém, a efeito de interpretação sistemática, cabe cogitar do art. 237, também do Texto Fundamental, que, de algum modo, carrega consigo uma evidente sutileza: “*A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.*”

Quanto à normas complementares. O art. 100, do Código Tributário Nacional, dispõe sobre elas¹¹⁷⁵, imediatamente integrado pelo art. 103 (prazos de vigência).

¹¹⁷⁵ Atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A observância destas normas exclui a imposição de penalidades, a cobrança e juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Os Convênios destacam-se entre elas.

Através deles, pretende-se uma maior eficácia na arrecadação e na fiscalização, mediante uma prática mais eficiente de troca de informações entre as pessoas políticas.

O art. 34, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também, previu os Convênios, mas com outra finalidade, dizendo: *“Se, no prazo de sessenta dias, contados da promulgação da Constituição (05.10.1988), não for editada lei complementar necessária à instituição do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior - ICMS, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975 (dispõe sobre convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias) fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”*

De fato, a Lei Complementar requisitada só veio anos depois. Assim, dado não ter havido a promulgação da Lei Complementar necessária, advieram Convênios, provisórios, para tratar de um assunto imprescindível para a manutenção dos Estados e, com isto, da própria Federação, com destaque para o Convênio nº 66/14.12.1988.

Não é preciso dizer que a demora provocou uma série de demandas judiciais, naturalmente provocando redutores de receitas.

Finalmente, quanto à doutrina, hoje em dia, não mais a ela pode ser atribuída a categoria de fonte formal do direito. Contudo, grande é a sua importância para a formação do intérprete, pois contribui, inclusive, para manter em bases mais consistentes e menos arbitrárias as decisões judiciais.

Quanto à jurisprudência, aqui entendida como as decisões dos Juízes, como decorrem da aplicação de normas, implicam em criação de novas normas, porquanto, ao menos, concretizam o que estava um tanto em abstrato. Individualizando o que se encontrava genérico, neste sentido, é fonte formal do direito.

Evidentemente que, para aplicar as normas jurídicas, faz-se imprescindível refletir sobre a interpretação das mesmas.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Há quem defenda que, no direito, não há lacunas lógicas; podendo haver, contudo, lacunas axiológicas, tema que já foi exposto minudentemente.

Dito de outro modo, o direito costuma fornecer uma solução para os casos concretos. Mas nem sempre a solução parece ser a mais justa. Daí, a corrente do *apriorismo filosófico*, por exemplo, embora reconhecendo a possibilidade de lacunas de valores, reafirmar que, pelo princípio da liberdade, tudo aquilo que não está proibido, está permitido; não havendo a necessidade de lei para a autorização (direito privado).

Entretanto, ao se falar em integração do direito, pressupõe-se a sua descontinuidade, dado que não se integra algo que já está íntegro. Este é o campo da analogia, estando vedada a analogia por extensão. Afinal, não se pode criar tributo sem lei (princípio da legalidade estrita ou da tipicidade cerrada).¹¹⁷⁶

Sobre a permissão, no direito positivo brasileiro, de novas formas de interpretações, tais como a econômica (1), que defende que o que importa, na interpretação da norma tributária, é o conteúdo econômico do fato gerador, o que pode servir a regimes totalitaristas; e a funcional (2), que defende que são quatro os elementos na interpretação da norma tributária, o técnico, o político, o econômico e o jurídico, vale dizer que, no Brasil, a posição majoritária vai no sentido de que, em nome da tipicidade cerrada, também chamada de legalidade estrita, não se encontra guarida para elas nem mesmo nos arts. 109 e 110, ambos do Código Tributário Nacional¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁶ O anteprojeto do Código Tributário Nacional foi fruto do trabalho mais direto de exímios juristas brasileiros, RUBENS GOMES DE SOUZA, GILBERTO DE ULHÔA CANTO e de GERSON DA SILVA. A respeito da analogia, RUBENS GOMES DE SOUZA, propunha a seguinte classificação: 1. *Analogia por compreensão*. É, aqui, onde encontrava espaço para as listas de serviços, que, embora sejam consideradas exaustivas, utilizam expressões como “*e congêneres*”. De fato, a legislação municipal integrativa (ISS) pode resolver este problema, especificando o que se deva entender a este título. 2. *Analogia por extensão*. Proibida no direito tributário brasileiro. Veja-se o que o Código Tributário Nacional expõe sobre a analogia: “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I- a analogia; II- os princípios gerais do direito tributário; III- os princípios gerais de direito público; IV- a equidade. § 1º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. (...)”

¹¹⁷⁷ Código Tributário Nacional, arts. 109 e 110: “Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos. Art. 110. A lei tributária não pode alterar a



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Se é possível à Fiscalização descobrir que um contrato de comodato, em realidade, encobre um de locação, não se trata de fugir ao formalismo da lei, mas apenas de evitar que o Fisco venha a ser enganado.

Se a Constituição utiliza a expressão *salário* (art. 195, inc. I, al. “a” e art. 156, inc. II)¹¹⁷⁸, já prevista anteriormente na Consolidação da Legislação Trabalhista - CLT, graças à subsunção normativa não se pode alterar a legislação sub-constitucional, invertendo estes conceitos, sob pena de se estar mudando a própria Constituição, sem a obediência do quórum qualificado, nem tampouco observando a competência constitucional para a alteração.¹¹⁷⁹

Quanto à possibilidade de interpretação literal, prevista no art. 111, do Código Tributário Nacional¹¹⁸⁰, na verdade o que se pretende é dizer que, quando alguém não paga

definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

¹¹⁷⁸ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) II- transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição. (...) Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I- do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, na forma da lei, incidentes sobre: a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício (...).”

¹¹⁷⁹ Ainda sobre a interpretação econômica, vale observar mais dois artigos no Código Tributário Nacional, a saber: “Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I- da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II- dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos. (...) Art. 126. A capacidade tributária passiva independe: I- da capacidade civil das pessoas naturais; II- de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios; III- de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.”

¹¹⁸⁰ Código Tributário Nacional, art. 111: “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I- suspensão ou exclusão de crédito tributário; II- outorga de isenção; III-



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



um tributo, outro por ele deverá estar pagando. Assim, as desonerações não devem ser interpretadas de forma extensiva. Afinal, as normas de exceção devem ser interpretadas não como regra; mas como exceções.

Quanto à orientação de que *as leis claras* não devem ser interpretadas, isto não parece proceder, dado que para se concluir que algo é claro, primeiramente, há a necessidade de se interpretar. Ocorre que se a lei é efetivamente clara, ao se reproduzi-la com outras palavras, corre-se o risco de tornar confuso algo que anteriormente não o era. De fato, a afirmativa de que a lei clara não se interpreta retirar do Poder Judiciário a margem de discricionariedade, graças à desconfiança que este Poder chegou a trazer consigo em meio à população e ao Poder com jaez napoleônico.

Creio, como já afirmei em outro sítio, que, para se interpretar uma lei, é preciso passar por três estágios: o da literalidade, o do sistema e o teleológico ou finalístico. Afinal, não se conhece um artigo se a sua leitura for isolada das demais normas e do mundo social.

Enfim, refiro-me às principais *normas jurídicas* que dispõem sobre o direito tributário no Brasil.

FONTES PRIMÁRIAS	FONTES SECUNDÁRIAS
1. Constituição e Emendas Constitucionais 2. Leis Complementares 3. Tratados e Convenções Internacionais 4. Leis Ordinárias 5. Leis Delegadas 6. Medidas Provisórias 7. Decretos Legislativos 8. Resoluções do Senado (vide o art. 59, CF/88)	1. Atos Normativos expedidos pelas Autoridades Administrativas 2. Decisões de Órgãos Singulares ou Coletivos de Jurisdição Administrativa a que a Lei atribua Eficácia Normativa 3. Jurisprudência dos Tribunais 4. Doutrina 5. Práticas reiteradamente observadas pelas Autoridades Administrativas 6. Convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 7. Decretos Regulamentadores (vide arts. 96 e ss, CTN/66)

dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.” A posição majoritária da jurisprudência brasileira não aplica este dispositivo aos casos de imunidade.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA

No ramo jurídico tributário, prevalecem as normas de ordem pública, cogentes. Isto porque a sua natureza é predominantemente pública.

Ora, sendo o objeto do direito tributário a receita tributária, a obtenção desta receita dá-se através da utilização do poder de império do Estado, do poder de soberania.

Isto não significa, contudo, que possa o Estado extraí-la de uma maneira qualquer do contribuinte. Não pode.

Faz-se necessário, em um Estado Democrático de Direito, que atue nos exatos limites da lei. Encontra-se vinculado aos mandamentos legais, não podendo violar as limitações existentes, pois, se assim o fizesse, agiria arbitrariamente.

Logo, se o particular encontra-se jungido ao pagamento de um tributo, apenas o estará dentro dos limites da legalidade. E o ordenamento jurídico precisa deter proporcionalidade em face dos princípios. Logo, também os princípios, quer os expressos, quer os implícitos, devem ser observados pelo Estado.

No direito brasileiro, como exemplo, o contribuinte tem a si assegurado o direito de propriedade privada (art. 5º, inc. XXII), não cabendo ao Estado, por regulação subconstitucional, emboscá-lo. No entanto, também, o contribuinte tem o compromisso de cumprir com a sua propriedade uma função social (art. 5º, inc. XXIII), não a deixando improdutiva, pois, se a carga tributária apresentar-se elevada em função deste motivo, seria farisaico pensar-se em violação do direito de propriedade.

Assim, a relação jurídica tributária tem por sujeito ativo o Estado, e por sujeito passivo o contribuinte ou o responsável tributário, ambos sob a Constituição; e, como objeto, o tributo.

Em seguida, um modelo tradicional para representar, simbolicamente, a obrigação entabulada entre o sujeito ativo da relação tributária e o passivo. Note-se que, como “Estado”, não se deve considerar, apenas, as pessoas políticas titulares de poderes legislativos (União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal), pois, no Brasil, há um

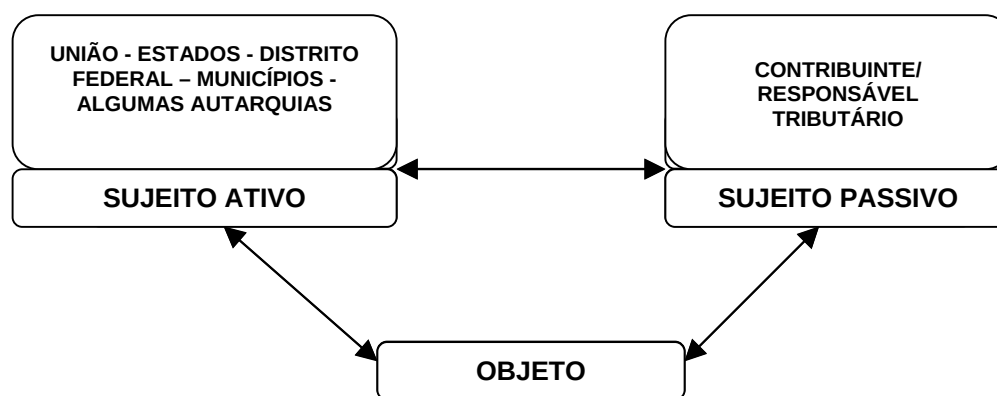


CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



especial realce para algumas autarquias, entre elas o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

Na verdade, a importância da arrecadação da seguridade social recebe posição de destaque no orçamento.



OBRIGAÇÕES E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

Aqui, o referencial básico é o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966). O esquema, portanto, procura reproduzi-lo de maneira simples e compreensível.

Pela superioridade do interesse público, mas nos termos da lei, deve-se começar a refletir sobre as peculiaridades da relação obrigacional tributária.

Por isto, não causam espanto conclusões que apontem o ingresso do conceito de obrigação, em direito tributário, como uma forma de se evitar uma inconveniente situação de fato, não limitada pelo direito.

A relação que se estabelece em função do tributo é, antes de mais nada, jurídica; mas não se confunde com o direito privado.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Obedecendo o tributo um regime de direito público, toda a sua análise destaca a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Contudo, se é verdade que o interesse público é indisponível, e se encontra em posição de supremacia frente ao do particular, não é menos verdade que pode haver coincidência entre o interesse público e o do cidadão.

Além do mais, em que pese esta característica, não se deve dizer que o princípio da igualdade entre o cidadão e o Estado encontra-se irremediavelmente afastado, dado que, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, “caput”, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988), o exercício do Poder Soberano impõe a si mesmo a necessidade de observar os limites da lei.

Quanto a isto, conta-se que um certo general romano, quando em guerra com os latinos, fixou uma linha a partir da qual nenhum dos seus soldados poderia ultrapassar, sob pena de morte. Ocorre que o seu filho dileto, o mais corajoso, aquele por quem ele despertava maior estima, violando o comando do pai, pegou em armas e se lançou, sozinho, ao combate com o inimigo. Saiu vitorioso, trazendo consigo os sinais da proeza. Esperava o filho que o pai lhe elogiasse a coragem. Ocorre que, previamente, já se havia estabelecido que aquele que ultrapassasse o limite deveria ser punido com a pena capital. E assim se fez. Daí, concluiu-se que aquele que tem o poder de fazer a lei, também deve suportá-la, independente das conseqüências.

Em suma, o Estado deve suportar a lei que faz através dos mecanismos democráticos – democracia direta ou indireta, dado que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, Parágrafo Único e art. 14, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988).

Feitas estas breves lembranças, passe-se ao tratamento que o direito positivo brasileiro atribuiu à obrigação tributária.

Primeiramente, pode ser dito que toda obrigação é “*ex lege*”, ao menos no sentido do que foi disposto no art. 5º, inc. II, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*”



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Em direito tributário, apenas não cabe aquela obrigação contraída mediante acordo de vontades¹¹⁸¹. Cabe, porém, a decorrente de ato ilícito (1) e proveniente diretamente da lei (2).

Diz o art. 113, do Código Tributário Nacional que a obrigação tributária pode ser principal ou acessória¹¹⁸².

A principal implica em obrigação de dar: a) pagamento de tributo; b) pagamento de penalidade pecuniária.

Extingue-se juntamente com o crédito que dela decorre. (art. 113, § 1º, Código Tributário Nacional).

A acessória implica em obrigação de fazer ou de não fazer, que importem no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos (§ 2º, art. 113). Exemplos: emissão de nota fiscal; apresentação da declaração de imposto de renda; registro da empresa no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ, etc.

Questão, também, de relativa importância transparece no § 3º, do art. 113, do Código Tributário Nacional.

Afinal, em direito tributário, o acessório segue o principal ou nele se converte?

De acordo com o dispositivo tributário, caso não seja cumprida a obrigação acessória, ela converte-se em principal; ou melhor, em uma espécie de obrigação principal: penalidade pecuniária.

¹¹⁸¹ Código Tributário Nacional, art. 123: “Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

¹¹⁸² Código Tributário Nacional, art. 113: “A obrigação tributária é principal ou acessória. § 1º. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. § 2º. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3º. A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária.”



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Para alguns, a conversão é apenas aparente, pois a inadimplência faria surgir uma nova obrigação principal, e restaria inadimplida a acessória.

É de se advertir, também, que o Código Tributário Nacional admite débitos sem responsabilidade e vice-versa¹¹⁸³.

Assim, é possível que haja coincidência entre o contribuinte e o responsável pela dívida; mas também são possíveis outras situações:

- (1) quando o contribuinte, simplesmente, sai da relação; por exemplo, em face da sua morte, permanecendo apenas o responsável;
- (2) quando o contribuinte permanece na relação, estando o responsável na condição de:
(2.1.) solidariedade ou de (2.2.) subsidiariedade.

Sobre a responsabilidade tributária, está, basicamente, disciplinada entre os arts. 128 e 138, e no art. 121, inc. II, do Código Tributário Nacional. Este instituto pretende satisfazer as necessidades do Estado, diminuindo a sonegação, e simplificando, com isto, a arrecadação. Existe, no Brasil, ao menos desde a vigência do Código Tributário Nacional, que é de 1966.

Na responsabilidade tributária poderá haver a exclusão do contribuinte (substituição), ou o contribuinte poderá permanecer na relação, ficando o terceiro com responsabilidade subsidiária ou solidária.

O Código Tributário Nacional distingue três tipos de responsabilidades:

1. por sucessão (imobiliária, pessoal e empresarial);

¹¹⁸³ Algo que não ocorre apenas no direito tributário. Veja-se estes dois exemplos: 1. dívida prescrita. Aqui, embora o credor não disponha de ação para compelir o devedor, acaso o mesmo, por uma questão moral, decida pagar o débito, não poderá, posteriormente, voltar atrás na sua iniciativa; pois, apesar de não haver a responsabilidade, existia o débito; 2. o da situação jurídica do fiador. Neste caso, embora o fiador de contrato de locação não haja contraído o débito, tem a responsabilidade de pagá-lo, solidária ou subsidiariamente com o locatário, a depender do tipo de locação.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



2. de terceiros. Havendo solidariedade destes para com o contribuinte, inclusive para com as conseqüências moratórias, não incluindo, contudo, as demais penalidades. É, também, possível a responsabilidade pessoal de terceiros, desde que tenham desobedecido a lei ou o contrato social, com excesso de poderes¹¹⁸⁴;
3. por infrações¹¹⁸⁵. Quanto ao tributo, quem o paga é o próprio contribuinte; quanto à penalidade, quem a paga é o responsável pela infração, salvo se estiver cumprindo ordens explícitas, ou o descumprimento decorrer de imperícia, imprudência ou negligência, quando se deverá ponderar se houve culpa “*in eligendo*” ou “*in vigilando*” do contribuinte.

É também de ser dito que se é possível falar em responsabilidade da parte do sujeito passivo da relação tributária, também o é em relação ao Estado, desde que se comprove o nexo causal (responsabilidade objetiva). Assim ocorre dado que ao Estado cabe suportar a lei que elaborou.¹¹⁸⁶

Parece-me equivocado o entendimento de que só haja direito adquirido ao crédito, e não ao débito. Também há direito adquirido do devedor ao seu débito, não podendo o credor exigir licitamente algo diverso daquilo que seja efetivamente devido.

Cabe, então, destacar a chamada *substituição tributária para frente*, dado que a “*para trás*”, já ficou evidenciada na responsabilidade por sucessão.

Ela está prevista, no atual Texto Constitucional, no art. 155, § 2º, al. “b”, e no art. 150, § 7º. Existe, ao menos, desde o Código Tributário Nacional, em nome da

¹¹⁸⁴ Código Tributário Nacional, art. 135: “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I- as pessoas referidas no artigo anterior; II- os mandatários, prepostos e empregados; III- os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

¹¹⁸⁵ Código Tributário Nacional, art. 136: “Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

¹¹⁸⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 37, § 6º: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



praticabilidade, reduzindo a sonegação e simplificando a arrecadação. Há quem defenda que ela viola vários princípios constitucionais.

Há os opositores a isto, assumindo a constitucionalidade do instituto, não apenas pelas suas antigas origens no direito brasileiro, mas também porque se entende que não há violação ao princípio da tipicidade; afinal, além do ICMS, a antecipação do pagamento do tributo ao fato gerador nem de longe surgiu com a Emenda Constitucional nº 03/março de 1993, que alguns pretendem, nesta parte, inconstitucional, por defenderem a existência de violação ao princípio da isonomia.

De fato, o mesmo já ocorre com o imposto sobre a transmissão “*inter vivos*” (ITBI), cujo pagamento é anterior ao registro do imóvel, sendo com o registro que se opera, no direito brasileiro, a transferência da propriedade imobiliária (1); com o imposto de exportação, cujo pagamento antecede a exportação (2) e com a taxa judiciária, que é paga antes da efetiva prestação do serviço jurisdicional (3), etc.

Sobre a não cumulatividade, bastaria que o ICMS, imposto mais atacado judicialmente neste tópico, não incida em cascata, para, assim, restar atendida mais esta exigência.

Quanto a ferir o princípio da isonomia, por violação à capacidade contributiva, e, por isto, afrontar cláusula pétrea, considera-se nisto um excesso, concluindo que a tamanha litigiosidade em torno do ICMS, em parte, deve-se ao fenômeno da inflação e à alta taxa de juros, que exigiram uma nova postura diante do dinheiro. E tempo é dinheiro.

Feitas estas observações em torno da obrigação tributária, passe-se ao crédito tributário.

Aqui, é de se cogitar sobre o conceito do que seja o *lançamento*.

O Código Tributário Nacional diz, no art. 142¹¹⁸⁷, que o lançamento é um “*procedimento*”; e diz que é um “*ato*”, no art. 150¹¹⁸⁸, que trata do lançamento por homologação. Não resolve, portanto, a discussão.

¹¹⁸⁷ Código Tributário Nacional, art. 142: “*Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo*”



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



O fato é que o lançamento tem uma dupla natureza jurídica, pois declara a obrigação e constitui o crédito tributário.

São três as suas modalidades:

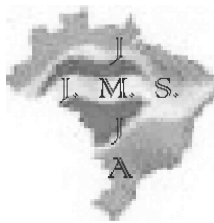
1. por declaração do contribuinte. Bastaria ao contribuinte declarar o fato – art. 147, do Código Tributário Nacional;
2. de ofício pela Administração – art. 149, do Código Tributário Nacional. É o que ocorre com os autos de infrações e com o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU);
3. por homologação. Aqui, o contribuinte declara o fato e faz incidir o direito, ficando à espera de uma futura homologação, expressa ou tácita, por parte do Fisco. Trata-se de uma forma de exercício de um dever de cooperação mediante a autoavaliação do contribuinte, de modo a quantificar a obrigação tributária. Evidente que não se impede a avaliação administrativa posterior. É, na prática, a modalidade mais comum de lançamento tributário.

Na primeira e na segunda modalidades, o prazo decadencial começa a ser computado desde o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; ou da data em que se torne definitiva a decisão que anulou o lançamento por vício formal (art. 173, do Código Tributário Nacional)¹¹⁸⁹.

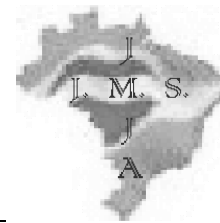
tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, porpor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo Único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

¹¹⁸⁸ Código Tributário Nacional, art. 150: “O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. § 1º. O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. (...) 4. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

¹¹⁸⁹ Código Tributário Nacional, art. 173: “O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados: I- do primeiro dia do exercício seguinte àquele



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Diferentemente, no caso do lançamento por homologação, o prazo decadencial começa a ser contado a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional)¹¹⁹⁰.

Para aqueles que entendem que o lançamento é um ato administrativo, feita a notificação ao contribuinte, encerra-se o prazo decadencial, começando a fluir o prescricional, que se interrompe, nos termos do art. 174, Parágrafo Único, do Código Tributário Nacional¹¹⁹¹. Há, também, quem admita que o prazo decadencial flua até o termo final para o pagamento (vencimento).

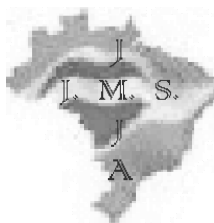
No entanto, para aqueles que defendem que se trata de um procedimento administrativo, faz-se necessário que a Administração Pública decida não apenas a reclamação, acaso interposta; mas também o recurso administrativo ainda dentro do prazo decadencial, sob pena de perda do direito de constituir o seu crédito no tempo aprazado (art. 173, do Código Tributário Nacional).

O assunto é intrincado, mas considero que esteja recheado de conteúdo ideológico, sendo conveniente para o Estado ter início o prazo prescricional no mais breve lapso possível, porquanto a sua demora não irá voltar-se contra ele próprio, dado que o prazo prescricional interrompe-se por qualquer ato judicial ou administrativo (Parágrafo Único, art. 174, do Código Tributário Nacional).

em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II- da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo Único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido intimada a constituição do crédito tributário, pela notificação, ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

¹¹⁹⁰ Código Tributário Nacional, art. 150, § 4º: “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

¹¹⁹¹ Código Tributário Nacional, art. 174: “A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo Único. A prescrição se interrompe: I- pela citação pessoal feita ao devedor; II- pelo protesto judicial; III- por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV- por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Enfim, o problema real é o de decidir contra quem deva correr a demora.

Quanto às modalidades de lançamento, como já foi dito, são três.

Uma diretamente ligada ao Estado. É o lançamento de ofício, tal como ocorre com as autuações, embora não seja delas privativo (ex. IPTU).

Uma ligada ao contribuinte e à Administração, com um caráter misto. Quando o contribuinte declara os fatos, cabendo à Administração Pública fazer incidir a norma sobre eles, chegando, assim, a um resultado quanto ao valor do que seja devido.

A terceira modalidade é aquela onde o próprio contribuinte declara o fato e o direito, realizando o pagamento ao Fisco. A este, no entanto, caberá homologar, expressa ou tacitamente, o que foi feito. Se ficar calado, entende-se que houve a homologação. Caso contrário, verificando alguma irregularidade, lança de ofício o valor devido. É o chamado lançamento por homologação, cujo fato gerador é o marco para o prazo decadencial (art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional).

Quanto às garantias e privilégios do crédito tributário, deve-se ter em conta que estar em débito com o Fisco deve provocar consequências negativas para o devedor, do contrário estaria estimulada a inadimplência:

- a) o art. 186, do Código Tributário Nacional: *“O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho”*;
- b) o art. 193, do Código Tributário Nacional: *“Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do distrito Federal ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que contratante ou porponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre”*;
- c) o art. 195, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988: *“A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”*.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Enfim, a Administração tributária envolve a fiscalização, havendo um enorme interesse dos contribuintes, particularmente das empresas, por obter certidões negativas e as equivalentes às negativas; o que é permitido se o crédito do Fisco não se encontrar vencido; ou, havendo a cobrança, estiver realizada a penhora; ou, ainda, se a exigibilidade do mesmo encontrar-se suspensa¹¹⁹².

Adiante, vai um Quadro-resumo do que foi exposto, aliando as hipóteses de suspensão, de extinção e de exclusão de exigibilidade do crédito tributário:

¹¹⁹² Código Tributário Nacional, art. 206: “*Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.*” Ver, também, a Súmula nº 38, do extinto Tribunal Federal de Recursos: “*O Certificado de quitação e de regularidade de situação não pode ser negado, se o débito estiver garantido por penhora regular.*”



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



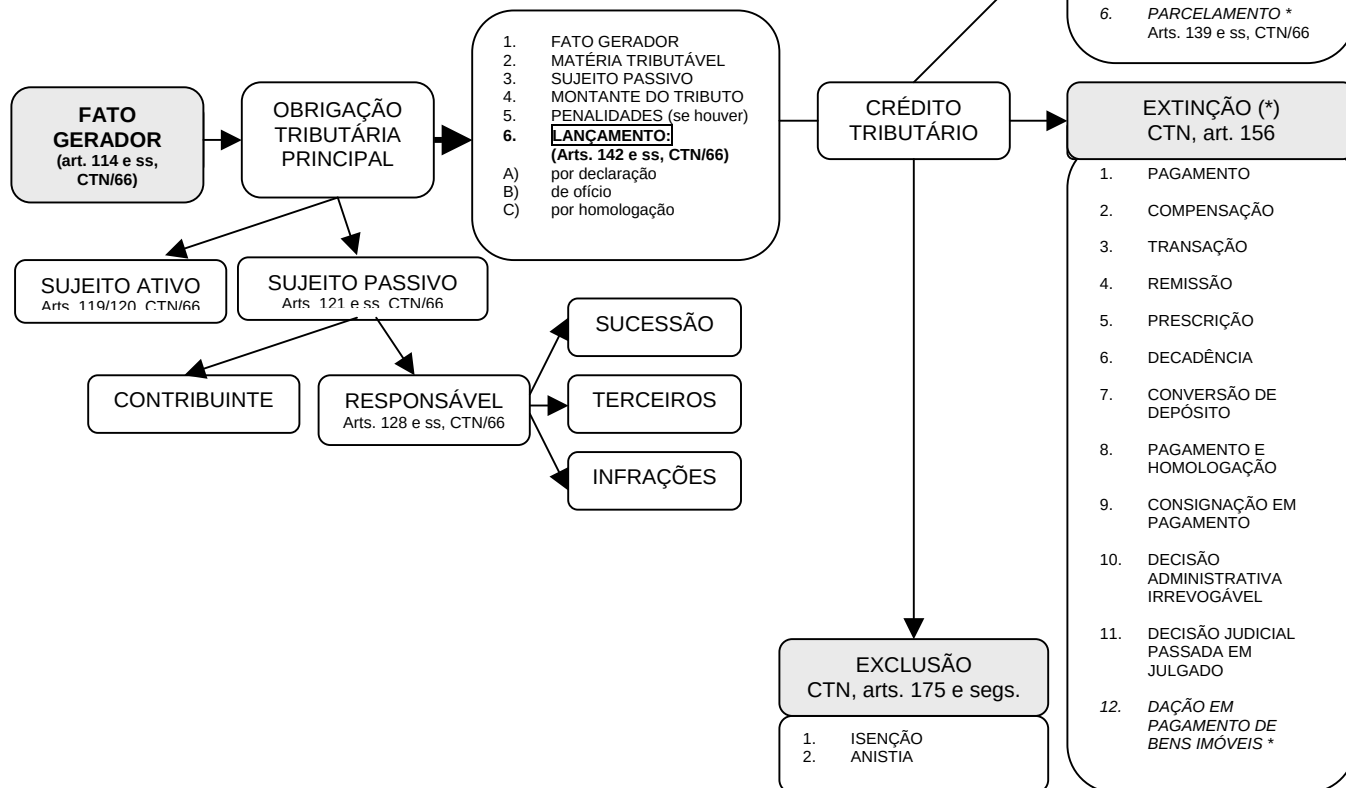
NOTAS(*):

1. CTN – Código Tributário Nacional

2. As hipóteses de **suspensão** e **extinção** do crédito tributário foram ampliadas pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, conforme a redação a seguir:

"**Art. 151.** *Suspendem* a exigibilidade do crédito tributário: (...) **V** - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; **VI** - o parcelamento.

Art. 156. *Extinguem* o crédito tributário: (...) **XI** - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incisos incluídos pela LC nº 104, de 10.1.2001).



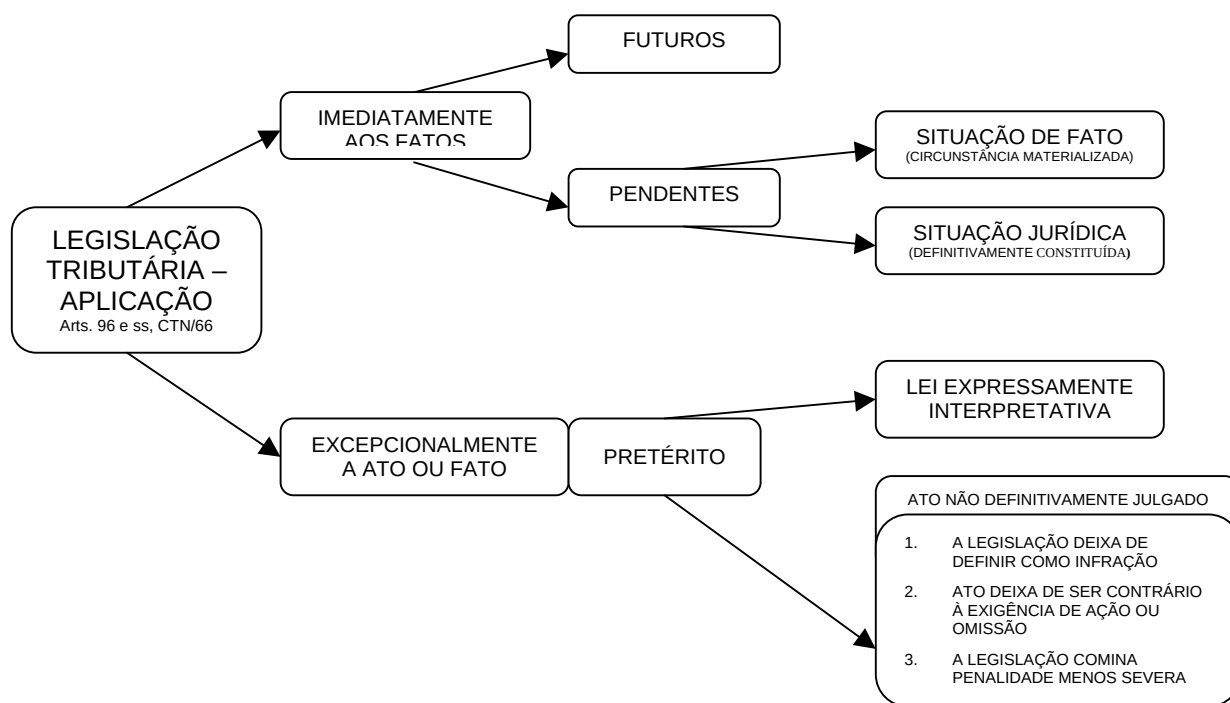


CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

Um dos problemas que já procurei desenvolver em outro Título foi o da aplicação da lei no tempo. O Código Tributário brasileiro fornece este esboço no desenvolvimento dos seus artigos (arts. 105-106). Aqui, procurei reproduzi-los em linguagem gráfica.





**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



GUERRA FISCAL

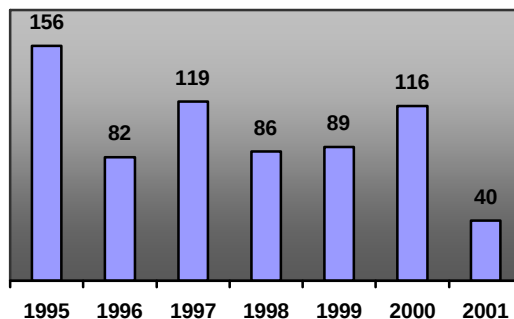
ADINS – MEDIDAS CAUTELARES JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Um dos destaques nas pelepas jurídicas desenvolvidas entre os Estados-membros é o tema dos incentivos fiscais. De um lado, alguns Estados argumentam pelo caráter predatório da disputa. Por outro, dizem que, mesmo não havendo uma arrecadação direta das empresas, só o fato de elas nele se instalarem implica em novos empregos e maior ativação do mercado, com a conseqüente arrecadação futura.

Também se apresenta o forte argumento de que uma empresa não se instala em um local apenas pelo componente tributário, havendo outros fatores decisivos, como: estradas para transporte, mão de obra especializada e barata, mercado consumidor próximo, etc.

Estes confrontos terminam no campo de batalha do Supremo Tribunal Federal, mediante a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade. Provavelmente, para resolver esta rivalidade, bastasse aplicar uma Lei de 1975, a Lei Complementar nº 24/07.01.1975 (Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências).

Este é um dos assuntos mais melindrosos da área fiscal brasileira, pois diz respeito à própria organização interna do Estado.



Fonte: Secretaria de Informática do Supremo Tribunal Federal
Dados coletados até 17 de junho de 2001



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Com a posição do Supremo contra os incentivos fiscais, os estados concentraram, definitivamente, a guerra fiscal em cima de ADINS, derrubando benefícios dos rivais.

Ainda sobre a “guerra fiscal”, cabe dizer que, antes de se falar em guerra, é preciso comentar iniciativas que, pelo menos por algum tempo, foram bem sucedidas.

Exemplo disto foi a Campanha “*Todos com a nota*”, realizada no Estado de Pernambuco, e veiculada no mundo jurídico através do Decreto estadual nº 20.250/19.12.1997.

A aplicação deste Decreto passou a idéia de que é possível aliar o direito tributário, com o incremento da arrecadação do Estado, pela via do ICMS, a uma maior eficiência nas políticas sociais. Isto sem que se possa esquecer da importância que tem a criação de um hábito praticamente inexistente, que é o de exigir a Nota Fiscal.

Para isto, propôs-se, no Decreto, estímulos, tais como: sorteios semanais programados, ingressos em eventos esportivos, culturais e educacionais realizados exclusivamente para a Campanha e premiação com brindes durante estes eventos (art. 2º, § 4º, do Decreto).

Foi flagrante o aumento de público nos estádios de futebol, e o ânimo com que as emissoras de rádio pediram, e com sucesso, que o pernambucano “*peça a nota*”.

Na Campanha, também se pretendeu realizar um trabalho de educação tributária junto às escolas públicas; e as escolas particulares não deveriam deixar passar a oportunidade de ensinar cidadania aos seus alunos.

Como se vê, nem tudo era guerra entre os Estados.

Mais: entre as notícias lançadas na INTERNET pelo Governo do Estado de Pernambuco, encontrava-se que, aos 03 de março de 1998, dois auditores mineiros



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



estiveram em Recife para acompanhar o cruzamento de informações de entrada e de saída de mercadorias feitas por contribuintes pernambucanos e mineiros.¹¹⁹³

Assim, foi realizada a checagem dos dados repassados por contribuintes do ramo de estivas (escolhido em face da elevada sonegação fiscal). Disse o Chefe do setor de operações do Departamento de mercadorias em trânsito (DMT), da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, que existiam suspeitas de que *“algumas mercadorias que saíram de Minas Gerais com destino a Pernambuco, não entraram no Estado.”* Acrescentou, afirmando que *“houve casos em que a nota escriturada no destinatário em Pernambuco diverge em quantidade e valor da nota fiscal escriturada pelo emitente em Minas Gerais.”* Portanto, Pernambuco e Minas Gerais agindo em comunhão de esforços.

Infelizmente, no entanto, buscando fomentar as indústrias locais, por vezes os Estados vêm-se levados a adotar medidas de caráter emergencial, ingressando em um conflito existente entre os diversos Estados do Brasil.

É o desrespeito à Constituição e à Lei Complementar nº 24/75, que termina por fazer esquecer da exigência legal do consenso entre os Estados e o Distrito Federal, partindo-se para o conflito de fato.

Os Estados mais pobres terminam acompanhando a política atual ou pretérita de benefícios concedidos por outros Estados, de modo a evitar que, em uma concorrência deste tipo, venham a perder as suas bases fabris, muitas vezes bastante precárias.

Conclui-se, por exemplo, que, em face da situação emergencial, haverá de ser favorável à prorrogação do prazo de vigência do benefício de diferimento do ICMS incidente sobre as operações de importação de matérias-primas, insumos e produtos intermediários destinados ao processo de fabricação do importador, quando este for indústria automobilística ou de bens de capital.

Mesmo que esta conclusão seja sob a recomendação de que, do ponto de vista da constitucionalidade e da legalidade, haja a necessidade de uma futura celebração de Convênio que convalide o Decreto e a concessão do crédito presumido (vide o art. 155, §

¹¹⁹³ Em Pernambuco, chegou a ser implantado o Projeto Fronteira, que teve o objetivo de combater a sonegação fiscal com a construção de postos e unidades fiscais.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



2º, inc. XII, letra “g”, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988; Lei Complementar nº 24/1975 e Lei estadual nº 10.259/1989).

Afora o conflito regional, que, como se pode ver, não haverá de ser desprezado, cabe também se refletir sobre a necessidade, e constitucionalidade, de se estabelecer uma política tributária visando corrigir as desigualdades inter-regionais¹¹⁹⁴.

É o que ocorreu com bebidas e biscoitos. Explico melhor.

A Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco, conforme Parecer de janeiro de 1998, ao analisar a Minuta de Decreto que modifica a redação do art. 14, do vigente RIICMS, opinando pela prorrogação, até 30 de junho do mesmo ano, da redução da base de cálculo nas operações internas de circulação de bolachas e biscoitos¹¹⁹⁵, estabelecendo para estas mercadorias uma carga tributária equivalente à alíquota de 12% (doze por cento) do ICMS, incidente sobre operações internas.

Novamente, aqui, condiciona-se a perfeição da forma a uma futura celebração de convênio que a convalide. Acrescentando a possibilidade de a norma vir a ser retroativa, dado tratar-se de um benefício insuscetível de prejudicar interesses.

Diante de tanto conflito, seria possível imaginar que um ICMS federal reduziria os problemas. O Poder Executivo federal chegou a apresentar um Projeto propondo a junção

¹¹⁹⁴ O art. 3º, inc. III, do Texto Constitucional de outubro de 1988 diz que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais. Acrescente-se que o art. 151, inc. I, da mesma Constituição veda à União “*instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.*” Mais: art. 165, § 7º: “*os orçamentos fiscal e de investimento, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre as suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.*” Mais: art. 170, inc. VII: é princípio da ordem econômica nacional a redução das desigualdades regionais e sociais.

¹¹⁹⁵ Atendendo às reivindicações do setor de padarias, adotou-se, no Estado de Pernambuco, o sistema de antecipação tributária para as operações de comercialização de farinha de trigo. O pagamento do ICMS deveria ser feito no momento da compra aos moinhos, que deveriam repassar o valor recebido ao Estado. Esta antecipação valeria apenas para as microempresas, não se aplicando às indústrias de massas e biscoitos.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



do ICMS e do IPI em um ICMS federal. Mais recentemente, propôs a extinção do ICMS e do IPI e a criação de um imposto sobre o valor agregado (IVA), pela União Federal. Parte do novo imposto seria repassado para os Estados e para o Distrito Federal, imaginando-se repor a falta do ICMS estadual.

Contudo, isto poderia abalar a Federação brasileira, pois não há Federação sem que haja autonomia financeira.

Logo, poderia restar violado o art. 60, § 4º, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988 (a forma federativa de Estado).

Fazer com que os Estados dependam para sobreviver do repasse da União, é um risco sem conta. Note-se que a Reforma Constitucional Administrativa de junho de 1998 determina a suspensão imediata de todos os repasses de verbas federais acaso os limites da despesa com pessoal venham a ser excedidos (art. 22, da Reforma). Embora este dispositivo não devesse ser aplicado nesta hipótese, ao menos em minha perspectiva.

Se, para justificar o IVA, o argumento for o da harmonia da legislação brasileira com a da Argentina, do Uruguai (Estado unitário) e do Paraguai (Estado unitário), apresenta-se, no Brasil, o contra-argumento de que as economias destes Países têm portes inferiores aos do Brasil, podendo a harmonização partir da própria legislação brasileira; e não o contrário¹¹⁹⁶.

Enfim, o tema é daqueles polêmicos, e merece um processo gradual e adulto de discussão, cabendo ao Congresso Nacional sobre ele debruçar-se, provavelmente após uma ampla discussão onde a INTERNET poderá contribuir intensamente, fornecendo uma forma permanente de consulta popular.

¹¹⁹⁶ Sobre o ISS, imposto sobre serviços, segundo Relatório divulgado pela Secretaria do Tesouro Nacional, de 4.717 (quatro mil, setecentos e dezessete) municípios pesquisados, cerca de 88% (oitenta e oito por cento) dos Municípios recolheram o ISS, respondendo, em 1995, por uma receita da ordem de 47,7% (quarenta e sete vírgula sete por cento) da arrecadação dos tributos municipais do País (cfme. Jornal do Comércio de 20.09.1997 – *Fim do ISS reduz poder dos municípios*). Pretenderia-se extinguir: IPI, ICMS, ISS, CPMF, CSLL, COFINS e PIS/PASEP. Prevê-se os seguintes novos tributos: IVA federal (com alíquota única e inferior às do ICMS), IVV (vendas a varejo), com competência estadual – cobrado sobre produtos que demonstrem elevada capacidade de arrecadação e sobre certos produtos como fumo, bebidas, telecomunicações, energia, combustíveis, etc.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Parece que não resta dúvida sobre o fato de que a simplificação do sistema tributário é a melhor saída para inibir o que se convencionou chamar de guerra fiscal. A dificuldade está em dividir as bases econômicas em uma União como o Brasil, onde estão presentes não apenas duas pessoas, pois, ao lado dos Estados e da União, existem os Municípios. Cerca de 6.000 (seis mil).

Buscar a solução, simplesmente, na prática do passado, parece inviável.

A “nova guerra fiscal” notabiliza-se pela retomada do investimento privado interno e externo dos anos 90.

Agora, a União estando mais afastada de sua condição de árbitro¹¹⁹⁷, passaram os governos estaduais à condição de quase-reféns de uma concessão descontrolada de estímulos, principalmente no âmbito do ICMS. O enfraquecimento político da União fez apresentar-se o modelo do CONFAZ (Conselho de Política Fazendária) como aparentemente insuficiente para resolver o que se propôs de início.

Daí, o problema dos critérios do destino e da origem. Optou-se por um misto entre eles. Isto porque o princípio puro da origem terminaria por levar a uma forte concentração da arrecadação na região mais desenvolvida. Afinal, o Brasil é um País de grandes discrepâncias regionais. Por isto, esperava-se que o sistema de alíquotas diferenciadas assegurasse uma participação mais equânime em relação aos Estados menos desenvolvidos.

Mas é, tradicionalmente, o princípio da origem que permite ao governo local discutir as suas vantagens para as empresas que nele pretendem instalar-se. Às vezes, pode parecer vantajoso abrir mão de receita fiscal para atrair empreendimentos de outras regiões.

¹¹⁹⁷ O Senado Federal aprovou Projeto de lei adiando, por dois anos, a isenção do pagamento do ICMS para produtos de uso e consumo das empresas. A isenção adiada estava prevista na Lei Kandir/96, que havia eliminado o ICMS sobre exportações de produtos primários e semi-elaborados, bens de capital (máquinas e equipamentos) e de uso e consumo das empresas. Pretendendo compensar as perdas dos Estados, foi criado um seguro de receita para cobrir a diferença entre a arrecadação atual e o período anterior a esta lei. A proposta de adiamento foi proveniente dos Secretários da Fazenda do Ceará, da Bahia e do Rio de Janeiro, em nome do Conselho de Política Fazendária (CONFAZ).



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Sob este diapasão é que surgem os prós e os contras da chamada guerra fiscal.

Desde o início do Plano Real até janeiro de 1997, a produção industrial havia crescido 6,9% (seis vírgula nove por cento) no País, sendo os Estados que mais se destacaram Santa Catarina (12,4%) e Minas Gerais (11,3%). No entanto, embora hajam tido destaque no crescimento da produção industrial, ficaram abaixo da média nacional em se tratando de arrecadação de ICMS, perdendo para Estados como São Paulo (a sua arrecadação cresceu 3% acima da média nacional) e Rio de Janeiro (a sua arrecadação cresceu 10% acima da média nacional).

A explicação estaria no fato de que Santa Catarina e Minas Gerais concederam diversos incentivos e isenções. Logo, embora hajam ficado sem o imposto, obtiveram, em compensação, investimentos, estando Minas Gerais com uma das menores taxas de desemprego na indústria no País, tal como Santa Catarina.

Ao contrário, São Paulo tem uma das maiores taxas de desemprego.

Em noticiário desta época¹¹⁹⁸, foi dito que o Presidente da República, em São Paulo, condenou a guerra fiscal para atrair os investimentos das empresas automobilísticas, dizendo que o Governo federal não fornece subsídio, pois isto não faz parte da sua política industrial. Disse isto quando anunciava investimentos de R\$ 300 milhões da Ford, na cidade de Taubaté, para a construção de um novo motor a ser lançado, mais adiante, em nível mundial.

Tudo isto acompanhado da assinatura de contratos para a construção do Pólo Petroquímico do Planalto Paulista.

Como se vê, a posição hegemônica interna de São Paulo¹¹⁹⁹ não sofre grandes abalos, mesmo com o propalado processo de desconcentração industrial, pois a eventual perda de participação relativa deste Estado não é tão significativa.

¹¹⁹⁸ O Jornal “Estado de São Paulo”, 13.09.1997, apresentou manchete com o título: “FH condena guerra fiscal.”

¹¹⁹⁹ O Estado de São Paulo, em 1907, detinha 16% da produção da indústria nacional. Em 1970, passou a ter 56,4%. Entre 1970 e 1985, houve um forte movimento de desconcentração em favor da região metropolitana paulista e algumas outras regiões do País. Entre 1985 e o início da década de 90 (em 1990, 49,1%), houve uma certa estabilização. Atualmente, parece estar ocorrendo um



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Poderia-se tentar justificar com a “*guerra fiscal*” que a arrecadação do ICMS, em São Paulo, considerando o cenário brasileiro, caiu dos 41% (quarenta e um por cento), em 1989/1990, para, aproximadamente, 37% (trinta e sete por cento), em julho de 1997.

Na verdade, entretanto, é que o Estado de São Paulo oscila percentualmente, mas não deixa de contar com novos investimentos.

Enfim, parece muito claro que quase tudo na chamada guerra fiscal gira em torno do atual ICMS. Por isto, merece ser feito um breve relato sobre a evolução deste imposto.

É o que faço em seguida.

Com a Emenda Constitucional nº 18/1965, atribuiu-se aos Estados a competência para instituírem o ICM (imposto sobre a circulação de mercadorias), prevendo-se a não incidência sobre gêneros de primeira necessidade, definidos por ato do Governo estadual (art. 12).

Entre 1966 até 1969, foram diversos os Convênios regionais buscando harmonizar os incentivos, com isto forçando medidas semelhantes por parte dos outros Estados. Com a Emenda Constitucional nº 01/1969, art. 23, ficou disposto que a concessão de incentivos utilizando o ICM deveria estar subordinada à celebração de Convênios entre os Estados, o que foi reafirmado na Lei Complementar nº 24/1975.

Esta Lei predica que todo tipo de isenção deve ser proveniente de decisão formalizada em Convênios celebrados entre os Estados (art. 1º), participando da reunião a maioria dos Estados (art. 2º, § 1º), e devendo haver decisão unânime dos Estados representantes (art. 2º, § 2º). Os Estados ausentes deveriam sujeitar-se ao Convênio resultante do cumprimento destas exigências formais.

movimento de reconcentração. Entre 1970 e 1985, a economia do Rio de Janeiro teve uma redução no plano nacional de 15,7% (em 1970) para 9,5% (em 1985). Neste intervalo de 1970 a 1985, especialmente no ramo de material elétrico e comunicações, houve expansão dos Estados de Santa Catarina (130,53%); Minas Gerais (45,44%); Pernambuco (15,38%) e Bahia (14,17%). Estes dados foram extraídos do Relatório Final do Projeto de Pesquisa “*Aspectos da Guerra Fiscal no Brasil*” – FUNDAP – Fundação para o Desenvolvimento Administrativo – diretoria IESP – Convênio IPEA/FUNDAP – São Paulo, julho de 1997 – Carlos Eduardo G. Cavalcanti e Sérgio Prado.



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



Portanto, a técnica foi a de retirar da União¹²⁰⁰ a prerrogativa de conceder incentivos, fixando um controle rígido para a aprovação dos mesmos, com a exigência da unanimidade dos Estados presentes à reunião.

Com a Constituição de outubro de 1988, comentou-se que foi o ICMS uma das grandes novidades no campo tributário (*a saber: faculdade de alíquotas diferenciadas em função da natureza do produto; alíquotas aplicadas às operações internas não podem, em regra geral, ser inferiores às aplicadas nas operações interestaduais; aumento percentual de 20% para 25% da participação dos municípios no produto da arrecadação do ICM – aumentou-se a participação municipal e a abrangência do tributo repartido, etc.*).

Afora isto, a presente Constituição de outubro de 1988 retirou da União a competência para instituir impostos sobre serviços de transporte e de comunicações (vide a Constituição de 1967, art. 21, incs. VII e X), encaminhando esta base econômica, em caso de se tratar de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, para os Estados e o Distrito Federal. Sobre os serviços de comunicação, deixou de haver a ressalva daqueles de natureza estritamente municipal (vide Constituição de 1967).

Como se observa, o ICMS é bastante complexo, não sendo surpresa que provoque tanta confusão. Ou, como preferem alguns, provoque uma verdadeira guerra: a “*guerra fiscal*”.¹²⁰¹

¹²⁰⁰ Merece ser ressaltado que o § 2º, do art. 19, da Constituição anterior à de 1988 predicava: “A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais.” No Texto atual da Constituição de 1988, tem-se, no art. 151, inc. III, que: “É vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.” E, no art. 152: “é vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.” Assim, não se deve dificultar o acesso ao mercado regional ou local, de modo a não prejudicar a unidade econômica da Federação. Primeiro estaria a “*união indissolúvel*” da Federação (art. 1º), que não pode ser atacada pelo favorecimento de interesses meramente locais ou regionais.

¹²⁰¹ O tributarista HUGO DE BRITO MACHADO, em artigo publicado no Jornal do Comércio, de 01.09.1997, defende uma mais ampla liberdade para a tributação nos Estados, acreditando que este seja o meio mais adequado para dar cumprimento a um objetivo fundamental da República Federativa brasileira, o de reduzir as desigualdades regionais: “Os jornais editados, em São Paulo, constantemente veiculam artigos nos quais são empregadas expressões como “*guerra fiscal*”,



CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL



“guerra fiscal suicida”, ou outras de sentido pejorativo, para combater a iniciativa de Estados que se atrevem a conceder isenção ou outra forma de incentivo fiscal no âmbito do ICMS. Os defensores da tese paulista sustentam que conceder isenção do ICMS sacrifica a arrecadação, já precária, dos Estados membros. A tese, porém, só é válida para os Estados industrializados, ou, mais exatamente, para São Paulo. Neste, aliás, é impossível conceder isenção para indústria nova. Ali já existem indústrias de tudo. Para os Estados onde não existem indústrias, é inteiramente infundada. Nestes, a instalação de uma indústria atraída pela isenção, além de não implicar renúncia de arrecadação, promove o aumento desta por via indireta, na medida em que aumenta a renda e o conseqüente poder de compra, com a oferta de novos empregos (...) A força política de São Paulo conseguiu tornar impossível a concessão de isenção do ICMS, pois a lei complementar exige para tal fim a aprovação unânime dos representantes dos Estados no CONFAZ. Mas não é só. Em evidente demonstração de força política, ficou preservado o poder de veto. O Estado cujo representante tiver, no dia da reunião do CONFAZ, coisa mais importante a fazer, ou perder o avião, pode ficar tranqüilo. Poderá recusar o convênio, mesmo aprovado pela unanimidade dos presentes. (...) Bom mesmo seria se os Estados tivessem inteira liberdade para dispor a respeito dos seus tributos. Assim, livres os governantes locais, poderiam estes demonstrar suas habilidades. De todo modo, já que não podem isentar, devem utilizar outras fórmulas. Não podem é ficar à espera de providências do governo federal. Merecem louvores, portanto, os governadores que, enfrentando todas as dificuldades no plano jurídico, estimulam, pelos meios ainda possíveis, a implantação, em seus Estados, de novas indústrias. Este é o meio mais eficaz de realizar a redução das desigualdades regionais que a Constituição preconiza. O incentivo para investimentos novos é a melhor forma de promover o desenvolvimento econômico das regiões pobres do País, e assim reduzir as desigualdades econômicas regionais. Por isto mesmo, a rigor, as restrições albergadas pela lei complementar padecem de inconstitucionalidade, porque impedem que se realize a meta que, como acima explicado, é preconizada na Lei Maior enfática e repetidamente. Ou a Constituição não será a Lei Suprema do País?”



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



QUADRO COMPARATIVO DAS PROPOSTAS TRIBUTÁRIAS

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 175/95

**QUADRO COMPARATIVO DA REFORMA TRIBUTÁRIA DO GOVERNO FEDERAL, DO SUBSTITUTIVO DO DEPUTADO
MUSSA DEMES E DA EMENDA DO PARTIDO DOS TRABALHADORES (PT) – OPOSIÇÃO¹²⁰²**

MATÉRIA	PROPOSTA DO GOVERNO	SUBSTITUTIVO DO DEP. MUSSA DEMES	PROPOSTA DO PT
Quebra do sigilo bancário.	Vide Lei Complementar nº 105/01	É facultado, na forma prevista em lei complementar, à autoridade tributária federal requisitar informações sobre as operações financeiras dos contribuintes	Faculta à administração tributária e previdenciária da União, Estados e Municípios, nos termos da lei, o acesso a informações bancárias
Impostos da União	Cria imposto seletivo sobre fumo, bebidas, serviços de comunicação, energia, petróleo, combustíveis, lubrificantes, veículos, embarcações, aeronaves, bens e mercadorias supérfluos especificados em lei complementar. Poderá ser vinculado a finalidades específicas, caso venha a se tornar imposto único sobre combustíveis. Institui o imposto sobre movimentações financeiras, que será compensado com o valor devido a outros impostos e contribuições. Extingue: IPI, COFINS, PIS/PASEP e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Mantém os impostos sobre comércio exterior, o IR, o IOF, o ITR e o IGF.	Cria o ICMS federal, que passa a coexistir com o ICMS estadual. O ICMS federal terá suas alíquotas e forma de cobrança reguladas por lei complementar. O ICMS estadual terá suas alíquotas reguladas por resolução do Senado. Mantém COFINS, PIS/PASEP e Contribuição Social sobre o Lucro. Extingue: IPI	Mantém o sistema atual, porém extingue o IPI, transformando-o em imposto seletivo sobre bebidas, veículos, energia elétrica fumo, combustíveis e lubrificantes, serviços de telecomunicações e outros produtos e serviços especificados em lei complementar, que incidirá uma única vez. O ITR poderá ser objeto de convênio com os municípios interessados em cobrar o imposto. O Imposto sobre Grandes Fortunas passará a ser regulado por lei ordinária. Prevê a possibilidade de a União vir a cobrar o ICMS não pago ou devolvido, nos casos de descumprimento dos convênios ratificados no âmbito do CONFAZ. Prevê a incidência diferenciada do imposto de renda sobre o lucro das instituições financeiras, de forma a desestimular as operações especulativas e orientar a sua atuação na concessão de crédito para o setor produtivo.

¹²⁰² A proposta deste Partido é destacada porquanto seja ela a que apresenta um núcleo de discussão comparativa mais amplo.



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



MATÉRIA	PROPOSTA DO GOVERNO	SUBSTITUTIVO DO DEP. MUSSA DEMES	PROPOSTA DO PT
Imposto de Renda Negativo			Institui imposto de renda negativo que incidirá sobre contribuinte com renda igual ou inferior a 3 salários mínimos.
Impostos Estaduais	Transmissão causa mortis (herança) e doação e IPVA.	Assegura os mesmos impostos estaduais atualmente previstos na Constituição.	Mantém a estrutura atual.
Impostos Municipais	IPTU, transmissão intervivos de bens imóveis, ISS.	Não altera o quadro atual de impostos municipais prevista na Constituição.	Mantém a estrutura atual. Preocupação em restringir a guerra fiscal entre municípios, através da definição de alíquotas mínimas
Características do Imposto da Federação sobre consumo (ICMS), a ser partilhado entre União, Estados e DF.	Base ampla, prevendo a possibilidade de o contribuinte se creditar do ISS municipal. Isenção de exportações. Alíquota única para as transações internas cobrada no destino. Não cumulatividade (mecanismo de crédito, inclusive para bens de capital). Será instituído pela União, porém caberá aos Estados e DF promover a arrecadação e exercer a fiscalização. Cabe à lei complementar: a) prever a composição de alíquota básica por percentuais distintos, um para a União e outro para os Estados e Distrito Federal; b) estabelecer a forma de participação dos Estados e do DF no processo de fixação de alíquotas do imposto.	União, Estados e DF celebrarão convênio para uniformizar procedimentos e interpretações relativos à cobrança do ICMS. Não cumulatividade. Seletividade. Incide sobre importação de bens e serviços. Terá a mesma base de cálculo do ICMS estadual. Alíquotas fixadas em lei e uniformes por mercadoria ou serviço. Nas operações interestaduais de energia elétrica, petróleo e seus derivados será cobrado apenas o ICMS federal	O ICMS deve ser mantido como imposto estadual. Rejeita qualquer tentativa de recentralizar recursos e competências tributárias.



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



MATÉRIA	PROPOSTA DO GOVERNO	SUBSTITUTIVO DO DEP. MUSSA DEMES	PROPOSTA DO PT
Características do Imposto estadual (ICMS).		Alíquotas fixadas por Resolução do Senado e uniformes por mercadoria ou serviço. As alíquotas relativas a operações interestaduais não poderão ser superiores às internas. Por meio de Resolução do Senado: a) as alíquotas relativas a operações interestaduais poderão ser eliminadas, caso em que a alíquota da União será acrescida dos pontos percentuais correspondentes à alíquota interna dos estados. b) as alíquotas interestaduais poderão ser iguais às internas, sendo que a arrecadação poderá ser gradualmente destinada ao Estado de destino. A idéia, aqui, é evitar a sonegação do ICMS propiciada pela diferença entre alíquotas internas e interestaduais.	Sem modificações.
Guerra Fiscal	Reduz a guerra fiscal com a adoção de um ICMS da federação.	Isenção ou não incidência será uniforme. As alíquotas serão fixadas em Resolução do Senado.	Prevê a celebração de convênios entre Estados e DF para deliberar sobre a concessão de incentivos fiscais e creditícios. O descumprimento das deliberações ratificadas nos convênios implicará na nulidade do ato e ineficácia do crédito fiscal, bem como outorgará competência à União para cobrar o imposto não pago ou devolvido, a vista de representação de qualquer unidade da federação.



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



MATÉRIA	PROPOSTA DO GOVERNO	SUBSTITUTIVO DO DEP. MUSSA DEMES	PROPOSTA DO PT
Progressividade dos impostos e contribuições	Mantém os critérios de progressividade do imposto de renda, com exclusão da expressão na forma da lei.		Institui progressividade em relação ao valor do imóvel e progressividade no tempo para o ITR e para o IPTU. Assegura progressividade na cobrança de todos os outros impostos patrimoniais (IGF, ITBI, sobre herança e IPVA). Quanto ao imposto sobre heranças, cabe ao Senado estabelecer alíquotas mínima e máxima.
Repartição das Receitas Tributárias	Mantém o mesmo regime atual de repartição, apenas substituindo ao IPI extinto pelo imposto seletivo. Suprime a repartição do IPI para estados exportadores, com o argumento de que a regra de transição estabelecerá o mesmo nível de receita disponível em cada esfera de governo.	Aos Estados e DF: - imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos pagos pelos Estados, suas autarquias e Fundações. - 20% do imposto residual. - FPE (21,5% do IR e do ICMS federal) Aos Municípios: - imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos pagos pelos Municípios, suas autarquias e Fundações. - 50% do ITR. - 50% do IPVA. - 25% do ICMS estadual. - FPM (22,5% do IR e do ICMS federal).	Mantém a atual estrutura, porém passa a incluir na repartição a parcela das contribuições sociais não aplicadas no pagamento da previdência. Considera necessário agregar, no cálculo das transferências, critérios que estimulem o esforço próprio de arrecadação, combatendo tendências paternalistas. Introduz dispositivo assegurando que a parcela do ICMS pertencente aos municípios atenderá, no mínimo, ao seguinte: a) 20% na proporção do valor adicionado; b) 20% na proporção da receita própria; c) 40% na proporção da população; d) 20% de acordo com o que dispuser a lei estadual.



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



MATÉRIA	PROPOSTA DO GOVERNO	SUBSTITUTIVO DO DEP. MUSSA DEMES	PROPOSTA DO PT
Contribuições Sociais	Extingue a COFINS e o PIS/PASEP, cujos montantes de arrecadação serão assegurados com um adicional ao ICMS da federação. A Contribuição sobre o Lucro Líquido será integrada ao imposto de renda.	Mantém todo o sistema de Contribuições sociais em vigor. As contribuições sociais incidentes sobre o faturamento (COFINS e PIS/PASEP) passarão a ser não cumulativas, compensando-se o montante devido com o montante incidente sobre as aquisições.	Suprime a COFINS, o PIS/PASEP sobre o faturamento e a contribuição social sobre o lucro líquido e extingue a contribuição do empregador sobre a folha. Institui uma contribuição progressiva sobre o lucro bruto das empresas e uma contribuição sobre receita orçamentária das pessoas jurídicas de direito público. Parte da arrecadação da contribuição sobre o lucro bruto será destinada para atender as despesas com o seguro desemprego e o abono salarial.
Não incidência do ICMS		bens e serviços destinados ao exterior; operações interestaduais relativas a energia elétrica, quando destinados à industrialização e à comercialização; operações interestaduais relativas a petróleo e derivados; sobre o ouro, ativo financeiro; insumos, máquinas e implementos agropecuários, especificados em lei complementar; máquinas e equipamentos industriais, especificados em lei complementar.	Defende a desoneração do setor exportador, a ser financiada por meio de crédito fiscal concedido pela União aos exportadores, preservando-se a receita dos Estados e Municípios produtores de bens primários e semi-elaborados destinados para o exterior.
Repasse aos Estados e DF, em razão de desoneração do ICMS ao setor exportador.	Aparentemente, acabam os repasses com base no IPI - Fundo aos estados exportadores de bens industrializados. Permanece o regime da Lei Kandir.	Os Estados e DF recebem: a) 10% do IPI ou do ICMS federal - fundo aos estados exportadores de bens industrializados. b) 10% do IPI ou do ICMS federal - repasses aos estados exportadores de bens primários e semi-elaborados. Estes repasses serão gradualmente reduzidos a partir de 2001, cessando sua entrega em 2004.	



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.
QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



MATÉRIA	PROPOSTA DO GOVERNO	SUBSTITUTIVO DO DEP. MUSSA DEMES	PROPOSTA DO PT
Outros ressarcimentos a Estados e DF		Os estados serão ressarcidos pela isenção do ICMS para máquinas e equipamentos industriais ou quaisquer outras mercadorias, que venham a ser desoneradas do imposto em razão de lei complementar. Também neste caso, o ressarcimento será efetuado até 2004.	
Vinculações para o sistema viário federal.	Prevê a possibilidade de vinculação do imposto seletivo sobre combustíveis para finalidades específicas.	Até 2004, a arrecadação do imposto de importação e do ICMS federal incidentes sobre petróleo e seus derivados será destinado a recuperação e melhoria do sistema viário federal.	
Transição para o novo sistema.	Nos primeiros 4 anos, a distribuição da arrecadação do ICMS da federação será feita pela sistemática mista de origem e destino. Nos oito anos subseqüentes será adotado, de forma progressiva, o princípio do destino. Será criado fundo de equalização, com vigência durante o prazo da transição, com a finalidade de compensar perdas de receita decorrentes da implantação do novo sistema. Esse fundo será financiado com recursos de um adicional sobre o novo ICMS e sobre o imposto seletivo.		



**CAPÍTULO 17. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E A REALIDADE
NORMATIVA.**
**QUADROS ESTRUTURAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO
BRASIL**



MATÉRIA	PROPOSTA DO GOVERNO	SUBSTITUTIVO DO DEP. MUSSA DEMES	PROPOSTA DO PT
FEF – Fundo de Estabilização Fiscal, atual DRU – Desvinculação de Receitas da União		As parcelas de recursos tributários destinados ao FEF não serão deduzidas da base de cálculo do ITR destinado aos Municípios, da base de cálculo do FPM e FPE e da base de cálculo dos fundos de ressarcimento aos estados exportadores.	A proposta do PT suprime o FEF e em seu lugar institui um imposto de solidariedade a ser cobrado uma única vez, em quatro parcelas anuais, sem restituição, à alíquota de 10% sobre o patrimônio líquido global das famílias e grupos econômicos detentores de patrimônio líquido superior a R\$ 100 milhões, nos termos de lei.
Imunidades Constitucionais			A proposta suprime todas as imunidades constitucionais para templos, partidos políticos, sindicatos, jornais, periódicos e papeis utilizados na sua impressão.



18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

“Ultimamente, tem o Poder Executivo dedicado-se a alterar leis processuais através de medidas provisórias. Aqueles que não atuam na área jurídica se perguntarão: ‘mas qual a urgência e relevância em alterar normas sobre os prazos para embargos da Fazenda Pública, impedir liminares proferidas por Juízes de primeiro grau, sobrestar o andamento de ações coletivas, concentrar poderes na figura do Advogado Geral da União, proibir o acesso à Justiça de forma coletiva por associações, sindicatos e do Ministério Público quando as ações tratem de fundo de garantia por tempo de serviço, contribuições previdenciárias e outros tributos?’ (...)” (FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. “Medida Provisória, a Vontade Solitária do Executivo”. Extraído do Boletim dos Procuradores da República, Ano III, nº 26, junho, 2000, p. 25)

Sobre o aspecto formal, doutrinário e jurisprudencial do Sistema Tributário brasileiro, venho escrevendo desde o início, apontando, além dos matizes principiológicos e normativos, vários pontos de intenso debate, que terminam por desaguar no Poder Judiciário.

Como se sabe, o Poder Judiciário, no Brasil, é dual, havendo, dentro da estrutura do Judiciário nacional, um Poder Judiciário federal (comum e especializado), e um estadual (também comum e especializado).

Logo, na Federação brasileira, tanto o Poder Judiciário Federal, quanto os Estaduais, pronunciam-se sobre questões tributárias; o que faz exigir órgãos de cúpulas para uniformizar o direito nacional.

Contudo, agora, pretendo alertar para alguns aspectos pragmáticos de toda esta estrutura.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Por exemplo, no Estado de Pernambuco, no próximo concurso público para o acesso aos cargos de juiz substituto estadual¹²⁰³, sequer se está a exigir a disciplina “direito tributário” entre aquelas em relação às quais os postulantes irão ser avaliados. Parece-me algo lastimável, pois não consigo conceber como alguém poderá julgar um assunto quanto ao qual não foi submetido a qualquer exame.

Uma temeridade, sobretudo quando se sabe que, entre os impostos estaduais, encontra-se o ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior –, um dos maiores em arrecadação.

O manuseio com tanto dinheiro não pode estar sujeito a pessoas que, por mais esforçadas e bem intencionadas que sejam, não receberam o preparo intelectual para isto.

Eis aí o primeiro ponto de sufocamento do Sistema.

São enormes os riscos de se atribuir a uma Administração tributária inefetiva e a um Poder Judiciário desta ordem questões que, muitas vezes, são um tanto complexas; mas cujo conhecimento parece vital para o suporte de um Estado repleto de necessidades a suprir.

A ignorância do Sistema e do seu funcionamento não são justificativas razoáveis para mudá-lo; pois, se um outro vier, e continuar desconhecido, os mesmos defeitos, ou outros análogos, surgirão; e sorverão a carga tributária planejada; mas não realizada.

Assim, vem-se preferindo aumentar os tributos daqueles que são adimplentes com o Fisco, ao invés de submeter a Administração Tributária a um esforço de eficiência.

Creio que, embora esta possa ser a saída mais simples, é a menos justa; pois quem paga, continuará pagando; e cada vez mais. Isto não apenas provoca uma concorrência desleal entre as empresas, como também estimula uma tributação indireta crescente.¹²⁰⁴

¹²⁰³ Este Concurso Público ocorreu no final do ano de 2.000.

¹²⁰⁴ No Brasil, contra a aceitação jurídica do fenômeno econômico da tributação indireta, costumeiramente, são apresentados os seguintes argumentos: 1. se toda empresa retirasse do público consumidor todos os seus custos, inclusive os tributários, ela jamais viria a falir. Ocorre que o



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Assim, se a tributação indireta, no Brasil, remonta aos cerca de 70% (setenta por cento)¹²⁰⁵, a conclusão parece ser simples, mas mesquinha: é o brasileiro que vive do

consumidor não é um sujeito dotado de tal passividade. Existe a concorrência; 2. no Brasil, não se faz a distinção feita, por exemplo, nos Estados Unidos da América do Norte, onde preço e tributo vêm, nitidamente, separados. Aqui, acaso o empresário coloque um produto na prateleira simplesmente com o preço, e, no caixa, venha a afirmar para o comprador que ele deverá pagar separadamente o tributo, será denunciado ao PROCON – serviço de proteção ao consumidor, como um violador dos direitos do CDC – Código de Defesa do Consumidor; 3. a Receita Federal procuraria não restituir o indébito tributário, nos tributos indiretos, alegando, quanto ao consumidor (chamado de contribuinte de fato pela teoria econômica), que ele é parte ilegítima para buscar a restituição (ilegitimidade processual); e, quanto ao contribuinte de direito, que ele repassou o tributo ao contribuinte de fato; 4. se, efetivamente, houvesse o repasse, nas hipóteses onde o comprador fosse isento ou imune, não deveria o vendedor pagar o tributo; mas se exige que pague (Ex.: o caso de um Tribunal Judicial que compra automóveis oficiais para os seus Juízes, Desembargadores, Ministros). Vide, porém, o art. 166, do Código Tributário Nacional brasileiro: “A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.” Vide, também, a Súmula nº 546, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no mesmo sentido. Vide, ainda, monopólio e cartelização de preços.

¹²⁰⁵ As receitas dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social para 1999 foram estimadas em R\$ 685,9 bilhões, constituídas de R\$ 196,5 bilhões provenientes de Receitas não Financiadas, e o restante, R\$ 489,4 bilhões, de Receitas Financeiras. O detalhamento deste montante é apresentado no quadro a seguir:

Discriminação	1999	% PIB (R\$ milhões)
I – Receitas Não Financeiras	196.511,6	19,68
Receita tributária/Contribuições	128.740,4	12,89
Receita Administrativa pela SRF	122.978,9	12,31
Imposto sobre Produtos Industrializados	18.875,6	1,89
Imposto de Renda	40.694,3	4,08
Incentivos Fiscais (FINOR, FINAN, FUNRES)	- 825,0	(0,08)
Imposto sobre Importações – II	7.105,0	0,71
Imposto sobre Operações Financeiras – IOF	5.139,0	0,51
Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF	8.720,8	0,87
Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFIS	22.493,5	*2,25
Contribuição para o PIS/PASEP	8.846,4	0,89
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CLSS	8.075,7	0,81
Contribuição Seguridade Social dos Servidores	2.829,1	0,28
Outros Impostos e Contribuições	1.024,5	0,10
Demais Receitas	2.861,5	0,29
Contribuição do Salário Educação	2.900,0	0,29



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



salário mínimo, ou um pouco mais do que isto, que, tal como um super-homem, suporta quase toda a carga tributária brasileira efetiva.

Repassados os tributos nos preços finais dos produtos e dos serviços, e mesmo sendo poucos os realmente ricos no Brasil – embora não esconda a gritante má distribuição de renda –, não haverá outra conclusão senão a de que quem menos se beneficia com os atos do Governo são exatamente os que mais pagam tributos ao dito Governo.

É natural, portanto, que tal estado de coisas crie, no brasileiro, uma insatisfação e um desejo de se evadir da pesada carga tributária a que está submetido.

Note-se que sequer estou afirmando que, considerando o PIB nacional¹²⁰⁶, a *carga tributária geral* seja tão elevada em se comparando o Brasil com outros Países do mundo¹²⁰⁷.

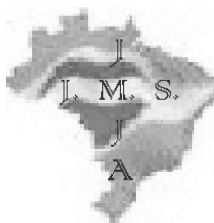
Receita de Concessões	8.708,2	0,87
Receita Líquida da Previdência	50.489,0	5,06
Participações e Dividendos	972,1	0,10
Receitas Diretamente Arrecadadas	2.321,9	0,23
Receitas de Outras Fontes	5.280,0	0,53

NOTA(*): O percentual do PIB relativo à COFIS (2,25%) corresponde à antiga alíquota de 2%. Atualmente, esta alíquota é de 3%, representando o percentual de 3,38% do PIB.

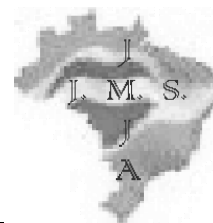
Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – Contas Nacionais Trimestrais. Valor do PIB é de R\$ 279,6 bilhões no primeiro trimestre/2.001. No primeiro trimestre de 2.001, todos os setores apresentaram taxas positivas: para a Agropecuária o crescimento foi de 1,82%, para a Indústria, de 5,09%, e para os serviços, de 2,76%.

¹²⁰⁶ Dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Carga tributária e receita disponível, por esfera de Governo – 1995-1999. Carga tributária bruta (impostos, taxas, contribuições / PIB). (Extrato Federal): Total – 1995: 28,44; 1996: 28,63; 1997: 28,58; 1998: 29,33; 1999: 31,67. Contudo, quanto ao IDH – Índice de Desenvolvimento Humano, o Brasil, nos termos do Relatório do Programa das Nações Unidas, ficou em 79º lugar em 1999, e em 74º, segundo o que foi divulgado aos 09.10.00. A razão principal para estes números alarmantes é a falta de distribuição de renda. No Brasil, os 20 por cento mais pobres (cerca de 32,6 milhões de pessoas) dividem 2,5 % da renda nacional; o que dá por volta de 22,5 bilhões de reais, considerando um PIB inferior ao real, na faixa dos 900 bilhões. Os 20 % mais ricos atingem 63,4 % da renda nacional, cerca de 570,6 bilhões de reais.

¹²⁰⁷ O I Congresso Brasileiro de Planejamento Tributário, realizado em Curitiba, Estado do Paraná, realizado entre os dias 21 e 22 de outubro de 1999, recebeu do advogado tributarista e Presidente do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, GILBERTO LUIZ DO AMARAL, afirmações como: “A carga tributária no País é de 33% (trinta e três por cento), a 2ª mais alta do mundo. Hoje, o Brasil só perde da Alemanha.” Assim, a alta carga tributária atual tornaria as



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



A questão é outra.

É que, sendo tão mal dividida (*carga tributária individual*), termina escorchoando o contribuinte adimplente; e criando nele um desejo de inadimplência e burla do Fisco.

Note-se que não são tantos os impostos brasileiros, pois giram entre os 13 e os 15.

Esta variação dá-se pelo seguinte motivo.

São sete os impostos federais. São três os estaduais. São, também, três os municipais.¹²⁰⁸

Logo, pela soma simples, seriam treze impostos.

Ocorre que, além deles, existe o que se chama de competência extraordinária (ou para o caso de guerra externa) e a residual; ambas da União Federal.

empresas brasileiras menos competitivas nas relações de comércio internacional. (www.ibpt.com.br)

¹²⁰⁸ Constituição da República do Brasil: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I- importação de produtos estrangeiros; II- exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III- renda e proventos de qualquer natureza; IV- produtos industrializados; V- operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI- propriedade territorial rural; VII- grandes fortunas, nos termos de lei complementar. (...) Art. 154. A União poderá instituir: I- mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; II- na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação. Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I- transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II- operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III- propriedade de veículos automotores. (...) Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I- propriedade predial e territorial urbana; II- transmissão ‘inter vivos’, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.”



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Além disto, entre os sete impostos ordinários federais, há o denominado imposto sobre grandes fortunas, que deveria ser criado por lei complementar. Ocorre que, mesmo sendo a Constituição brasileira de outubro de 1988, ainda não veio a referida lei complementar; sendo, portanto, inoportuno falar-se em imposto sobre grandes fortunas no Brasil.

A conclusão é a seguinte: não são tantos os impostos brasileiros. No entanto, os tributos não se resumem aos impostos, havendo outros, entre eles as chamadas contribuições especiais, cuja carga vem, historicamente, crescendo.

São estas contribuições especiais, marcadamente as sociais em favor da seguridade social brasileira, que vêm provocando tantas questões em Juízo. No caso, na Justiça Federal comum.

São tributos, muitas vezes, cumulativos; e implicam em valores explicitamente elevados, passando dos muitos milhões de reais¹²⁰⁹.

Arrecadar com justiça pressupõe que as máquinas administrativa e judiciária trabalhem com afinco e com acerto.

É preciso investigar os contribuintes para evitar que o Sistema Tributário brasileiro termine sendo regressivo, incidindo mais sobre aqueles que menos têm; os mais pobres.

Explico melhor o que digo.

Para investigar uma instituição financeira é necessário mão de obra bastante especializada, que consiga encontrar eventuais fraudes, despesas fictícias, etc.

Naturalmente, isto requer estudo, competência, tempo. Enfim, trabalho. Até porque é natural que os bem equipados departamentos jurídicos destas Instituições exijam mais apuro não apenas na detecção de equívocos nos chamados planejamentos tributários (elisões), que, por vezes, mantêm fronteiras cinzentas com a sonegação.

¹²⁰⁹ Vide a paridade cambial em www.ourem.cjb.net.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Sem dúvida, pode ser mais fácil fugir de tudo isto, simplesmente tributando aquele mais desprotegido pelo aparato técnico-formal. Sofrem os mais pobres.

Assim, começa-se a reclamar de um Sistema que não está sendo cumprido, nem sendo executado a contento.

Pior. Ocorrendo as mudanças, muito provavelmente, elas continuem na mesma direção; ou seja, na da efetiva tributação regressiva.

Dizer que o imposto sobre produtos industrializados (IPI), e o já referido ICMS, devem ou podem pautar-se segundo o princípio da seletividade, a Constituição brasileira já o faz (art. 153, § 3º, inc. I e art. 155, § 2º, inc. III).

Logo, quanto mais essencial o produto, a operação ou o serviço menos deveria sofrer a tributação.

No entanto, como impostos indiretos que são, tal princípio ou não se aplica, ou, quando se aplica, os valores tributários são todos repassados para o consumidor¹²¹⁰. E, novamente aí, apresentam-se como pagadoras as classes pobres e médias brasileiras; que são aquelas que sustentam o Fisco nacional.

Pior do que isto. Não chega a ser incomum o chamado contribuinte de direito vir a Juízo postular a repetição de indébito sobre estes valores já repassados para o consumidor, alegando que, em um sistema de concorrência e de mercado, não se pode alegar que os tributos foram transferidos, inclusive porque o chamado contribuinte de fato não seria uma realidade jurídica; mas apenas econômica.

Em outras palavras, repassa o tributo; e, ainda, muitas vezes, o recupera em Juízo.

Tudo isto à vista:

¹²¹⁰ Como já ficou dito, anteriormente, as empresas brasileiras refutam a existência da tributação indireta, basicamente, apontando, entre os seus motivos, a concorrência, a falta da distinção nítida para o consumidor entre preço e tributo no Brasil, a impossibilidade da restituição quando o contribuinte de fato for isento ou imune, questões de ilegitimidade processual ativa da parte do contribuinte de fato etc.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



- a) do art. 166, do Código Tributário Nacional, que diz: “*A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a receber.*”;
- b) da Súmula nº 546, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que diz: “*Cabe a restituição de tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de fato o quantum respectivo.*”

É bem verdade que esta Súmula nº 546 substituiu uma outra, ao meu parecer excessivamente rigorosa e injusta. Era a Súmula nº 71, também do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que dizia: “*Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indevido.*”

Como se vê, a evolução está caminhando para um polo diametralmente oposto. Não me parece que isto esteja em favor do médio ou do pequeno contribuinte.

Enfim, é tal como venho dizendo: a carga tributária brasileira incide efetivamente sobre os mais pobres.

Assim ocorre não porque a atual Constituição da República brasileira isto predique, mas porque é esta a aplicação que se quer retirar dela.

De fato, quanto menor e menos produtor for o trabalho da Administração tributária, maior será o seu impacto negativo sobre a maioria dos interesses dos particulares, considerando um País de exacerbadas desigualdades, como é o caso do Brasil.

É por isto que um imposto como o de renda, que precisa de investigação para ser melhor arrecadado, é ainda tão pouco explorado, embora detenha um potencial de arrecadação muito maior.

Enfim, ao invés de se propagar por um novo Sistema, é preciso, primeiro, tentar aplicar o existente.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Se a base de arrecadação aumentar, a sonegação diminuir, o próprio Sistema tiver tempo para amadurecer e se estabilizar, talvez, até mesmo por inércia, a carga tributária individual possa reduzir sem retirar recursos dos cofres do Estado.

Afinal, assim como a pessoa natural tem o instinto de sobrevivência, também o tem a pessoa jurídica, cujo primeiro compromisso é o de se manter existente nesta selva globalizada que é a civilização ocidental.

Parece ser esta a linha de raciocínio mesmo daqueles que admitem a necessidade do emprego da ética nas relações humanas e sociais: o primeiro compromisso da empresa é o de existir, mesmo que para isto tenha de sonegar ou de promover evasões.

Contudo, não se imagine impossível a adoção da extinção de uma empresa exatamente como uma técnica para não pagar tributos.

Por vezes, ocorre o que vai a seguir.

Imagine-se uma empresa inadimplente com o Fisco, que vem sendo executada. Para se defender, embarga as execuções em que aparece como sujeito passivo processual.

Promove o prolongamento dos Processos, até que, quando verifica que não há mais jeito a dar, desaparecem os sócios, e as execuções terminam por ser infrutíferas, ou porque não existem mais bens, ou porque todos os sócios já desapareceram.

Às vezes, a questão é ainda mais sutil.

Um dos sócios, provavelmente aquele de maior porte econômico, verificando que as coisas vão mal na empresa, promove um distrato, e dela desvincula-se.

Mais adiante, começam os processos contra a empresa da qual se desvinculou.

Ocorre que o dito sócio do exemplo já pretende constituir uma nova empresa; e, em razão dos antigos débitos, a Fazenda Pública impede a inscrição da indigitada empresa que pretende inaugurar.

Muito provavelmente, venha a ingressar com uma medida judicial solicitando a inscrição denegada; e, por decisão liminar, obterá êxito.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Nada disto vem expresso na Constituição, e exige fiscalização para que se apure a exata responsabilidade, deste cidadão do exemplo, pelas dívidas da empresa de que se desvinculou.

Isto requer trabalho. Na verdade, na situação em que as coisas andam, muito trabalho da burocracia tributária. E trabalho eficiente.

Pode haver a necessidade de cruzamento de informações entre as administrações tributárias das entidades que compõem a Federação brasileira.¹²¹¹ Este cidadão pode haver residido em mais de um Estado, em vários municípios.

Logo, o federalismo fiscal exige trabalho articulado. União, Estados e Municípios não podem funcionar como compartimentos estanques e avessos a trocas de informações.

Só assim seria possível êxito em tributar progressivamente aquele que mais possui, evitando a *lei do menor esforço*, que consiste em tributar mais o que menos pode responder à tributação.

Infelizmente, parece-me que a solução mais fácil, aquela de escolher atingir o cidadão mais desfavorecido economicamente, ainda pode prevalecer por muito tempo.

Basta verificar que este praticamente não recorre ao Poder Judiciário para reivindicar os seus direitos constitucionais, especialmente os tributários.

Quanto aos demais, utilizam-se do recurso legítimo de contratar advogados que, no exercício das suas profissões, reivindicam os ditos direitos para os seus constituintes, notadamente empresas de mais sólido conhecimento no sentido de que é possível contrapor-se ao Estado; e, muitas vezes, com êxito.

¹²¹¹ Código Tributário brasileiro. “Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo Único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001).”



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Um Diploma Constitucional sem estabilidade, que muda toda hora, transmite medo e insegurança, tanto maior quanto menores forem as informações de que se dispõe.

De fato, são tantas as mudanças tributárias, que se costuma dizer que o próprio Governo tem medo delas: ou melhor dito, medo de ver, a despeito de tudo, a sua arrecadação cair, despencar.

Não são poucos os que dizem que o Governo brasileiro, particularmente o federal, já fez a reforma tributária que queria.

Aponta-se, neste sentido, o ressurgimento da CPMF, uma contribuição provisória sobre movimentações financeiras, com uma alíquota tremendamente reforçada, a se considerar o antigo IPMF, um imposto provisório sobre movimentações financeiras.

A alíquota foi de, no máximo, 0,25% (Emenda Constitucional nº 03/93) para 0,38%, em 1999 (Emenda Constitucional nº 21/99).

Além disto:

- a) ampliou-se a COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social em cinquenta por cento, indo de uma alíquota de 2% para 3%;
- b) não se vem reajustando, em um Brasil onde ainda remanesce um resíduo de percentual inflacionário, os valores de incidência da Tabela do Imposto de Renda sobre a Pessoa Física, mas foi reajustada a alíquota máxima deste mesmo imposto¹²¹²;

¹²¹² Aos 17.04.2001, no site oficial do Supremo Tribunal Federal brasileiro (www.stf.gov.br), sob a manchete “Velloso suspende liminar que atualizava tabela progressiva do imposto de renda na fonte”, veio disposto que o Presidente do Mais Elevado Tribunal do Brasil havia deferido um pedido de suspensão de liminar contra uma decisão que determinava que se atualizasse a tabela progressiva do imposto de renda na fonte pelos mesmos índices utilizados para a correção do valor da UFIR – unidade fiscal de referência. O requerimento da União foi contra uma liminar concedida por um Juiz da 6ª Vara Federal de Florianópolis, Santa Catarina, na ação civil pública proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina. Entendendo-se que a liminar ameaçava a economia nacional, pois implicaria na “perda de arrecadação, no ano de 2000, da ordem de 3.542.300.000 (três bilhões, quinhentos e quarenta e dois milhões e trezentos mil reais), caso a



- c) aumentou-se, em cinquenta por cento, a contribuição sobre o lucro líquido;
- d) mantém-se a incidência da COFINS sobre o ICMS;
- etc.

Ou seja, a instabilidade tributária é uma evidência, e se mudanças fossem soluções, o Brasil estaria cheio delas. Não está.

Frise-se, portanto, que se novas mudanças ainda são necessárias, não me parece que sejam na Constituição.

Seria o caso de reformar a consciência da Administração tributária brasileira, e do próprio povo. Além disto, seria preciso um sério e refletido planejamento sobre este emaranhado de leis sub-constitucionais avulsas, medidas provisórias etc.

Penso que, feito isto, seria preciso simplificar as chamadas obrigações tributárias acessórias, aquelas que, segundo o Código Tributário Nacional, *“decorrem da legislação tributária, e têm por objeto as prestações, positivas e negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.”* (art. 113, § 2º)

É preciso simplificar o acessório para arrecadar mais. É preciso simplificar a burocracia. Foi disto que tratei ao falar das refundições de leis, e de outros institutos assemelhados.

Não vejo, portanto, a necessidade de retirar direitos constitucionais do contribuinte brasileiro, não apenas por conta da possível inconstitucionalidade desta iniciativa, pois apresentam-se, entre as cláusulas pétreas, os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV, da atual Constituição da República); mas também porque não encontro em tal providência a melhor medida para o incremento da receita tributária.

Se, nas Reformas à Constituição, estivesse a panacéia do desenvolvimento e do bem estar, Países como a Bolívia não estariam como, infelizmente, estão.

Na verdade, o Brasil já ultrapassou a Emenda Constitucional nº 40, a se considerar as seis Emendas Constitucionais de Revisão.

União venha a ser obrigada pelo Judiciário a efetuar dita correção monetária, sendo ainda relevante a possibilidade do denominado efeito cascata ou multiplicador da liminar em apreço.”



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



É um brutal exagero.

Disciplinar a legislação subconstitucional, pôr ordem no cipoal legislativo são medidas imprescindíveis.

Pensando assim, é natural que trate com pesar a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal que não apenas admite a adoção das medidas provisórias em direito tributário, como até mesmo faz computar o seu prazo desde a primeira edição.

Vejo isto como uma violência ao princípio da segurança jurídica.

Certamente, posições como tais não robustecem a consciência tributária da população, nem tampouco melhoram a já precária administração tributária que o Brasil possui.

Creio que a inflação legislativa, no campo tributário, promove não somente a elisão, enquanto um planejamento para pagar menos tributos sem que se pratique infrações, mas apresenta amplas possibilidades para abusos de formas e simulações.

A substituição tributária, por exemplo, uma técnica que vem sendo tão empregada no Brasil, e sobre a qual já expus como uma maneira de simplificar a arrecadação, concentrando a fiscalização em shoppings, supermercados, distribuidoras etc, vem sendo objeto de inúmeras discussões em Juízo; o que, por si só, já reduz a arrecadação efetiva, haja vista as diferentes maneiras de se suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Assim, é preciso consolidar a jurisprudência, dentro da trilogia que venho defendendo: *uniformidade – determinabilidade – segurança*.

Para se conseguir isto, é necessário estabilidade da legislação.

Assim, esta técnica da substituição tributária, desde que conformada em um modo constitucional de fazer as coisas, poderá servir como um importante meio de combater a sonegação, a evasão.

Mais esta, entre outras, não é apenas uma questão de técnica jurídica formal. É preciso, também, considerar as condições de adequação ao mercado, pois o direito



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



tributário brasileiro não pode funcionar como um elemento destrutivo das empresas que procuram ser adimplentes com o Fisco.

Explico o que digo.

O Brasil adota uma organização de Estado federativa. Assim, compõem a Federação brasileira 26 Estados, afora o Distrito Federal, e quase seis mil Municípios, muitos deles, na realidade, sem receitas próprias, e vivendo da repartição de receitas de outras pessoas políticas, a saber: Estados e União Federal.

Assim, é preciso ter em conta que se, por exemplo, uma empresa de bebidas antecipa o pagamento das futuras operações que advirão até passar pelo varejo e chegar ao contribuinte o seu produto, ela precisa ter a segurança de que a sua concorrente, situada em outro Estado e Município, não receba um tratamento tributário diferenciado, que a beneficie perante a primeira.

Se assim não o fôr, se não houver uma relativa uniformidade de tributação nos Estados e nos Municípios, poderia advir uma concorrência desleal.

Para piorar a situação, é também preciso considerar o mercado internacional, pois, mesmo que haja esta tal uniformidade interna, o preço final do produto, ainda assim, poderia atingir patamares não aceitos pelo mercado, diante da concorrência estrangeira.

Logo, a substituição tributária existe e é constitucional, mas também é preciso tê-la em conta diante da realidade de um mundo globalizado e de um Brasil que possui regiões em situações de desenvolvimento tão desequilibradas.

É o que alguns chamam de guerra fiscal.

De fato, uma guerra interna e externa, havendo necessidade de preservar as empresas nacionais de um processo predatório de competitividade, sob pena de se destruir algo que se levou tanto tempo para construir, substituindo importações, e vendo crescer o parque fabril brasileiro.

A resposta para isto não está apenas nos incentivos fiscais, que são consagrados constitucionalmente (art. 151, inc. I; art. 155, § 2º, inc. XII, al. “g”, etc); mas, sobretudo,



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



em um planejamento no sentido de um desenvolvimento equilibrado para as diferentes regiões do Brasil.

A própria Constituição brasileira de outubro de 1988 já estava alerta para isto, e deferiu para a lei complementar este assunto (vide art. 43, da atual Constituição da República brasileira).

Ocorre que, até aqui, passados mais de dez anos da promulgação constitucional, a lei complementar ainda não veio.

Ou seja, há excessos de leis para umas coisas; e, para outras, embora tão importantes, há tremenda e inconveniente escassez.

Esta lei complementar deveria tratar de assuntos como:

- a) a integração das regiões brasileiras, visando o desenvolvimento;
 - b) a composição dos organismos executivos dos planos elaborados;
 - c) os critérios para os incentivos regionais;
 - d) juros favorecidos para atividades prioritárias;
 - e) tratamento tributário diferenciado
- etc.

Enfim, para se desenvolver é preciso planejar, e trabalhar bastante de acordo com o planejamento feito.

Os planejamentos não podem mudar sob a veleidade de tantos tributos provisórios e medidas provisórias.

Planejar exige por em prática o planejado. Dar tempo ao tempo.

É preciso, também, acompanhar os resultados, para, se realmente for o caso, fazer os aparos que se apresentarem como mais eficientes na direção de um objetivo previamente traçado.

Feito isto, é preciso ter paciência, e acreditar no roteiro. Creio que nada seria tão eficiente contra a guerra fiscal do que planejar, trabalhar e executar.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Implantando estas circunstâncias, possivelmente a consciência tributária fosse sendo inserida no cidadão brasileiro, ele passaria a exigir nota fiscal, passaria a enxergar os tributos indiretos embutidos nas operações que realiza.

Veria o tributo pago, e exigiria mais conscientemente o seu retorno.

Transformar tributos indiretos em diretos é um trabalho difícil, mas que parece vem sendo cumprido, de alguma maneira, em Países como os Estados Unidos da América do Norte, a Alemanha, a Suécia, a Inglaterra etc¹²¹³.

No Brasil, mesmo que não se pretenda o paraíso, parece justo procurar sair do inferno fiscal.

Lembro, aqui, de que o Brasil, por vezes, consegue encontrar as suas saídas.

Foi, como exemplo histórico, o que ocorreu no período presidencial de JUSCELINO, quando veio a ser implantado para o naquela época denominado imposto sobre o consumo, desde 1965 substituído pelo Imposto sobre produtos industrializados, o que se chamou de *princípio da não cumulatividade*.

A questão era a de que estavam vindo para o Brasil montadoras de automóveis, eletrodomésticos etc. Estas empresas notaram que, do modo como funcionavam os tributos no Brasil, sairia mais barato para elas concentrar todas as operações no mesmo estabelecimento, até que os produtos chegassem ao consumidor.

Era uma espécie de planejamento tributário, ou de elisão. Mas do Estado.

Ocorre que este procedimento era prejudicial para o mercado de trabalho que se pretendia ampliar.

Assim, fixou-se a técnica do creditamento dos tributos pagos nas operações anteriores para abater o tributo que deveria vir a ser pago nas operações posteriores.

¹²¹³ Informação apresentada por OSÍRIS LOPES FILHO, ex-Secretário da Receita Federal brasileira, em entrevista gravada e distribuída pela TV Senado (Setor do Arquivo). Vide, ainda, Taxman International – www.taxman.nl/home.html. Este “site” permite o acesso às administrações tributárias de vários países do mundo.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Foi a técnica da não cumulatividade, que, embora não correspondendo exatamente à do valor agregado, dela se aproxima em finalidade.

Hoje, tanto o IPI (imposto federal), quanto o ICMS (imposto estadual) são *não cumulativos*, segundo os termos constitucionais (art. 153, § 3º, inc. II e art. 155, § 2º, incs. I e II).

Se a França ou o Brasil foi o pioneiro nesta técnica, não importa. O fato é que o Brasil pode encontrar as suas saídas, desde que as procure.

Planeje, trabalhe e realize.

Se o Brasil, hoje, é um País de evasões, talvez esta seja a principal guerra fiscal: combater as evasões, e não mudar as normas, favorecendo o evasor.

Se, atualmente, uma questão judicial tributária, dura, em média, entre cinco e dez anos, é natural que seja difícil para um administrador, cujo mandato não se estende por um período tão longo, que ele se desinteresse por adotar medidas cujos resultados não é ele quem irá desfrutar.

Talvez, o próprio sucessor opositorista beneficie-se das iniciais medidas antipáticas de combate à evasão. Ocorre que é preciso fazer, mesmo sem os frutos individuais.

Se não houver esta consciência, a tendência é a de que as coisas piores ainda mais; o que seria tremendamente lamentável.

É preciso acompanhar a existência da empresa devedora, mas não basta fiscalizar: é preciso cobrar eficazmente. Não deixar eternizar a dívida.

É preciso repensar o processo de execução no Brasil, agilizá-lo.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Não se trata, aqui, de buscar um Código de Defesa do Contribuinte¹²¹⁴, pois a Constituição da República brasileira já traz direitos e garantias suficientes, ao dispor sobre a necessidade de contraditório, devido processo legal, ampla defesa, etc.

¹²¹⁴ Em meados de 2.001, discutia-se, no Senado Federal brasileiro, o Projeto de Lei Complementar do Senado nº 646, de 1999, que dispõe sobre os direitos e as garantias do contribuinte e dá outras providências. Na Justificação ao Projeto, assinala-se a figura de uma nova cidadania, a do cidadão contribuinte. Não faz muito tempo, foram aprovadas legislações objetivando reduzir a manipulação de formas para pagar menos tributos; daí o receio de, logo em seguida, aprovar-se uma legislação que protegesse não só o contribuinte, mas também o sonegador, sobretudo em um País como o Brasil, cujos índices de sonegação parecem bem elevados. De fato, os termos em que este Código venha a ser aprovado interferirá não apenas no âmbito federal, mas também no estadual e no municipal, pois, em se tratando de normas gerais, tem aplicabilidade nacional. Em suma, trata-se do problema difícil e complexo da “justiça”, uma modalidade da idéia de igualdade, que, naturalmente, varia em razão de intuições emocionais, dos ciclos culturais, do conjunto de interesses postulados, etc. Entre os dispositivos que mais polêmicas vêm provocando, destacam-se: “(...) Art. 22. O contribuinte tem direito de, na forma da lei, ser notificado da cobrança de tributo ou multa. *Parágrafo Único.* Além do disposto no art. 42 desta Lei, a notificação deverá indicar as impugnações cabíveis, o prazo para sua interposição, o órgão competente para julgamento, o valor cobrado e seu respectivo cálculo, e, de maneira destacada, o não condicionamento da defesa a qualquer desembolso prévio. (...) Art. 29. O crédito tributário do contribuinte, assim reconhecido em decisão administrativa definitiva ou em sentença judicial transitada em julgado, poderá, por opção sua, ser compensado com débitos relativos à mesma Fazenda Pública. (...) Art. 37. É vedado à Administração Fazendária, sob pena de responsabilidade funcional de seu agente: (...) V- fazer-se acompanhar de força policial nas diligências ao estabelecimento do contribuinte, salvo com autorização judicial na hipótese de justo receio de resistência ao ato fiscalizatório (...) Art. 43. A ação penal contra o contribuinte, pela eventual prática de crime contra a ordem tributária, assim como a ação de quebra de sigilo, só poderão ser propostas após o encerramento do processo administrativo que comprove a irregularidade fiscal. § 1º. A tramitação do processo administrativo suspende a fluência do lapso prescricional penal. § 2º. O ajuizamento de ação de quebra de sigilo, antes do encerramento do processo administrativo-tributário, será admitido somente quando essencial à comprovação da irregularidade fiscal em apuração.” Discute-se, também, a conveniência e a constitucionalidade de se permitir, a pessoas físicas ou jurídicas, a possibilidade de participar de licitações e de contratar com o Poder Público, inclusive porque a Constituição do Brasil, de outubro de 1988, fixou, em seu art. 195, § 3º: “A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.”



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



É preciso estabelecer um sentimento de solidariedade entre a sociedade e o Estado, algo que está, aliás, entre os objetivos fundamentais da República brasileira (art. 3º, inc. I, da atual Constituição da República): “*construir uma sociedade, livre, justa e solidária.*”

A Constituição, de modo algum, lança as bases para uma guerra, de que tipo seja, entre um Sudeste e um Sul desenvolvidos contra um Norte, um Nordeste e um Centro-oeste paupérrimos.

É preciso uma política nacional de desenvolvimento, advinda da União. Afinal, parece ser este o objetivo de qualquer Federação: evitar que os mais fortes esmaguem os mais fracos.

Contudo, a prática ainda está na contra-mão.

Exemplifico o que digo.

A União Federal, cujos IPI (imposto sobre produtos industrializados) e IR (imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza) compõem os chamados Fundos de Participação dos Estados, dos Municípios e o Fundo de fomento das três Regiões menos desenvolvidas do Brasil, ao invés de estimulá-los em arrecadação, procede exatamente ao contrário.

Em palavras mais simples: garante o que é dela.

Digo isto, pois, ao invés de intensificar a administração tributária no setor dos tributos repartidos com as demais entidades da Federação brasileira, prefere ampliar as contribuições especiais, ou impostos cujos resultados não partilhe, tal como ocorre com a contribuição social sobre o lucro líquido e com o imposto sobre operações financeiras.

É a política subconstitucional do *salve-se quem puder*.

Enfim, ainda dentro do planejamento necessário para o Brasil, é matéria que não pode ser afastada das discussões o tema da renúncia fiscal. É necessário, *pari passo*, acompanhar o desenvolvimento e os efeitos da renúncia, para constatar os seus resultados. É preciso ver se o objetivo está sendo alcançado.



CAPÍTULO 18. O SISTEMA TRIBUTÁRIO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS



Fundamental é tirar do Texto Constitucional o princípio da eficiência, e colocá-lo em prática.

Na verdade, conforme a Emenda Constitucional nº 19/98, chamada de Reforma Administrativa, acrescentou-se, entre os princípios vetores da Administração pública brasileira, a *eficiência*.

Esta é uma prova cabal de que o problema não está na Constituição, mas fora dela.

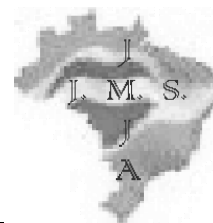
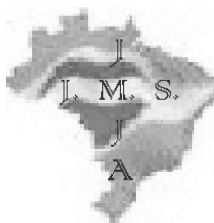
Na Constituição da República brasileira, está escrito que a Administração precisa ser eficiente. Ocorre que não o é.

A Constituição manda acompanhar os incentivos regionais de modo a melhor promover o equilíbrio do País, mas a sonegação não se compadece disto.

Do modo como está, há um enorme hiato entre o Sistema Tributário normativo e o prático, culminando por fazer com que, diante da concorrência de mercado, termine ganhando quem não paga os tributos.

É preciso mudar.

Não a Constituição, mas o impulso de não cumpri-la.



19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS.¹²¹⁵

“A primeira noite eles se aproximam e colhem uma flor do nosso jardim, e não dizemos nada. Na segunda noite, já não se escondem: pisam na flor, matam o nosso campo, e não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a lua e, conhecendo o nosso medo, arranca-nos a voz da garganta, e porque não dissemos nada, já não podemos dizer nada.”
(MAIACOWYSKY. Extraído do Informativo da Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 6. Número 31. Abril / maio de 1999. Capa)

A Constituição brasileira de 1988, que já surgiu “*gorda*”, expressão utilizada por alguns Parlamentares escutados, vem sofrendo um processo de crescimento que não apenas se resume aos 18 (dezoito) artigos que, aparentemente, até agora foram acrescidos, porquanto mais de uma Emenda Constitucional possui disposições transitórias autônomas, haja vista o que se verificou na Emenda Constitucional nº 03, aquela que, entre outras providências, fez surgir o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras – IPMF, e as Emendas Constitucionais nºs. 19 e 20, ambas de 1998, que são, costumeiramente, chamadas, no Brasil, de Reformas Administrativa e Previdenciária.

Também quando se fala em promover uma nova regulamentação constitucional das medidas provisórias o objetivo, quase sempre, é o de substituir e de acrescentar novos dispositivos.

Feito este breve esclarecimento, sublinho o que venho dizendo desde o início. Não basta a teoria, pois é preciso averiguá-la na experiência prática.

¹²¹⁵ A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, por ser recente, ainda não permitiu um estudo prático aprofundado da sua experiência, sendo possível, contudo, apontar os caminhos que precederam a sua edição, bem como prever algumas das conseqüências das alterações realizadas. É o que faço em seguida.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Isto, normalmente, não é fácil; e creio que, também por isto, costuma ser evitado.

Desde que retornei ao Brasil, e agora já por mais de um ano, venho acompanhando, de perto, as atividades do Congresso Nacional brasileiro.

Logo, será com base nas minhas observações que abordarei aquilo que mais me chamou a atenção, tomando sempre em conta o que já foi estudado quanto ao princípio da segurança jurídica no Estado de Direito brasileiro, e, mais especialmente ainda, sobre as medidas provisórias e a inflação normativa em face da necessidade de desenvolvimento em um mundo onde tanto se discute a globalização e os seus efeitos.

Esta é a primeira Parte.

A segunda pretende refletir, de acordo com a realidade apresentada, sobre quais as conseqüências tributárias de tudo decorrentes.

O sentimento que pude retirar, acompanhando o Congresso Nacional brasileiro, que, em março de 2.000, promoveu Ciclos de Audiências públicas para discutir, na Comissão Especial de Regulamentação de Medidas Provisórias - Câmara dos Deputados¹²¹⁶, a regulamentação das mesmas, foi o de que pairava uma certa consciência de que o Texto originário de outubro de 1988 teria sido fabricado, como ademais a Constituição por inteiro, em conseqüência de se estar, permanentemente, avistando o Brasil com um retrovisor, elaborando-se uma Constituição em um período de ditadura recente e do controle dos militares.

Uma Constituição olhando para o passado, e se esquecendo de que haveria um futuro. Pareceu a mim haver este sentimento.

Basicamente, destaca-se o fato de que a memória das duas Casas Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) não se perdeu, realçando-se que, já na Subcomissão que tratava da Organização dos Poderes, no processo constituinte anterior a outubro de 1988, estavam propostas as medidas provisórias.

¹²¹⁶ Refiro-me à Comissão Especial reunida para a análise e votação da Proposta de Emenda Constitucional nº 472-D/97 – Regulamentação de Medida Provisória, particularmente à Exposição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, e ex-Deputado Constituinte, NELSON JOBIM.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Portanto, insiste-se, e me parece com razão, em que se trata de um equívoco acadêmico desprezar as atividades parlamentares em concreto, menosprezando-se os trabalhos regimentais.

Ao contrário do que diz a mais larga doutrina, as medidas provisórias brasileiras não haveriam sido construídas para um sistema parlamentar de governo.

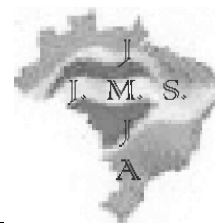
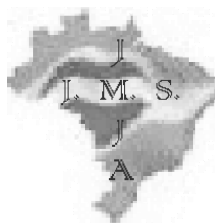
Estava-se consciente de que, mesmo no presidencialismo, deveriam vigir as medidas provisórias. Tanto é assim que a proposta de inserção, no Texto Constitucional brasileiro, destas medidas já consagrava o Presidencialismo.

Cabe citar as palavras do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, e à época Deputado Constituinte, NELSON JOBIM, em sua audiência pública perante a Comissão Especial da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 472-D/97 – Regulamentação de Medida Provisória, quando recupera a memória do processo de aprovação das medidas provisórias em meio a uma Emenda presidencialista:¹²¹⁷

“Começaremos, portanto, pela sessão de 19 de março de 1988, da Assembléia Nacional Constituinte. Já então se discutia o Sistema de Governo. Na Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte, havia sido aprovado o sistema parlamentar de governo. E todo o desenho do sistema parlamentar de governo estava posto sobre a mesa. Os presidencialistas uniram-se em torno da Emenda Coletiva nº 1830, assinada pelo então Senador HUMBERTO LUCENA e pelo Deputado VIVALDO BARBOSA, membro do Partido Democrata Trabalhista. Nessa Emenda presidencialista já estava a Emenda Coletiva, que havia sido apresentada à Câmara dos Deputados, antes da discussão, em Plenário, sobre as medidas provisórias, e já previa, no art. 95, inc. XVII, a sua adoção.

Portanto, historicamente é falsa a afirmação de que, no momento em que foi aprovada a Emenda presidencialista, deveria cair o texto das medidas provisórias, porque

¹²¹⁷ Extraído da Comissão Especial PEC 472-D/97 – Regulamentação de Medida Provisória. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação – Núcleo de Revisão de Comissões. Audiência pública nº 219, 30.03.00. Depoente / convidado: Ministro do Supremo Tribunal Federal, NELSON JOBIM. Sumário: Considerações sobre a regulamentação da emissão de medidas provisórias.



essas seriam instrumentos típicos dos regimes parlamentaristas. Essa afirmação, historicamente, é falsa.”

E continua, afirmando neste mesmo sentido:

A Emenda coletiva de HUMBERTO LUCENA e VIVALDO BARBOSA foi a Emenda presidencialista que restou aprovada na sessão de 23 de março de 1988. Gostaria de chamar a atenção para o equívoco histórico: no dia 19 de março, portanto três dias antes, foi discutido o destaque supressivo para votação em separado do texto de medida provisória previsto no Projeto de Constituição. E lá os Deputados ADYLSO MOTA e MICHEL TEMER encaminharam contrariamente à adoção de medidas provisórias no Texto da Constituição.

O deputado EGÍDIO FERREIRA LIMA e eu defendemos a sua adoção, e a votação foi no sentido da sua aprovação com os votos dos presidencialistas; os membros do Partido dos Trabalhadores votaram contra. Já o PDT – Partido Democrático Trabalhista todo votou favoravelmente à sua adoção, uma vez que o texto aprovado, o texto da Emenda coletiva de HUMBERTO LUCENA e VIVALDO BARBOSA, previa a adoção das medidas provisórias.

Com isso, trago informações meramente históricas, que se encontram nos Diários da Assembleia Nacional Constituinte, ou seja, a Emenda presidencialista previa a adoção de medidas provisórias, e o Partido Democrático Trabalhista, que havia firmado a Emenda presidencialista, também votou pela manutenção da medida provisória (...).”

É isto mesmo. A proposta que inseria as medidas provisórias no Texto Constitucional era presidencialista.¹²¹⁸

Logo, segundo os trabalhos regimentais da Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição brasileira de 1988, é falsa a idéia de que as medidas provisórias foram aprovadas para um parlamentarismo que não veio.

¹²¹⁸ Vide OLIVEIRA, Mauro Márcio. Fontes de Informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília. Editor Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal – Secretaria de Documentação e Informação. 1993.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Além do mais, assegura-se que ainda haveria tempo, depois de aprovado o presidencialismo, de se suprimir as medidas provisórias; o que, efetivamente, não ocorreu, vencendo a posição favorável à sua manutenção, quando da votação do destaque supressivo que isto pretendia.

Realmente, tenho comigo que esta questão é, de algum modo, fundamental.

De fato, creio que o problema nuclear seja não o de retirar o instituto da medida provisória da Constituição brasileira, mas o de transformar a aprovação das medidas provisórias em um ônus do Presidente da República, fixando-lhe prazos preclusivos.

Tento esclarecer o que digo.

Se, em um sistema parlamentar de governo, o Poder Executivo depende da confiança do Parlamento, podendo haver, diante da reedição de medidas do tipo das provisórias brasileiras, a quebra de confiança e produzir a queda do Governo, ou do próprio Parlamento, o mesmo não ocorre em um sistema presidencialista.

Logo, no presidencialismo, acaso se instale o conflito entre o Governo e o Parlamento, permitindo-se a reedição, pode, na prática, o Presidente obstruir a votação, sem que advenha da não votação qualquer encargo a mais para o Executivo. Afinal, ele não será derrubado.

Isto não significa por si que não se possa adotar as referidas medidas provisórias também no presidencialismo, ocorre que os cuidados, neste sistema de governo, deverão ser maiores, sobretudo quanto à reedição.

A questão é esta. Tem-se de encontrar um modo de estimular o governo a querer que se vote a medida, sob pena de se submeter a algum tipo de sanção.

É exatamente por isto que, no Brasil, parece haver um certo consenso, no Congresso Nacional, de que se faz necessário modificar o regulamento constitucional das medidas provisórias; até mesmo porque o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem entendendo ser possível a reedição das medidas com a prorrogação e manutenção da eficácia.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Ora, se o mais Alto Tribunal vem decidindo desta maneira, esta tese, na prática, só poderia ser modificada pela via constitucional. Afinal, se o Supremo Tribunal brasileiro viesse a mudar as suas Decisões, adviria um incisivo problema vindo do passado, pois várias são as medidas provisórias que já estão na quadragésima ou quinquagésima reedição.

Se reedições não pudessem ocorrer, elas perderiam a eficácia, retornando a valer o direito anterior.

Entendem, mesmo, alguns Parlamentares que a reedição, como quase tudo na vida, se tem pontos negativos, também possui os seus pontos positivos.

No lado negativo, aponta-se o lançamento em descrença popular de um Congresso Nacional que não consegue votar uma medida provisória, editada pelo Poder Executivo, por vezes, mais de cinco anos após a primeira edição.

No lado positivo, ponderava-se que a demora na votação pode aprimorar o texto da medida provisória, com as reedições sucessivas.¹²¹⁹

Vozes ainda se lançam para afirmar que se, em um sistema presidencialista, o ônus da edição de uma medida provisória deve ser do Governo, nada mais natural seria impedir-se a reedição.¹²²⁰

A possibilidade de reeditar é um poderoso estímulo já para a primeira edição. Estabelecer a proibição de reedições implicaria em estimular o Governo a não adotar as medidas provisórias, senão aquelas, realmente, essenciais. Afinal, haveria o risco, em editando, de não aprová-la, havendo a necessidade, portanto, de negociações prévias à primeira edição. E negociar é algo natural a um Estado Democrático de Direito, tal como preconiza o art. 1º, “caput”, da Constituição da República brasileira, entre os seus Princípios Fundamentais.

¹²¹⁹ A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, fixou um prazo de vigência de sessenta dias para as medidas provisórias, permitida uma única prorrogação.

¹²²⁰ É o teor da Reforma Constitucional de setembro de 2001: “Art. 62. (...) § 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.”



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



E se finaliza, dizendo que não se deve discutir instituições políticas e jurídicas no vácuo.

Portanto, entende grande parte dos Parlamentares que a questão não é só jurídica; mas também política e prática.

Assinale-se o que dizem, com o exemplo do salário-mínimo. Desde 1996, o mesmo está sendo fixado por medidas provisórias, que continuam a ser reeditadas.

Assim, se estas medidas não forem ou puderem ser convertidas em leis, retornaria-se ao salário-mínimo anterior às mesmas, com o problema adicional de que nem mesmo a moeda vigente naquele período ainda continua em vigor.

Cerca de seis anos de vigência do salário-mínimo deve-se às reedições de sucessivas medidas provisórias.

Um problema político e prático.

Chegou-se ao ponto de os Parlamentares, pela inconveniência de aprovar um salário-mínimo bem aquém do esperado, evitar, até mesmo, a leitura de tais medidas.

Portanto, se houver um erro de reedição, ou a não aprovação, entende-se que se instalaria algo próximo do caos, uma balbúrdia do salário-mínimo; pois voltaria-se aos valores defasados de um passado que não se manteve nem mesmo enquanto moeda oficial.

Por este exemplo, facilmente conclui-se que nem sempre a não votação de uma medida provisória pelo Congresso deve-se à obstrução do Governo.

De fato, assinalam-se, em minha ótica de observação dos trabalhos parlamentares, várias ordens de motivos que, pragmaticamente, justificavam a constante não votação das medidas provisórias brasileiras, inclusive as tributárias.

São os principais motivos que encontrei¹²²¹:

¹²²¹ A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, pode haver instalado um novo jogo político cujos resultados o tempo irá apontar.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



1. espera-se que entrem em acordo o Parlamento e o Governo;
2. o Congresso Nacional não pretende assumir o ônus político da aprovação do conteúdo da medida provisória;
3. o Congresso Nacional adota a decisão política de barganhar com o Governo. Assim, poderia vincular matérias que se, no ponto de vista jurídico não têm conexão; no ponto de vista político, passam a ter;
4. o Governo obstrui a votação da medida provisória;
5. a medida provisória funcionando no lugar do veto presidencial;
6. o desinteresse do Congresso Nacional.

Logo, como se pode perceber, defende-se que bem longe da realidade está-se ao atribuir à desídia congressional o exclusivo motivo da necessidade de reedições, que me parece esteja entre os grandes problemas deste instituto no Brasil.

Creio que esta conclusão da pesquisa de campo que fiz é irrefutável.

Sublinharei, a seguir, alguns exemplos que fundamentam os motivos elencados.

A primeira oportunidade onde, na prática, apresentou-se o tema da reedição foi à época do Presidente JOSÉ SARNEY, quando encaminhou uma medida provisória sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Reeditou-se a medida porque ela não foi apreciada no prazo constitucional.

Aqui, foi o próprio Congresso Nacional que deliberou por permitir a reedição. Logo, neste tema, ele se pronunciou antes mesmo do Supremo Tribunal Federal.

Confirmando o que digo, recorro, novamente, às palavras do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, e Deputado à época da Assembléia Nacional Constituinte, quando trata do primeiro caso histórico de reedição de medida provisória. A Medida Provisória nº 29 foi reeditada aos 15 de fevereiro de 1989, sob o nº 39, pelo Presidente da República JOSÉ SARNEY, dispondo sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios:

“No dia da leitura da medida provisória, numa sessão única do Congresso, surgiu o problema da reedição da medida provisória. Houve sugestões de que ela deveria ser devolvida pelo Presidente do Congresso Nacional ao Presidente JOSÉ SARNEY. No dia 21 de fevereiro do mesmo ano, quando da leitura da mensagem,



o Presidente do Congresso NELSON CARNEIRO, designou uma Comissão especial de Deputados e Senadores para examinar o tema da reedição da medida provisória.

Foram nomeados os Deputados PAES LANDIM, PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, então líder do Partido dos Trabalhadores, e BONIFÁCIO DE ANDRADA, do Partido Democrático Social, e ainda os Senadores AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, CID SABÓIA DE CARVALHO e MAURÍCIO CORRÊA, para realização desta Comissão.

Antes da Reunião, o Deputado BONIFÁCIO DE ANDRADA foi substituído por mim. Fui Relator da Comissão, que foi presidida por AFONSO ARINOS. Em março de 1989, publicou-se o Parecer aprovado unanimemente pela Comissão, composta naquele momento, pelos Parlamentares AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, CID SABÓIA DE CARVALHO, MAURÍCIO CORRÊA, NELSON JOBIM, PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO e BONIFÁCIO DE ANDRADA, no qual o Congresso Nacional admitia a reedição de medidas provisórias. Ou seja, a primeira manifestação sobre reedição de medida provisória foi feita pelo Congresso Nacional, não pelo Poder Judiciário. Esse Parecer foi publicado no dia 1º de março de 1989, nos Anais do Congresso.”¹²²²

De fato, portanto, foi no dia da leitura da Medida, em sessão conjunta do Congresso Nacional, que se levantou a questão da constitucionalidade da reedição das medidas provisórias brasileiras.

Formou-se uma Comissão no Congresso Nacional, que elaborou um Parecer favorável; e este foi aprovado.

Surgiu, assim, pela primeira vez, a necessidade de se aprovar uma regulamentação para estas medidas.

¹²²² Extraído da Comissão Especial PEC 472-D/97 – Regulamentação de Medida Provisória. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Núcleo de Revisão de Comissões. Depoente / convidado: Ministro do Supremo Tribunal Federal, NELSON JOBIM. Sumário: Considerações sobre a regulamentação da emissão de medidas provisórias.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Na regulamentação, pretendeu-se submeter a análise das medidas provisórias a duas etapas.

Na primeira, apreciava-se a urgência e a relevância. Na prática, isto terminou por parecer letra morta, porquanto quase nunca se discute estes assuntos, caminhando-se direto para o mérito. É uma exigência que vem sendo ineficaz.

Na segunda, apreciava-se o mérito.

É de se recordar que já expus sobre o tema, minudentemente, em Título anterior.

Contudo, vale dizer, agora, que a ineficácia chegou ao ponto de o próprio Governo, ao editar uma medida provisória, não mais tomar cuidado com a fundamentação destes requisitos, limitando-se a citá-los.

Pois bem. O Presidente FERNANDO COLLOR, ao editar o chamado Plano Collor I, no início da década de noventa, teve o apoio do Congresso Nacional, que o aprovou em 29 dias, convertendo-o em lei.

Veio o insucesso e o debacle das iniciativas presidenciais, cujo passivo político foi dividido com o Congresso.

Escaldado com isto, parece que o Congresso Nacional realizou o ajuste tácito de não mais aprovar as medidas provisórias de ordem econômica, não as convertendo em lei por decisão política de não arcar com os ônus do fracasso das iniciativas presidenciais.

Isto pode ser percebido de acordo com as várias medidas econômicas não apreciadas. Elas não são apreciadas nem por desídia, nem tampouco porque o Governo obstrui o processo de votação; mas por cautela congressional de não arcar com o ônus político. Evita-se o risco, e se desonera de responsabilidades.

Um outro exemplo.

Por vezes, um Projeto de lei de conversão já está acertado com o Governo, mediante modificações acordadas; e, mesmo assim, ele não é aprovado, e precisa ser reeditado.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Isto ocorre porque permite uma oposição mais efetiva contra o Governo, mantendo-se uma espada de dâmocles sobre o Executivo, exigindo-se o acolhimento de teses que podem nada ter a ver com o conteúdo da medida provisória em questão.

Assim, certas matérias, que são, constitucionalmente, da iniciativa privativa do Presidente da República; e, quanto a elas, portanto, o Congresso Nacional nada poderia fazer, são vinculadas à aprovação de medidas provisórias do interesse do Governo.

É comum afirmar-se que se tentou este expediente em relação às privatizações que o Governo pretendia fazer, sobretudo na época do Presidente FERNANDO COLLOR.

Mantém-se, com isto, o Governo sob barganha.

Mais um exemplo.

Em 1989, o Congresso Nacional brasileiro, praticamente, liquidou com a urgência dos Projetos de lei de iniciativa presidencial.

Diz o art. 64, § 1º, da atual Constituição brasileira que “*O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa*”, arrematando, no § 2º, que “se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quando aos demais assuntos, para que se ultime a votação.”

Parece que a inteligência do artigo seria a de defender a fatal urgência presidencial nos projetos de lei de sua iniciativa, porquanto haja a imposição constitucional da sua presencionalidade na ordem do dia, acaso superados os quarenta e cinco dias constitucionais.

Mais: sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Contudo, desde 1989, no Brasil, a interpretação deste dispositivo é a seguinte: o sobrestamento da pauta, confirmado constitucionalmente, apenas referiria-se à pauta da sessão ordinária; não se aplicando à extraordinária.¹²²³

É que, em 1989, o Presidente da República da época tomou a iniciativa de urgência em relação a um Projeto de lei por ele proposto, que não foi votado, no Senado Federal, durante a sessão ordinária.

A matéria foi à ordem do dia, com a precedência constitucional sobre um outro Projeto que a maioria parlamentar pretendia votar.

Assim, lançou-se uma questão de ordem, onde se decidiu que o mandamento constitucional abordado apenas aplicava-se à sessão ordinária; e não à extraordinária, tal como, naquele momento, procedia-se.

Logo, praticamente, fulminou-se a urgência constitucional dos Projetos de lei de iniciativa presidencial.

Portanto, se se quer regulamentar as medidas provisórias, é necessário disciplinar esta questão, esclarecendo que a urgência dos Projetos de leis de iniciativa presidencial não deve ser excepcionada durante as sessões extraordinárias, sob pena de se estimular o Governo, por mais este motivo, a editar novas medidas provisórias.

Além do mais, a respeito da pauta, é preciso repensá-la; e não como uma questão menor, quebrando a tradição brasileira de que o Presidente do Parlamento e o líder da maioria são os ditadores de sua confecção, abstraindo o chamado “vale dos caídos”, que seriam parlamentares estranhos e não influentes sobre o líder do Governo e o Presidente do Parlamento.

Chega-se, mesmo, no Brasil, a comentar que um conhecido e velho político brasileiro argumentava que a hora certa de votar seria aquela onde os velhos estão com fome e os novos querem ver as namoradas, porquanto, assim, vota-se mais depressa e sem a necessária atenção.

¹²²³ Constituição brasileira. “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.”



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Como se vê, questões que ao leigo podem parecer sem importância, na prática diária do poder, detêm fundamental interesse, ainda mais em um bicameralismo frágil como o brasileiro.

Digo frágil porque o instituto da Casa revisora, pelo que pude perceber, termina por provocar arditosas maneiras de encaminhamento legal.

Explico o que digo.

Mesmo que a Casa revisora modifique o Projeto, e se volte à Casa de origem, esta poderia rejeitar o novo Projeto, e aprovar aquele que encaminhou.

De fato, nesta hipótese, o Projeto originário, e afinal aprovado pela Casa de origem, pode jamais haver sido votado pela Casa revisora, pelo singelo motivo de que, na Casa revisora, ele pode haver sido encaminhado para uma Comissão, que elaborou um Substitutivo, preferindo o Plenário da Casa Revisora votar o próprio Substitutivo.

É de se salientar, ainda, que a maior parte dos Projetos de lei têm como Casa de origem a Câmara dos Deputados, restando ao Senado Federal a condição de Casa de origem em poucas questões, tal como aquelas situações de Projetos de lei da iniciativa dos próprios Senadores.

Esta é a técnica de votação do bicameralismo brasileiro, ao menos em se tratando do procedimento legislativo ordinário.

Assim, a experiência parlamentar demonstra que, diante da propaganda alternância de Casas, proposta pelos Projetos de regulamentação das medidas provisórias, poderia o Governo selecionar-lhe a ordem a ser perseguida.

É o seguinte.

O Governo poderia encaminhar uma medida provisória sobre um tema menor para a Casa onde não tivesse maioria. Assim, embora existisse o risco de a medida provisória não ser aprovada, este seria diminuto, dado ser o tema de reduzido interesse; além do aspecto liberal que vinha adotando o Congresso Nacional na análise concreta dos conceitos de relevância e de urgência.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Com isto, a alternância também poderia implicar em distribuição dirigida das medidas provisórias para aquela Casa Legislativa que melhor importe para o Governo.

Talvez, fosse o caso de adotar para as medidas provisórias um sistema de distribuição análogo àquele empregado para os processos judiciais.

Assim, mesmo mantidas as sessões separadas, o problema do retardo do prazo de conversão em lei não teria tanta importância.

Enfim, a adoção do entendimento de que a Casa Revisora não pode ser modificativa, na prática apenas se aplica à legislação subconstitucional.

Em se tratando de Emendas Constitucionais, o mesmo não acontece, embora podendo dar margem, mesmo assim, ao chamado pelos Congressistas de “efeito pingue-pongue”.

Nas Constituições anteriores à de 1988, o problema do “efeito pingue-pongue” era solucionado com a votação, em sessão conjunta, das Emendas Constitucionais.

Formava-se uma Comissão Mista única, e se evitava o inconveniente que já foi dito.

Recentemente, contudo, quando da discussão, no Egrégio Supremo Tribunal Federal, da Emenda Constitucional da prorrogação da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social brasileira, chamada de COFIS, a questão do efeito “pingue-pongue” demonstrou-se bem nítida.

Refiro-me à Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999.

No art. 1º, desta Emenda, que alterava o art. 75, do Texto Transitório da Constituição brasileira, mais especificamente no § 3º, deste mesmo artigo, entendeu o Senado Federal de autorizar a emissão de títulos de dívida pública interna para suprir a lacuna da não aprovação da prorrogação imediata da CPMF; o que redundaria em não encaminhamento de dinheiro público para os setores da saúde e da previdência social.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Ocorre que o Senado Federal vinculava esta emissão de títulos ao fato de, no último ano da arrecadação da CPMF, os valores dos títulos emitidos deverem ser repostos ao Erário.

Esta vinculação foi rejeitada na Câmara dos Deputados, e não retornou ao Senado Federal.

A matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal, que entendeu por encontrar um vício de inconstitucionalidade no procedimento de criação desta Emenda Constitucional, concluindo pela inconstitucionalidade do dispositivo que autorizava a emissão de títulos de dívida pública interna.

É este problema que, no Brasil, vem-se delineando através da chamada “promulgação por fatias, ou fatiada”.

O caso da alteração constitucional do regime jurídico das medidas provisórias é um exemplo dos riscos que isto traz em seu bojo.

Entenda-se.

Parte da Emenda Constitucional relativa às medidas provisórias foi aprovada tanto pela Câmara dos Deputados como também pelo Senado Federal, pretendendo alguns Parlamentares que, ao menos esta parte, ou fatia, viesse a ser promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3º, da Constituição da República brasileira).

Contudo, muitos entendem que se assim se procedesse poderia-se estar cometendo um vício de inconstitucionalidade formal.

Afinal, do ponto de vista jurídico, alguns dispositivos podem haver contado com o apoio de ambas as Casas por diferentes motivos, inclusive por vínculos obrigacionais diversos.

Pense-se no caso há pouco apontado sobre a Contribuição Provisória em favor da Seguridade Social – COFIS.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Assim, motivos jurídicos diversos e vinculativos podem haver dado margem à aprovação em cada Casa legislativa.

Suprimir um parágrafo pode significar uma mudança profunda no Texto.

Tão profunda que, acaso o Texto votado já o tivesse supresso, o resultado da votação poderia ser outro.

Isto para ficar apenas com os motivos e vinculações jurídicas, embora se saiba que, nos Parlamentos, por vezes, as vinculações não sejam apenas jurídicas.

Matérias de conteúdo absolutamente diferentes podem estar vinculadas por compromissos políticos, e a promulgação fatiada traria, em seu interior, uma possibilidade maior de traições políticas.

Pelo menos, foi isto o que imaginei perceber.

Como se vê, é essencial tomar em conta o jogo do poder.

Isto não significa, contudo, que este instrumento legislativo redunde todas as vezes em inconstitucionalidade formal. Tanto não redundava que foi empregado na Reforma Previdenciária, e o Supremo Tribunal Federal o admitiu.

A possibilidade, ou não, varia caso a caso, ficando sob o julgo do que o mais Alto Tribunal do País chamou de “relação de pertinência”.

Sem a tal “relação de pertinência”, ou conexidade de matérias, poderia ser admitida a promulgação fatiada.

Como se vê, a aplicação deste instrumento implica em ponderável risco para o Governo.

Aqui, abro um breve parêntese para relembrar que as Emendas Constitucionais de Revisão foram votadas em sessão conjunta do Congresso Nacional (art. 3º, ADCT, CF/88), que falava em voto de maioria absoluta e em sessão unicameral.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Logo, neste jogo de poder, é impossível abstrair a afirmação de que o Congresso Nacional não teria estrutura para votar tantas medidas provisórias.

Contra isto, há Parlamentares que contra-argumentam, dizendo que, desde o Presidente SARNEY até hoje, foram lançadas cerca de seiscentas medidas provisórias novas, havendo cerca de quatro mil e quinhentas a título de reedições.

Para ser mais exato. Até 23 de março de 2.000, são 563 (quinhentos e sessenta e três) medidas provisórias originais e 4.172 (quatro mil, cento e setenta e duas) reedições: o que dá um total de 4.735 medidas provisórias.¹²²⁴

Insiste-se, portanto, dizendo que o principal ponto de estrangulamento está nas reedições.

Outra questão que não se pode deixar de lado, ao se tratar das medidas provisórias, diz respeito ao caráter “interna corporis” na apreciação sobre o que seja relevância e urgência.

Atualmente, entendem muitos Parlamentares que assim o deva ser, embora se reconheça a existência de várias opiniões contrárias.

De fato, o Supremo Tribunal Federal resiste a emitir juízo sobre estes dois conceitos, salvo naquilo que chama de condições objetivas da urgência, entendendo-se por “condições objetivas de urgência” aquelas incidentes sobre tributos que só viriam a ser cobrados após respeitada a anterioridade dos noventa dias da publicação (contribuições em favor da seguridade social), ou quanto a prazos que podem ser ainda maiores.

Pareceu-me ser predominante o elogio à interpretação restritiva do Supremo Tribunal Federal no Parlamento brasileiro.

¹²²⁴ O Governo SARNEY editou 125 medidas provisórias, e reeditou 22, parte delas ele não reeditou, e parte foi aprovada. O Governo COLLOR editou 88 medidas originais, e reeditou 73. O Governo ITAMAR editou 141 medidas originais, e houve 363 reedições. O Governo FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, de janeiro de 1995 a dezembro de 1998, editou 158 medidas originais, e reeditou 2.447. E de janeiro de 1999 até 23 de março de 2.000, foram editadas 51 medidas originais. (Dados obtidos junto à Comissão Especial PEC 472-D/97 – Regulamentação de Medida Provisória).



Tanto assim o é que, como razões de fortalecimento da compreensão restritiva, aponta-se:

1. na hipótese de ser impetrada uma Ação direta de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, alegando-se ausência de relevância ou de urgência, e, ao mesmo tempo, vindo o Congresso a se pronunciar sobre estes requisitos, admitindo-os como presentes. Poderia ocorrer de vir o Supremo Tribunal Federal discordar da existência de tais requisitos, e se instalaria um conflito indesejado entre os Poderes da República. De um lado, o Executivo e o Parlamento; e, de outro, o mais Alto Tribunal do País;
2. outra situação de conflito seria aquela onde o Congresso Nacional viesse a rejeitar os requisitos da relevância e da urgência. Assim, o Presidente da República iria ao Supremo Tribunal Federal colocar em cheque a deliberação do Congresso Nacional. Ora, defendem os Parlamentares, trata-se de uma questão meramente política, não cabendo ao mais Alto Tribunal transformá-la em jurídica. Se isto fosse permitido, redarguem dizendo: *imagine-se uma hipótese de cassação de Deputado por falta de decoro parlamentar. Isto é um juízo político. Se fosse possível ao Supremo Tribunal Federal analisar a relevância e a urgência das medidas provisórias, também o deveria ser em relação ao decoro e à conseqüente cassação.* Pareceu-me que este segundo argumento toca forte no seio parlamentar.

Acrescenta-se, também, entre os Parlamentares, a ponderação de que se o Congresso Nacional entende desnecessário realizar a análise prévia ao mérito sobre se a hipótese é de relevância e de urgência, não haveria aqui vício de inconstitucionalidade, pois o julgamento explícito seria uma necessidade meramente regimental; e não constitucional.

Contudo, para o bem da justiça, deve-se, também, apontar aqueles que buscam encontrar um significado em tais expressões: “relevância” e “urgência”.

A divergência doutrinária mais exposta no Parlamento brasileiro, em linguagem de síntese, é a seguinte.

De um lado, estão aqueles que defendem que os conceitos têm significados que se encontram “nas palavras do mundo”. As palavras teriam por si um significado próprio.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



De outro lado, estão aqueles que defendem que é o uso das palavras que lhes trazem um significado.

Uma divergência doutrinária, portanto.

Parece predominar a posição que identifica, nas expressões constitucionais “relevância” e “urgência”, um juízo relacional de conduta, sem uma definição prévia.

Se assim o for, atribuir-se ao Poder Judiciário a prerrogativa de definir o que seja relevante e urgente seria, tão somente, transferir-lhe uma responsabilidade política do Parlamento e do Governo. Seria transferir-lhe discricionariedade política.

Defendem estes Parlamentares que, deferindo esta atribuição ao Supremo Tribunal Federal, este Órgão do Poder Judiciário não iria examinar uma questão jurídica; mas, apenas, política.

Equiparam a urgência e relevância da medida provisória, que têm presencialidade constitucional, a questões do tipo regimentais internas.

No entanto, na hipótese de se pensar o contrário, contra-argumentam com um exemplo.

Aponta-se a inconveniência que seria, em se atribuindo o juízo de relevância e de urgência para o Supremo Tribunal Federal, que este Órgão judicial viesse, pela via da liminar, a paralisar o processo legislativo, para, só seis meses ou mais depois, vir a se pronunciar sobre o mérito.

Com isto, a medida de urgência ficaria inviabilizada pela morosidade da Justiça.

Discordando, ou não, do exemplo, acrescenta-se que os juízos de relevância e de urgência, e a própria doutrina que defende a sua verificabilidade judicial estão, na verdade, discutindo “espaços de poder”.

E não se trataria, apenas, de “espaços de poder” em favor do Judiciário brasileiro; mas, sobretudo, em favor dos operadores do direito, ou dos profissionais que militam junto ao Judiciário, e em razão do qual auferem os seus rendimentos.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Pelo menos, foi esta a sensação que tive daquilo que se estava justificando.

Entretanto, decidir esta e outras importantes questões faz parte do jogo democrático.

Reconhecendo esta realidade, faz-se lembrar de que democracia não seria consenso, mas administração do dissenso.

Havendo consenso, acabariam as regras do dissenso.

Sendo ainda mais claro.

Em meio aos debates parlamentares quanto às medidas provisórias, e sobre a necessidade de administrar o dissenso em torno das suas polêmicas questões regulamentares, trouxe-se à tona fatos de peso.

Como, por exemplo, quando se afirma que, em nome do consenso de lideranças, alguns dispositivos da Constituição da República brasileira não foram votados; e, mesmo assim, continuam no Texto em vigor.

Dois exemplos.

O art. 2º, que diz: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*”

O art. 207, que diz: “*as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.*”

Logo, dispositivos importantes como estes, o da independência e harmonia entre os Poderes e o da autonomia universitária, não teriam sido votados.

Ou melhor dito, teriam sido inseridos na Comissão de Redação Final, independentemente de Emenda, e por consenso de lideranças. Após, haveria sido submetido o Texto Constitucional inteiro à votação em Plenário, onde alguns Partidos Políticos sequer participaram, haja vista o caso dos Partidos dos Trabalhadores – PT.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Isto faria parte da memória política da Constituição da República brasileira.

Em outras palavras, o consenso, no Parlamento brasileiro, se não transforma homem em mulher, tal como se diz em relação ao britânico, detém um espaço de liberdade bastante extenso.

Assim, o sentimento parlamentar é o de que, em relação às medidas provisórias e os demais institutos constitucionais, não se inventa nada de novo; pois, quase tudo, decorreria da experiência política do passado.

Enfim, no meu sentir, reconhece-se a existência de uma longa polêmica sobre o que seja o “interna corporis”.

Agora, passarei a discutir quanto ao caráter substitutivo do veto, que pode a medida provisória possuir.

É isto mesmo. A medida provisória vem sendo utilizada como uma alternativa ao veto presidencial.

Explico melhor o que digo.

Imagine-se a seguinte hipótese: uma medida provisória é votada e aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro no vigésimo nono dia, dependendo, ainda, de sanção presidencial.

Normalmente, o prazo para a sanção ou veto é de 15 dias (art. 66, § 3º, da Constituição da República brasileira). No entanto, diz a mesma Constituição que a medida provisória perde a sua eficácia, desde a edição, se não for convertida em lei no prazo constitucional, contados da sua publicação (art. 62, Parágrafo Único – Texto originário¹²²⁵).

¹²²⁵ Vide o Título “De 2.001 em diante”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias. Pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, eis o art. 62, §§ 3º, 11 e 12: “§ 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. § 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



Não dispondo dos quinze dias habituais, mas de apenas um, o Presidente da República termina decidindo por sancioná-la, inclusive com eventuais modificações provenientes do Congresso Nacional.

Logo após, contudo, e embora não vetando o Projeto de conversão dado o inconveniente temporal, edita uma nova medida provisória, suspendendo os efeitos do texto que julgue *contrário ao interesse público*.

Parece consensual que, para evitar este procedimento, e a ainda maior banalização destas medidas provisórias com função de veto, bastaria determinar que, mesmo em casos como tais, ficaria preservado o prazo presidencial para o exercício do seu direito de veto.

Creio que, certamente, esta providência é do interesse, inclusive, do próprio Presidente da República; isto porque o quórum constitucional para a rejeição do seu veto é de maioria absoluta, em sessão conjunta do Congresso Nacional, embora em escrutínio secreto (art. 66, 4º, da Constituição da República brasileira); enquanto o da aprovação da medida provisória, nas situações em geral, é o de maioria relativa (art. 47, da Constituição da República brasileira).¹²²⁶

Outro problema que se verifica importar aos Parlamentares e à própria Nação como um todo diz respeito à edição de medidas provisórias um pouco antes do início do recesso.

Digo um pouco antes porque, se a edição fosse durante o recesso, já havia previsão constitucional de que, nesta hipótese, o Congresso Nacional deveria ser convocado extraordinariamente para se reunir. (art. 62, “caput”, da Constituição da República brasileira – Texto originário¹²²⁷).

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.”

¹²²⁶ Constituição da República. “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”

¹²²⁷ A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, buscou oferecer uma outra alternativa perante a ocorrência do recesso congressional, suspendendo o prazo constitucional das medidas provisórias (art. 62, § 4º).



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



O problema é que o mais comum é a hipótese de edição de medidas provisórias um pouco antes do recesso, que, no Brasil, vem regulamentado no art. 57, da Constituição da República brasileira, que fixa os períodos da sessão legislativa, dizendo que *o Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro*.

Então, discutia-se se o prazo dos trinta dias (Texto originário) deveria ser interrompido, suspenso ou deveria fluir normalmente.

Parece que a posição que vinha prevalecendo era aquela de se suspender o prazo para a conversão em lei da medida provisória.

Além disto, pretendeu-se ampliar o referido prazo dos trinta para os sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta. (Vide o Título “*De 2.001 em diante*”, onde analiso a Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias)

Durante o recesso, o prazo ficaria suspenso, sendo ampliado de trinta para sessenta dias; mas admitida uma só reedição (Vide o Título “*De 2.001 em diante*”, onde analiso a Reforma). Esta, também, com prazo para conversão de sessenta dias.

Foi a opção da Reforma de setembro de 2001, estatuinto-se no art. 62, § 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.*”

De fato, fixar o prazo para conversão em lei em sessenta dias aproxima-se da mais distante tradição brasileira. Tanto assim o é que bastaria um breve lançar de olhos para os trabalhos constituintes anteriores a 05 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição do Brasil, para verificar que, no Projeto da Comissão de Sistematização, era este o prazo fixado.

Realmente, a fixação de prazos preclusivos é de grande importância nestes temas das medidas provisórias brasileiras.

Veja-se, também, o caso das medidas provisórias em direito tributário.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Nesta seara, muito já disse a respeito do princípio da anterioridade e a sua incompatibilidade com a eficácia desde a edição destas medidas.

Pois, como um conseqüência da segurança jurídica, pude perceber, no Parlamento brasileiro, um raciocínio confirmatório daquilo que venho defendendo, embora reconheça que o Poder Executivo federal resiste por não mais poder se utilizar das medidas provisórias neste campo. Sendo, talvez, uma das suas principais resistências.

Poderia-se pensar no cabimento destas medidas em se tratando das exceções constitucionais à anterioridade, quais sejam: imposto de importação de produtos estrangeiros; imposto de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (arts. 150, § 1º e 153, incs. I, II, IV, V e § 1º, todas da Constituição da República brasileira); além do chamado imposto de guerra, aquele que a União pode instituir na iminência ou no caso de guerra externa, inclusive, vale salientar, que as bases econômicas aqui tributáveis podem estar compreendidas, ou não, na competência tributária federal.

Uma rápida explicação quanto ao chamado imposto de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados.

Pode parecer estranho e redundante chamar um imposto de *exportação para o exterior*.

A justificativa é a seguinte: a Constituição brasileira de 1891 - a primeira republicana permanente; pois, no Brasil, chega-se a falar em Constituição provisória neste período¹²²⁸, investida em Decretos pretéritos - a exemplo dos Estados Unidos da América do Norte, conferiu uma ampla autonomia para os Estados.

¹²²⁸ Vide o Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889, que, além de *proclamar provisoriamente e decretar como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, estabeleceu as normas pelas quais se deveriam reger os Estados Federais*, fixando, em seu art 3º: “Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais.”



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Daí, alguns Estados brasileiros começaram a querer cobrar impostos de outros Estados, alegando que a operação de exportação não exigia que fosse para o estrangeiro, bastando ir para além dos limites dos Estados membros.

Para evitar estas contendas, optou-se pela redação que ora se elucida.

Ocorre que, nestes casos, à exceção dos imposto de guerra, onde me parece plenamente cabível a utilização das medidas provisórias, em todos os demais não se pode esquecer de que o Presidente da República recebe do art. 153, § 1º, da Constituição da República brasileira, a faculdade constitucional de alterar as alíquotas, embora se determine que assim proceda segundo as condições e os limites estabelecidos em lei.

A Jurisprudência é pacífica em seu entendimento de que esta lei fixadora do piso e do teto das alíquotas deva ser complementar, inclusive porque regular as limitações constitucionais ao poder de tributar é tarefa de lei complementar, nos termos do art. 145, inc. II, da Constituição da República brasileira.

Pois bem, se assim o fôr, encontra-se uma tendência, no Congresso Nacional, de vetar, expressamente, a utilização de medidas provisórias em se tratando de matéria reservada pela Constituição para lei complementar.

Se assim se fizer, por um lado, a medida provisória seria desnecessária para a alteração das alíquotas dentro dos limites estabelecidos por esta lei, já que isto pode ser feito por simples decreto presidencial, que não é submetido ao crivo do Congresso Nacional; e, por outro lado, em havendo a vedação expressa da utilização das medidas provisórias em texto reservado à lei complementar, impossível seria utilizá-la com a função de fixar limites para as modificações das alíquotas dos quatro impostos mencionados.

Evidentemente, que, nesta sede da prática congressual sobre as medidas provisórias, não cabe repetir tudo o que já foi dito a respeito da aplicação jurisprudencial tributária deste instituto.

E, aqui, lida-se com um outro tema reincidente nas discussões de aprimoramento das medidas provisórias.

Refiro-me ao critério a ser adotado para a fixação das matérias passíveis de serem reguladas por elas.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Verifica-se duas correntes básicas.

Uma defende que se coloque, na Constituição da República brasileira, aquelas matérias sobre as quais a medida provisória pode ser aplicada, vedando-se as demais.

Outra defende que bastaria indicar aquelas matérias sobre as quais a medida provisória não deveria regulamentar. Foi o que fez a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001.

Portanto, prevaleceu esta segunda corrente.

Um outro tema que, pelo menos a princípio, poderia provocar graves impasses, não recebe na prática judicial ainda relevo; e, embora importante, vê-se reduzido por ainda não ter surgido nas bancas judiciárias.

Refiro-me à situação em que uma medida provisória viesse a ser rejeitada, necessitando o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

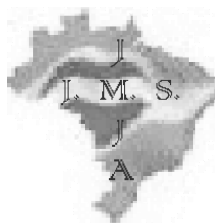
De fato, embora o exemplo do salário-mínimo que abordei anteriormente pudesse impressionar, ele é ainda apenas uma possibilidade, que os Parlamentares entendem remota.

Ao se tratar deste assunto, retruca-se que a totalidade, ou a quase totalidade de medidas provisórias editadas até aqui, referem-se a mudanças no direito anterior; e, acaso não viessem as referidas medidas a ser aprovadas, retornaria a vigorar o dito direito precedente, dado que a medida provisória não revoga lei; mas apenas suspende a sua eficácia.

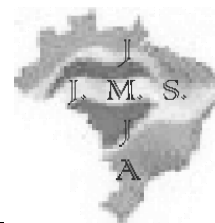
Contudo, não pode passar despercebido que tramita, no Congresso Nacional, a seguinte possibilidade de regulamentação.

Imagine-se a hipótese de rejeição de uma medida provisória, ou mesmo a de sua perda de eficácia por decurso de prazo.

Há Projeto no sentido de que, nestes casos, o direito anterior seja considerado revogado, mantendo-se, no período de vigência da medida, o disciplinamento da medida



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



provisória não convertida em lei, enquanto não fosse votado o Decreto legislativo disciplinador das relações jurídicas decorrentes da medida provisória rejeitada.

De fato, a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, adotou a seguinte redação: *“Art. 62. (...) § 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.”*

Respeitosamente, parece-me uma regulamentação inadequada, salvo na hipótese excepcional de a medida provisória haver regulado direito novo.

Afinal, isto permitira expedientes reprováveis por parte do Governo, como, por exemplo, o de editar uma medida provisória, a mesma vir a ser rejeitada; e, a partir daí, o próprio Governo, que saiu derrotado na votação, passar a obstruir o decreto legislativo que iria disciplinar o assunto.

Não me parece, portanto, a melhor saída; pois isto, ao invés de desestimular o Governo nas edições, ou de estabelecer-lhe um ônus pela rejeição, poderia terminar por ser um expediente político favorável ao próprio Governo.

Este disciplinamento caminharia na orientação contrária àquela que o Parlamento brasileiro parece defender.

Isto não significa dizer que o Congresso Nacional esteja adotando, necessariamente, condutas contrárias ao Poder Executivo.

Tanto isto é verdade que se pondera se a Constituição da República brasileira de 1988, apontada como havendo sido feita olhando pelo retrovisor, não haveria exagerado ao fixar as matérias dependentes de lei.

Em meio aos debates, pude, aqui, perceber a seguinte contenda intelectual.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



De um lado, há aqueles que acreditam haver sido extensa a Constituição ao elencar tantas matérias como sendo da iniciativa privativa do Presidente da República; pois assim se estaria retirando grande parte das atribuições legislativas do Congresso Nacional.

Referem-se ao art. 61, § 1º, da Constituição da República brasileira.

Para estes, haveria exagero no *hall* de iniciativas privativas de leis pelo Presidente da República, transformando, sobretudo a Câmara de Deputados, em um órgão chancelador das iniciativas presidenciais.

No entanto, há aqueles que defendem que, embora discordem quanto à excessiva extensão do *hall* de iniciativa de leis por parte do Executivo, na verdade, assim o fazem porque algumas delas não deveriam sequer ser matéria de lei, ficando mais confortáveis no âmbito dos Decretos.

Exemplo disto seriam as iniciativas de leis para a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e dos órgãos da administração pública (art. 61, § 1º, al. “e”, da Constituição da República brasileira).

Acrescentando que nem a Câmara dos Deputados, nem o Senado Federal admitiriam que a regulamentação dos seus próprios serviços ficasse ao encargo de pronunciamento do Poder Executivo.

Sobre isto, e apenas para recuperar a memória das coisas, vale rememorar que:

- a) compete, privativamente, à Câmara dos Deputados dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços. Aqui, contudo, por força da Emenda Constitucional nº 19, de junho de 1998, estabeleceu-se a necessidade de lei, da iniciativa privativa da própria Câmara dos Deputados, para a fixação da remuneração dos cargos, empregos e funções pertencentes à sua estrutura (art. 51, inc. IV, da Constituição da República brasileira). A Emenda Constitucional nº 19/98 é mais conhecida como a Reforma Administrativa;
- b) compete, privativamente, ao Senado Federal dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços. Aqui, contudo, também por força da



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Emenda Constitucional nº 19, de junho de 1998, estabeleceu-se a necessidade de lei, da iniciativa privativa do próprio Senado Federal, para a fixação da remuneração dos cargos, empregos e funções pertencentes à sua estrutura (art. 52, inc. XIII, da Constituição da República brasileira).

Em ambos os casos, a fixação da remuneração dependerá dos parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Enfim, prossigo com a apresentação da experiência parlamentar, que, ao invés de eliminar a experiência acadêmica, a promove e completa.

Isto mesmo, abro um curto parêntese, aqui, para transmitir um sentimento de que se, por um lado, muitas vezes os acadêmicos evitam aprofundar-se sobre a experiência parlamentar; também não se pode admitir que seja recomendável o inverso.

As experiências completam-se, e não se excluem.

Os esforços devem ser conjuntos.

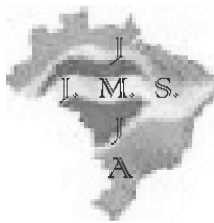
Portanto, a tarefa de evitar a abusividade e as edições desbragadas de medidas provisórias é uma demanda social importante em defesa da segurança jurídica nas relações firmadas entre os cidadãos, massas patrimoniais, pessoas jurídicas etc.

A questão não é a de se excluir as medidas provisórias da vida jurídica, ou do ordenamento jurídico brasileiro; mas de se instituir uma regulamentação que lhe permita ter uma prática melhor.

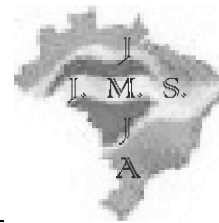
Tanto isto parece ser verdade que, em sua defesa, lança-se um exemplo que ora reproduzo.

Imagine-se um País onde esteja fixada uma paridade entre a moeda nacional e o dólar, e, em um certo momento, pretenda-se romper com a referida paridade.

Acaso para isto se dependa de um Projeto de lei, provavelmente, desapareceria a moeda nacional; pois seria, toda ela, convertida em dólar.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Portanto, em um mundo globalizado, onde as informações atingem velocidades bastante elevadas, haveria a necessidade de instrumentos legislativos ágeis para fazer face a hipóteses de efetiva urgência.

Reconhecer isto não implica em defender a burocracia governamental que demonstra simpatia excessiva por expedientes do tipo das medidas provisórias; o que, infelizmente, parece haver ocorrido no Brasil.

A simpatia burocrática comete evidentes exageros, desde o folclórico exemplo da autorização de compra de um automóvel presidencial; passando, também, pelo caso da Cooperativa que justificava, ao Governo federal, a urgência do seu pleito, apontando que o estudo do anteprojeto que lhe encaminhava havia demorado já os seus dois anos.

Enfim, o uso deturpado poderia vir a ser reduzido com medidas simples, entre elas:

- a) a da recuperação da verdadeira urgência constitucional para os Projetos de lei da iniciativa presidencial com o bloqueio da pauta parlamentar, inclusive nas sessões extraordinárias do Parlamento;
- b) a exigência, por parte do Parlamento, de que sempre que o Presidente da República faça uso do expediente da medida provisória, esclareça o porquê de não haver adotado o pedido de urgência nos Projetos de lei da sua iniciativa;
- c) a da efetiva análise, pelo Parlamento, dos requisitos da relevância e da urgência, não bastando a mera referência a estes termos a título de justificativa presidencial;

Evidentemente que a retomada da urgência constitucional para os Projetos de lei da iniciativa do Presidente da República, tomada isoladamente, não implica sequer no recuo no encaminhamento das medidas provisórias.

Isto porque o hábito da utilização desmedida já foi adquirido, e, sem dúvida, é sempre muito difícil voltar atrás.

Um outro desincentivador indiscutível para a utilização das medidas provisórias dizia respeito à manutenção do art. 246, da Constituição da República brasileira.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Era o dispositivo: “*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.*”

O Governo parece que pretendia retirar completamente este dispositivo do Texto Constitucional.

Realizando a análise da memória histórica do Parlamento brasileiro, verifica-se que a origem desta norma foi a reação do Congresso Nacional à utilização excessiva das medidas provisórias.

Chegou-se até esta redação pouco a pouco.

Primeiro, surgiram aquelas Emendas Constitucionais que proibiam a regulamentação das matérias nelas inseridas através de medidas provisórias. Depois é que veio este dispositivo geral.

Sendo assim, não é possível disciplinar por medidas provisórias as inovações decorrentes da Reformas Administrativa, Previdenciária, certos dispositivos da ordem econômica etc. Afinal, todas estas Reformas ocorreram de 1995 para cá.

De tal ordem que um dos pontos mais citados na Reforma Administrativa, que é a questão dos subsídios, não poderia ser regulada por medida provisória. Vale, contudo, ser dito que mesmo sendo a Reforma Administrativa tão próxima (1998), parece ter o Governo esquecido de tal proibição, acenando com medida provisória como solução emergencial para a fixação dos subsídios dos Juízes brasileiros, cujos rendimentos encontravam-se evidentemente defasados.

Mais do que isto.

A própria Reforma Tributária, sobre a qual tanto se fala no Brasil, também não poderia ser regulamentada por medidas provisórias, caso permanecesse a redação intacta. Isto não porque se antipatize com estas medidas, mas por força da proibição constitucional expressa no art. 246, já mencionado.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, atribuiu nova redação ao art. 246, limitando-o no tempo: “Art. 246. *É vedada a adoção de medida provisória na*



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive.”

Procurou-se um espaço aberto para a regulamentação de novas Reformas Constitucionais, inclusive as tributárias.

Contudo, pelo que venho defendendo até aqui, em matéria tributária, ressalvadas as hipóteses de exceção ao princípio da anterioridade, em relação às quais já fiz várias referências, quero concluir pela vedação às medidas provisórias.

Isto porque se assim não o fôr, situações, realmente, extravagantes poderiam surgir.

Os próprios Parlamentares assinalam algumas. Veja-se.

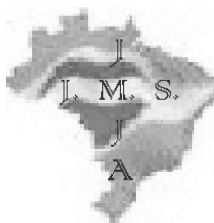
Idealize-se a hipótese, já ocorrida na prática jurídica brasileira, de uma medida provisória haver sido editada no último dia do ano civil, que, no Brasil, coincide com o exercício financeiro, para passar a valer no dia seguinte, ou então logo no dia 02 de janeiro, dado que o dia primeiro é feriado.

Neste momento, todo o planejamento das empresas já se encontrava formulado. No planejamento, naturalmente fica incluído o “*custo tributário*”.

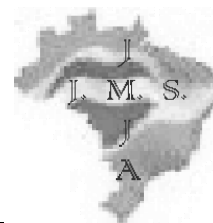
Assim, as ditas empresas já vêm vendendo as suas mercadorias, ou os seus serviços, com base em um valor, considerando o “*custo dos tributos*.”

A surpresa provocada com um aumento nos tributos prejudica a segurança jurídica, e opõe, de maneira drástica, os interesses arrecadatários do Executivo contra os interesses da atividade produtiva.

Tentando resolver este problema, a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, redigiu a anterioridade dos impostos nos seguintes termos: “Art. 62. (...) § 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.*”



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Portanto, é preciso a conversão em lei no exercício anterior ao da cobrança do imposto.

É por tudo isto que existia, no Congresso Nacional brasileiro, a certeza de três posições distintas sobre o dito artigo 246, com uma aparente inclinação para duas delas.

Eram as seguintes:

1. o Governo queria revogar o art. 246, da Constituição da República brasileira (vide a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que o limitou no tempo);
2. havia aqueles Parlamentares que pretendiam mantê-lo tal como estava;
3. havia aqueles Parlamentares que pretendiam fixar um termo final para a sua vigência, de modo a permitir que Reformas Constitucionais, como a tributária, não encontrem nele mais um obstáculo de regulamentação. Foram estes os que saíram vitoriosos.

Quer me parecer que mantê-lo tal como estava era, entre as alternativas, aquela que se socorria de menor amparo no Parlamento. Isto porque, afirmavam alguns Parlamentares, que chegaria o momento em que não caberia mais medida provisória para nada, dado o crescente volume de Reformas Constitucionais.

Assim, pensava-se que se o objetivo era o de aprimorar a regulamentação das medidas provisórias, e não o de extirpá-las do ordenamento jurídico nacional; reconhecendo, inclusive, a sua importância para momentos efetivamente urgentes, não caberia a manutenção inalterada do art. 246, da Constituição da República brasileira.

Mantê-lo como estava, seria distorcer o Texto Constitucional, que não encontraria, na medida provisória, senão uma medida retórica no futuro. Pessoalmente, penso que este dia ainda estava bem distante.

Cita-se um exemplo da aparente distorção.

É o caso provocado pela Emenda Constitucional nº 26, de fevereiro de 2.000.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Esta Emenda Constitucional apenas acrescentou ao art. 6º, da Constituição da República brasileira, que trata dos direitos sociais, a expressão “*moradia*”.

Alguns Parlamentares dizem que seria uma Emenda Constitucional inútil, por ser, meramente, retórica. Ocorre que, sendo posterior a 1995, estaria atingida pela vedação do art. 246.

Assim, não caberia, a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, medida provisória para tratar sobre habitação.

De fato, a Constituição brasileira é extensa em tamanho e em conteúdo; e vem, infelizmente, crescendo ainda mais, embora contra a vontade declarada da comunidade jurídica.

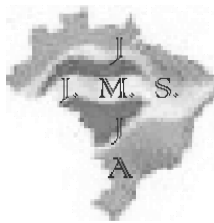
Sendo tão extensa, e havendo passado pelos chamados “*acordos dilatatórios*”, é natural que faça referência a uma série de leis de complemento.

Falo nos “*acordos dilatatórios*”, pois é indiscutível que, na Assembléia Constituinte que formulou a atual Constituição da República brasileira, muitos assuntos não tinham a maioria necessária para a sua aprovação.

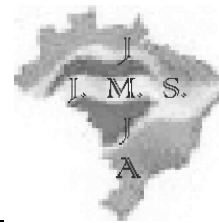
Um dos caminhos seria não fazer constar, no Texto Constitucional, estes temas, reduzindo o tamanho do referido Texto.

Porém, esta não foi a opção adotada. Preferiu-se os “*acordos dilatatórios*”, onde, não havendo o quórum necessário, recomendava-se a resolução do tema para lei ordinária ou complementar, não em função da natureza jurídica da matéria; mas, sobretudo, dado a importância do assunto. E, grande parte das vezes, utilizando-se a técnica de indeterminação do texto.

Quanto à indeterminação, foi, por exemplo, o que ocorreu com o art. 7º, inc. XV, quando se diz que é direito dos trabalhadores urbano e rural: “*repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.*” A expressão preferencialmente foi utilizada para resolver um impasse onde se vislumbrava ausência de maioria suficiente para aprovar um texto de obrigatoriedade aos domingos.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



É preciso, portanto, encarar a medida provisória não como um expediente ordinário; pois ele deve ser excepcional, ocorrente em um verdadeiro estado de necessidade legislativa. Sobre este assunto, que também já foi abordado em outro Título, faço questão de sublinhá-lo, pois quer me parecer que, embora a prática parlamentar ainda não haja dado sinais neste sentido, todas as discussões do Ciclo de Debates já anunciado permitem, ao menos, um tímido otimismo.

A experiência de mais de uma década de uso não pode ser relegada, pois as coisas precisam ser amadurecidas; e a medida provisória brasileira também.

Cabe, agora, portanto, passar-se para a segunda Parte desta Exposição.

Quero referir-me ao compromisso de refletir, de acordo com a realidade apresentada, a respeito das medidas provisórias de conteúdo tributário, tomando em conta que as receitas dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, para o ano de 1999, foram estimadas em R\$ 685,9 bilhões, constituídas de R\$ 196,5 bilhões provenientes de Receitas não Financeiras, e o restante 489,4 bilhões de Receitas Financeiras, entre elas a receita tributária e a de contribuições.¹²²⁹

De fato, um grande apoio pode ser fornecido através do “site” da Presidência da República brasileira.

Nele, no módulo das “*medidas provisórias*”, há cinco códigos de introdução, a saber:

1. as medidas provisórias em tramitação;
2. as medidas provisórias convertidas;
3. o controle de prazos;

¹²²⁹ Composição da Receita. (Dados extraídos dos “sites” da Fazenda Nacional – www.fazenda.gov.br e do Tribunal de Contas da União brasileira – www.tcu.gov.br):

Receitas não financeiras: Imposto sobre produtos industrializados, imposto de renda, imposto sobre importações, imposto sobre operações financeiras, contribuição provisória sobre movimentação financeira, contribuição para o financiamento da seguridade social, contribuição do PIS/PASEP, contribuição social sobre o lucro líquido, contribuição da seguridade social dos servidores públicos, contribuição do salário educação, outros impostos e contribuições etc.

Receitas financeiras: refinanciamento da dívida pública mobiliária federal, títulos do Tesouro Nacional, Reforma Patrimonial – Privatizações, etc.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



4. a edição e reedição por Governo;
5. *as medidas provisórias revogadas e não reeditadas.*

Para não estender ainda mais o assunto, e por considerar que o quadro a ser apresentado é suficiente para dar uma idéia real de como as matérias tributárias vêm sendo, constantemente, atacadas por este instrumento legislativo, selecionei o módulo “as medidas provisórias em tramitação.”

De início, caberá lembrar de que grande parte da doutrina tributária, no Brasil, considera defeso este espaço jurídico para as medidas provisórias, argumentando-se, via de princípio, com a barreira do respeito ao lapso temporal do exercício financeiro; ou, dito de outra maneira, com a anterioridade.

No entanto, bastaria um breve lançar de olhos para constatar que o Governo federal as utiliza, em matéria tributária, sem grandes constrangimentos.

Veja-se o que digo, recordando sempre de que não se trata de um corte atípico na prática dos recursos legislativos utilizados pelo Presidente da República.

São algumas das medidas provisórias que estão, atualmente, em tramitação, tomando em conta a data de 26 de julho de 2.000:

1. a atual medida provisória nº 2037-19, de 28.06.2.000, publicada no Diário Oficial da União de 29.06.2.000. Ementa: Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social – COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e sobre o lucro líquido, do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências.

Portanto, trata-se de uma medida provisória que dispõe sobre alguns dos principais tributos brasileiros, haja vista dispor sobre a COFINS, o PIS e o PASEP, a contribuição sobre o lucro líquido e o imposto sobre a renda e os proventos de qualquer natureza.

Também interessante é notar sobre a dificuldade de o operador do direito saber identificar qual a numeração originária desta medida provisória; isto porque ela já foi chamada de medida provisória nº 1807, com vários dígitos de reedição; passou a ser chamada de 1858, com vários dígitos de reedição; depois, tomou a numeração de 1991, com vários dígitos de reedição; para, agora, receber uma nova numeração.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Independentemente da posição do intérprete sobre se aceita, ou não, as medidas provisórias em matéria tributária, parece consensual que a constante mudança de números provoca, no aplicador do direito, uma incômoda sensação de não saber muito bem o que está aplicando, haja vista a balbúrdia da aplicação de instrumentos legislativos desta ordem;

2. a atual medida provisória nº 2033-33, de 27.06.2000, publicada no Diário Oficial da União de 28.06.2000. Ementa: Altera a legislação do imposto de renda relativamente à incidência na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras, inclusive de beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, à conversão, em capital social, de obrigações no exterior de pessoas jurídicas domiciliadas no País, amplia as hipóteses de opção, pelas pessoas físicas, pelo desconto simplificado, regula a informação, na declaração de rendimentos, de depósitos mantidos em bancos no exterior, e dá outras providências.

Portanto, trata-se de uma medida provisória que, novamente, dispõe sobre o regime jurídico do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, considerado um dos principais impostos brasileiros, e que não está entre aqueles que o Texto Constitucional excetua de ver aplicado o princípio da anterioridade.

Quanto à identificação desta medida provisória em face dos variados números que a qualificou, o problema, novamente, apresenta-se.

Inicialmente, foi editada com o número 1636, com vários dígitos de reedição; depois, passou a ser a de nº 1680, com vários dígitos de reedição. Ainda foi as medidas provisórias de ns. 1753, 1855, 1990; e, agora, recebeu o número 2033.

Falando assim, poderia, para aqueles mais otimistas, parecer fácil. Ocorre que, nesta linguagem cifrada, termina-se por conviver, e não conhecer, um direito descartável a cada trinta ou sessenta dias;

3. a atual medida provisória nº 1956-51, de 26.06.2000, publicada no Diário Oficial da União de 27.06.2000. Ementa: Altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10, da Lei nº 9393, que dispõe sobre o Imposto Territorial Rural, e dá outras providências.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



As várias numerações, aqui, não se apresentam menos pródigas por variar. Um verdadeiro passeio numérico: 1511; 1605; 1736; 1885 e 1956.

Evidentemente que isto não parará por aqui. A potencialização da instabilidade, certamente, será multiplicada através de novos números, com sucessivas reedições.

Mesmo para o leigo, tal estado de coisas deve, no mínimo, chamar a atenção.

Agora, o imposto sobre o qual legisla-se, através de medidas provisórias, é o territorial rural. Tributo que, em um País com as dimensões territoriais do Brasil, e com a terra cultivável que possui, deveria possuir uma importância bem maior.

Talvez, exatamente por tudo isto, merecesse uma discussão mais ampla no campo do Congresso Nacional. De pouco adianta medidas que se reputam urgentes e relevantes sem que impliquem em um consenso nacional de se ousar um pouco mais na imensidão territorial rural brasileira;

4. a atual medida provisória 1943-54, de 26.06.2000, publicada no Diário Oficial da União de 27.06.2000. Ementa: Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.

As suas numerações passadas também vêm na linha da pluralidade.

São alguns dos seus números anteriores, todos eles acompanhados de várias reedições: 1459; 1506; 1559; 1673; 1749; 1851; 1943.

É pitoresco notar que, enquanto a doutrina tem como matéria tranqüila a inadequabilidade da utilização das medidas provisórias em se tratando do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, por não ser ele uma exceção constitucional ao princípio da anterioridade, e isto vem sendo mantido desde a promulgação da atual Constituição da República brasileira, que é de 05.10.88; a prática, como se vê, aponta em sentido contrário.

De maior destaque é o que arrisco afirmar.

Mesmo entre grande parte dos operadores de direito e nas bancas universitárias, há a ilusão de que é assim que se vem procedendo, de que prevalece a proibição.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Insisto em que não adiantaria um Juiz de uma Côrte Superior ou Suprema vir a defender a improcedência da utilização das medidas provisórias em casos como tais, reconhecendo o abuso na utilização, para, mais adiante, curvar-se à maioria do Tribunal; e fornecer o seu voto no sentido de se permitir a adoção de uma cachoeira de medidas provisórias quanto ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza;

6. a atual medida provisória nº 1939-30, de 26.06.2000, publicada no Diário Oficial da União de 27.06.2000. Ementa: Restaura a vigência da Lei nº 8989, de 24 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis destinados ao transporte autônomo de passageiros e ao uso de portadores de deficiência física, reduz o Imposto de Importação para os produtos que especifica, e dá outras providências.

O passeio numérico é longo, e exige esgotante pesquisa de acompanhamento: 1640; 1743; 1845; 1939, todas elas com várias reedições.

Aqui, preferiu o Governo utilizar medidas provisórias para dispor sobre dois impostos federais: imposto sobre produtos industrializados e imposto de importação.

Note-se que a doutrina verbera pela desnecessidade de utilização de medidas provisórias sobre os impostos que constituem exceções ao princípio da anterioridade, por força do que predica o art. 150, § 1º, exceção ao princípio da anterioridade, e o art. 153, § 1º, aplacamento do princípio da legalidade, ambos da atual Constituição da República brasileira, e tantas vezes já mencionados.

Ocorre que a inexistência de lei é apenas para a alteração de alíquotas, e dentro de limites fixados por uma lei complementar geral.

Aqui, dentro do campo da extrafiscalidade - veja-se a utilização de veículo por portadores de deficiência física, prefere o Governo lançar mão das medidas provisórias;

7. a atual medida provisória 1966-10, de 26.06.2000, publicada no Diário Oficial da União de 27.06.2000. Ementa: Altera dispositivos da Lei nº 9365, de 16 de dezembro de 1996, que institui a Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP, dispõe sobre a remuneração dos recursos do Fundo de Participação PIS-PASEP, do Fundo de Amparo ao Trabalhador e do Fundo da Marinha Mercante.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Algumas reedições, acompanhadas de vários dígitos indicativos: 1921 e 1966.

Note-se que, em uma mesma medida provisória, são alternados diferentes assuntos, entre eles, novamente, o PIS e o PASEP (Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público), que são fregueses contumazes das medidas provisórias.

Enfim, continuar com exemplos apenas provocaria um cansaço desnecessário e confirmativo de que são várias as medidas provisórias no âmbito tributário brasileiro; e que, também, são várias as reedições.

Logo, se houve equívoco ou não da parte do Supremo Tribunal Federal, a realidade é a de que este Alto Tribunal, mesmo que agora pretendesse mudar, dificilmente assim o faria, em face da herança de medidas provisórias tributárias, e do transtorno que isto provocaria.

Uma questão de pragmática.

Sendo assim, poderia-se tentar encontrar alguns aspectos positivos deste estado de coisas.

Falaria-se no aprimoramento que as constantes reedições estaria provocando. De outro lado, retrucaria-se, talvez, dizendo que se o Congresso Nacional ainda não as votou, mesmo depois de tantas reedições, é porque não lhes reconheceu as preconizadas urgências e relevâncias, pressupostos e condições para serem adotadas pelo Governo.

O aprimoramento com novas vidas jurídicas, e com novos corpos ou numerações, se vier a ser entendido como um motivo razoável, não poderia passar de um fundamento secundário.

Pelo que defendo, as constantes republicações e renumerações provocam um certo grau de balbúrdia e um estado permanente de dúvida entre os operadores do direito.

Explico melhor o que digo.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Imagine-se que se impetrou uma medida judicial que comporte um pedido de liminar, ou de tutela antecipada, abstraindo-se o fato da existência de impedimento legal em relação às tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública.¹²³⁰

A legislação apontada como estando em vigor, de fato, já na época da distribuição do Feito pode não estar. Este exemplo é bem real, sobretudo em um período como o de hoje, onde grande parte das petições são padronizadas, e não apenas dos maiores escritórios de advocacia.

O Brasil é um país de evidente imensidão territorial, e nem em todos os seus pontos geográficos há acesso fácil à INTERNET.

Assim, convictos de que se está aplicando o direito vigente, podem os Juízes reproduzirem vícios e prejuízos tanto para o Governo, como também para os cidadãos e empresas que se socorrem do Poder Judiciário nacional.

Da parte do Governo, parece que o mesmo entende que o antídoto estaria nas próprias medidas provisórias.

Isto porque, cada vez mais, vinha o Presidente da República utilizando destas medidas para legislar sobre direito processual. Claramente, fazendo uma releitura discutível do princípio da isonomia; pois atribuindo à Fazenda Pública uma grande quantidade de vantagens processuais.

E não falo apenas dos prazos multiplicados por dois, ou por quatro, em seu benefício, matéria que já foi abordada, refiro-me, como exemplo, à Medida Provisória nº 1984 (atual Medida Provisória nº 2180)¹²³¹, que já vai em reedições a perder de vista¹²³².

¹²³⁰ A Lei nº 9494, de 10 de setembro de 1997. Ementa: Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Esta Lei decorreu de uma sucessão de medidas provisórias.

¹²³¹ Embora a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, vede a edição de medidas provisórias sobre matéria processual (art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”), esta continua em vigor por força de um dispositivo transitório da mesma Emenda Constitucional, que adverte no art. 2º: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta Emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Nesta medida provisória, prevê-se expedientes processuais, tais como:

- a) impossibilidade de medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários¹²³²;
- b) permissibilidade de concessões de cautelares nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público;
- c) necessidade de intimação pessoal dos procuradores ou advogados integrantes da Advocacia-Geral da União, que, inclusive, temporária e excepcionalmente, poderiam representar judicialmente as autarquias ou fundações em várias hipóteses;
- d) amplia o prazo de 10 para 30 dias para a propositura de embargos à execução contra a Fazenda Pública etc.

Independentemente de concordar, ou não, com estas medidas, é de se constatar o clima de instabilidade.

Creio que exista aí uma lógica perversa.

Isto porque, na prática, o Governo termina apostando no prejuízo do mais fraco.

¹²³² Interessante observar que esta medida provisória já adotou várias numerações diferentes, o que dificulta a sua identificação. A que imputar estas mutações é algo que deixo ao senso crítico do leitor. Algumas de suas outras numerações: 1.798; 1.906; 2.102 e 2.180. Todas elas foram secundadas por uma seqüência de outros números indicativos das suas reedições.

¹²³³ A Lei nº 9.430, de 27.12.1996, dispõe sobre a compensação de tributos: “Restituição e Compensação de tributos e contribuições. Art. 73. Para efeito do disposto no art. 7º, do Decreto-lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuados em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte: I- o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição a que se referir; II- a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou da respectiva contribuição. Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.”



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Digo isto por constatar que a grande empresa ou contribuinte dispõe de recursos para judiciarizar a questão, abrindo um conflito de interesses com o Governo quer no campo administrativo, quer no do próprio Poder Judiciário.

Promovida a ação, e diante da morosidade da Justiça, mesmo que saia derrotado, em face dos baixos juros judiciais, comparados com os juros de mercado, termina por auferir vantagem o contribuinte litigante¹²³⁴.

Termina saindo mais barato uma questão judicial demorada do que a obtenção de empréstimo com o pagamento de juros de mercado perante as instituições financeiras.

É um estímulo ao litígio.

Contrariamente a isto, o pequeno contribuinte, que não dispõe de um aparato jurídico ao seu dispôr, muitas vezes termina por preferir não litigar com o Governo.

Logo, se, sem o obstáculo da instabilidade tributária, a concorrência, no estágio de globalização em que se encontra o mundo, já é um tanto desleal, imagine-se com o aprofundamento das diferenças por esta via.

Confirmando o que digo, declino duas questões que atingiram o Supremo Tribunal Federal no ano de 2.000, a saber:¹²³⁵

¹²³⁴ O volume de ações interpostas perante o Poder Judiciário brasileiro aumentou cerca de 106%, de 1990 a 1998, conforme o *site* oficial do Supremo Tribunal Federal, indo de aproximadamente 3,6 milhões para 7,4 milhões de novos processos. No entanto, estes números podem estar refletindo, ao menos parcialmente, o fato de que relativamente poucas pessoas entram com muitos processos, enquanto a maioria da população ainda não descobriu este Poder, inclusive em face da precariedade das Defensorias Públicas, que confeririam assistência jurídica aos insuficientes de recursos. Estes números podem parecer contraditados pelo sentimento de que o Judiciário nacional é ineficiente. Ocorre que a lentidão dos processos é vista como vantajosa para os Governos, que deixam as dívidas para os seguintes; e para os maus pagadores em geral, que tiram vantagem do fato de que as taxas de juros e a correção monetária, aplicadas judicialmente, são menores que as bancárias. Assim, prefere-se aplicar o dinheiro no mercado financeiro, e ser processado como inadimplente, para pagar a dívida anos mais tarde, quando transitar em julgado a decisão executiva.

¹²³⁵ Ambas as Manchetes foram extraídas do Noticiário que o próprio Supremo Tribunal Federal mantém na INTERNET (www.stf.gov.br). A primeira Manchete é do dia 24.07.2000, e a segunda é de 25.07.00.



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



- a) sob a manchete de “*Supremo vai examinar novas regras sobre a tramitação de processo na Justiça*”, encontra-se alguns dos incidentes procedimentais que o Governo vem se utilizando, através das medidas provisórias, para minar a rapidez dos processos que contra ele são interpostos, sobretudo os que dizem respeito às chamadas *ações de massa*: “O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro CARLOS VELLOSO, pediu hoje (24.07.00) informações ao Governo para instruir o julgamento da liminar na ação direta de inconstitucionalidade (2251), ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores contra a medida provisória 1984, que cria regras sobre a tramitação de processos na Justiça. No documento, de 57 páginas, assinado pelo advogado ADILSON JOSÉ PAULO BARBOSA, o Partido dos Trabalhadores argumentou que a medida provisória pretende impedir os efeitos de sentenças ganhas em ações contra a União, como, por exemplo, o caso dos 28,86%, ganho pelos servidores. O Partido ressalta que a medida provisória prejudica milhares de servidores que venham a ser beneficiados por uma decisão judicial, e limita ainda a capacidade de substituição processual das entidades sindicais ao obrigá-las a ingressar com ações em todos os Estados, separadamente.”;
- b) sob a manchete “*Supremo vai examinar a medida provisória que autoriza empresas a capitalizar juros*”, encontra-se o uso das medidas provisórias em favor das entidades financeiras: “O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro CARLOS VELLOSO, pediu hoje (25.04.00) informações ao Governo para examinar a ação direta de inconstitucionalidade 2252, ajuizada pela Associação Nacional dos Devedores de Instituições Financeiras (ANDIF), contra a medida provisória 1963-17, que estabelece regras nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. A ANDIF pediu ao Supremo Tribunal Federal a concessão de liminar para suspender o art. 5º, da medida provisória, editada em 30 de março de 2.000, que autoriza as instituições financeiras a capitalizar juros em empréstimos com prazos inferiores a um ano em todos os tipos de operações. A entidade sustenta que o artigo questionado afronta a Constituição Federal e a Súmula 121, do Supremo Tribunal Federal, que proíbe, expressamente, o anatocismo (capitalização de juros de empréstimo). Segundo a ANDIF, ao invés das instituições cobrarem juros sobre a dívida inicial, elas passam a corrigir o saldo com juros sobre a dívida atualizada.”



CAPÍTULO 19. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E MAIS
ALGUNS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



Portanto, está-se tratando de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Em uma, tenta-se demonstrar que o Governo, através das medidas provisórias, vem alterando o direito processual brasileiro em seu favor.

Em outra, tenta-se demonstrar a permissibilidade do anatocismo (o cômputo de juros sobre juros) em favor das instituições financeiras, efetivada através das medidas provisórias.

Independentemente de vir o Supremo Tribunal Federal a considerar constitucional, ou não, estes procedimentos, é de se destacar que a mudança do direito processual em favor do Governo, e a fixação de juros escorchantes em favor das Instituições financeiras, terminam por intensificar uma concorrência selvagem entre os maiores e os menores, cujos resultados o tempo irá demonstrar.

A linguagem tributária, por vezes, é uma linguagem complexa, quase que restrita a alguns iniciados.

Assim, os operadores do direito que lidam nesta área, normalmente, são caros; e inacessíveis na vida ordinária do cidadão médio.

Logo, é de boa conduta procurar a estabilidade e a simplicidade, pois este, ao meu sentir, seria um caminho para a isonomia, para a Justiça.



CONCLUSÕES¹²³⁶

Início estas conclusões com uma história popular, que costumava ouvir na minha infância.

É a história de um pai tranqüilo e de um filho de gênio forte.

Certo dia os dois chegaram a um acordo. Toda vez que o adolescente sentisse que o seu gênio iria transbordar em atitudes precipitadas, deveria encaminhar-se até ao quintal da sua casa e afixar um prego na cerca dos fundos.

No primeiro dia, foram mais de 40 pregos.

Com o tempo, e aos poucos, o número das afixações dos pregos foi diminuindo, até que chegou o dia em que o adolescente chamou ao seu pai, e lhe disse que, a partir daquele instante, ele havia domado o seu próprio gênio; e não mais precisava de afixar prego algum.

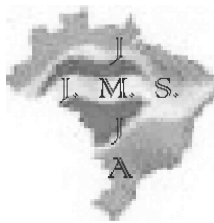
Neste dia, o seu pai lhe deu uma nova tarefa. O filho adolescente deveria, agora, retirar, a cada dia, um prego da cerca.

O tempo foi passando, até que foi retirado o último prego.

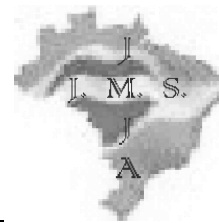
Neste dia, o adolescente comunicou ao seu pai que não existiam mais pregos na cerca.

Foi aí que o pai levou o seu filho até ao quintal, e lhe disse: está vendo, os pregos foram retirados; mas olhe como ficou a cerca. Jamais ela será como era antes. Na sua vida, também será assim. Toda vez que fizer algo que machuque ou incomode alguém, por mais que se esforce depois para reparar o seu erro, sempre ficará uma cicatriz, uma marca.

¹²³⁶ A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, alterou o regime jurídico das medidas provisórias brasileiras, estando analisada no Título “De 2001 em diante”.



CONCLUSÕES



Como venho tentando demonstrar desde a Introdução, o Brasil é um País adolescente e cheio de arroubos legislativos.

Muitas vezes, pretende-se retornar ao direito anterior, ocorre que ficam as marcas da instabilidade legal, da descartabilidade das leis.

Por certo, tanto a Constituinte Federal quanto, também, as Estaduais levaram a fio os seus trabalhos olhando para o passado; o que se, de um lado, foi positivo, pois não se pode relegar a experiência, por outro não o foi, pois funcionava como uma forma de dificultar, sobretudo, o Governo da época.

Em relação à *medida provisória*, contudo, parece que foi um nome desconhecido para encobrir os antipatizados decretos-leis do regime da ditadura militar.

Verificou-se, aqui, compulsando os trabalhos constituintes, que foi uma Emenda presidencialista (Emenda Coletiva nº 1830) que trouxe para o interior da atual Constituição da República brasileira este instituto.

Assim, constitui um equívoco acadêmico desprezar as atividades parlamentares em concreto, menosprezando os trabalhos regimentais.

Não basta criticar as medidas provisórias, pois o problema nuclear não é este. Não se trata de retirar o instituto da medida provisória da Constituição da República brasileira, mas de transformar a aprovação das medidas provisórias em um ônus do Presidente da República, por, entre outros motivos, fixar-lhes prazos preclusivos.

Isto porque, no Presidencialismo, acaso se instale um conflito entre o Governo e o Parlamento, e se permitindo a reedição das medidas provisórias, podia-se, na prática, atribuir ao Presidente da República a faculdade de obstruir a votação, sem que daí advinha qualquer encargo a mais para o Poder Executivo. Afinal, ele não seria derrubado, ou adviria qualquer outra consequência.

Era preciso encontrar um modo de estimular o Governo brasileiro a querer que se vote a medida provisória editada, sob pena de se submeter a algum tipo de sanção.



CONCLUSÕES



Daí, parecer adequado modificar-se o regime constitucional das medidas provisórias, inclusive porque vigia o sentimento de que se o Supremo Tribunal Federal brasileiro viesse a mudar os seus Arestos a respeito delas, adviriam importantes problemas do passado, pois várias são as medidas provisórias que já estavam na quadragésima ou quinquagésima reedição.

Penso comigo que a possibilidade de reeditar indefinidamente as medidas provisórias era um poderoso estímulo já para a primeira edição.

Estabelecer a proibição de reedições implicaria em estimular o Governo a não adotar as medidas provisórias; senão aquelas, realmente, essenciais. Haveria, assim, a necessidade de negociações prévias à primeira edição.

E negociar é algo natural a um Estado Democrático de Direito.

A questão não é só jurídica; mas também política e prática.

Tanto assim o é que cerca de seis anos de salário mínimo deve-se às reedições de sucessivas medidas provisórias. Um problema político e prático; pois um erro de reedição, ou a não aprovação, poderia instalar uma verdadeira balbúrdia no âmbito do próprio salário mínimo, como também no campo previdenciário, dado que os benefícios estiveram atrelados ao salário mínimo, como medida de valor, por força das Disposições Transitórias da Constituição da República brasileira (art. 58) .

Em minha ótica, motivos pragmáticos justificavam a constante não votação das medidas provisórias brasileiras. Eram eles:

1. esperava-se que entrassem em acordo o Parlamento e o Governo;
2. o Congresso Nacional não pretendia assumir o ônus político da aprovação do conteúdo da medida provisória. Evitava o risco, e lavava as mãos;
3. o Congresso Nacional adotava a decisão política de barganhar com o Governo. Assim, poderia vincular matérias que se, no ponto de vista jurídico, não têm conexão; no ponto de vista político, passam a ter. Certas matérias que são, constitucionalmente, da iniciativa privativa do Presidente da República, e, quanto



CONCLUSÕES



a elas, portanto, o Congresso Nacional nada poderia fazer, são vinculadas à aprovação de medidas provisórias do interesse do Governo;

4. o Governo obstruía a votação da medida provisória. É necessário ter em conta que a reforma constitucional das medidas provisórias devia preocupar-se por não incentivar este expediente, ou outros análogos. Se se legislar no sentido de que, rejeitada uma medida provisória, ou perdendo ela a sua eficácia por decurso de prazo, mesmo assim, deva prevalecer sobre o direito anterior, enquanto não for aprovado o decreto legislativo regulamentador das relações jurídicas firmadas na sua época de vigência, poderia vir o Governo, que saiu derrotado na votação, passar a obstruir o decreto legislativo, que iria disciplinar o assunto, mantendo a medida provisória rejeitada ou prejudicada pela passagem do tempo. De fato, foi esta a alternativa oferecida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, art. 62, § 12: *“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 durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”*;
5. a medida provisória funcionando no lugar, ou como uma alternativa ao veto presidencial, pois estava vulgarizada a aprovação, pelo Congresso Nacional, de medidas provisórias no vigésimo nono dia. Assim, diante do dilema do prazo de quinze dias para o veto presidencial, e a distância de um dia apenas para aprovação da medida provisória, preferia o Presidente da República sancionar o Projeto de lei no intervalo de um dia, para, logo após, emitir uma nova medida provisória suspendendo os efeitos do texto que julgava contrário ao interesse público. Para evitar isto, bastaria estabelecer que, mesmo em casos como tais, ficaria preservado o prazo presidencial para o exercício do seu direito de veto;
6. o desinteresse do Congresso Nacional.

Portanto, está distante da realidade atribuir à desídia congressual o exclusivo motivo da necessidade das reedições; o que não afasta a memória histórica de que, em tema



CONCLUSÕES



de reedição¹²³⁷, o Congresso Nacional pronunciou-se pela sua permissibilidade antes mesmo do Supremo Tribunal Federal.

Um outro meio para inibir o volume de medidas provisórias está em recuperar a urgência constitucional dos Projetos de lei de iniciativa presidencial. Isto porque a interpretação que vem recebendo o art. 64, § 1º, desde 1989, da parte do Congresso Nacional, verdadeiramente fulmina este dispositivo. Compreende-se que o sobrestamento constitucional da pauta apenas se refere à pauta da sessão ordinária; não se aplicando à sessão extraordinária.

Na verdade, a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, dispôs sobre o sobrestamento da pauta de cada uma das Casas que compõem o Congresso Nacional, em relação à não votação da própria medida provisória, da seguinte forma, no atual art. 62, § 6º: *“Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, 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.”*

Também é preciso refletir um pouco mais sobre a proposta de alternância de Casas (bicameralismo) quanto aos Projetos de regulamentação das medidas provisórias, pois o governo pode selecionar, politicamente, a ordem a ser perseguida, não aparentando ser este o objetivo do Congresso Nacional.

A simples alternância poderia implicar em distribuição dirigida das medidas provisórias para aquela Casa Legislativa que melhor importe para o Governo.

Proponho que se adote para as medidas provisórias um sistema de distribuição análogo àquele empregado para os processos judiciais. Assim, mesmo mantidas as sessões separadas, o problema do retardo no prazo de conversão em lei não teria tanta importância, pois ele não existiria.

Contudo, a opção escolhida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, foi a de iniciar a tramitação congressual de toda medida provisória pela Câmara dos

¹²³⁷ Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, art. 62, § 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.”*



CONCLUSÕES



Deputados, conforme o art. 62, § 8º: “As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.”

Destaco, ainda, que não parece aconselhável a chamada “*promulgação fatiada ou por fatias*” das Emendas Constitucionais em geral, inclusive para a alteração do regime jurídico das medidas provisórias. Entre outros motivos, porque alguns dispositivos podem haver contado com o apoio de ambas as Casas Legislativas por diferentes razões, até por vínculos obrigacionais diversos. Matérias de conteúdo absolutamente diferentes podem estar vinculadas por compromissos políticos, e a promulgação fatiada traria, em seu interior, uma possibilidade maior de traições políticas.

Além do mais, o julgo sobre a chamada “*relação de pertinência*”, que fica ao encargo do mais Alto Tribunal do País, penso que, inevitavelmente, seja dotado de um alto teor de indeterminabilidade, suportando sempre um ponderável risco para as Instituições.

Não me parece que seja este o objetivo do Congresso Nacional brasileiro, até porque redundou predominante o seu entendimento no sentido de que se atribuir ao Poder Judiciário a prerrogativa de definir o que seja, por exemplo, “*relevância*” e “*urgência*” seria o mesmo que transferir a responsabilidade política do Parlamento e do Governo. Seria transferir para o Poder Judiciário responsabilidade política.

Argumenta-se, inclusive, com a inconveniência que haveria em atribuir estes juízos para o Supremo Tribunal Federal, e este Órgão, pela via da liminar, vir a paralisar o processo legislativo, para, só muito tempo depois, vir a se pronunciar sobre o mérito.

Com isto, diz-se que a urgência ficaria inviabilizada pela morosidade do Poder Judiciário.

Parece que o entendimento predominante, no Legislativo nacional, é o de que discutir “*relevância*” e “*urgência*”, atribuindo-lhes, ou não, à verificabilidade judicial é, na verdade, uma discussão sobre *espaços de poder*.

Se a matéria ficasse sob o julgo do Poder Judiciário estaria havendo uma conquista por *espaços de poder* não apenas por Ministros e Juízes, mas também por todos os operadores ou profissionais que militam junto ao Poder Judiciário, e em razão do qual auferem os seus rendimentos.



CONCLUSÕES



Uma matéria, também, de relevo é a que discute a emissão de medidas provisórias um pouco antes do início do recesso.

Aqui, é de ser dito que se a emissão fosse durante o recesso, o Congresso Nacional deveria ser convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias (art. 62, “caput”, da Constituição da República brasileira – Texto originário).

Portanto, se emitida a medida provisória um pouco antes do início do recesso, haveria três alternativas: o prazo dos trinta ou sessenta dias poderia ser interrompido, suspenso ou poderia fluir normalmente.

Opino no sentido de que o prazo deveria ser suspenso.

A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, também optou pela suspensão do prazo durante o recesso. É o previsto no art. 62, § 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.”*

Outra questão de especial realce diz respeito à extensão de que deve ter a iniciativa presidencial para dar início ao processo legislativo.

Alguns Parlamentares dizem que a extensão atual é exagerada (art. 61, § 1º) por dois diferentes motivos que se contrapõem, a saber:

1. o *hall* de iniciativa privativas de leis do Presidente da República, que inclui as matérias tributárias, de tão extenso que é, transforma, especialmente a Câmara dos Deputados, em um órgão chancelador das iniciativas presidenciais;
2. o *hall* de iniciativas privativas de leis do Presidente da República é demasiadamente extenso, ao ponto de algumas delas não dever sequer ser matéria de lei, ficando mais confortáveis no âmbito dos Decretos. Argumentam, dizendo, por exemplo, que nem a Câmara dos Deputados nem o Senado Federal admitiriam que a regulamentação dos seus próprios serviços ficasse ao encargo do pronunciamento do Poder Executivo. Logo, seria inadequado como matéria de lei a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e dos órgãos da administração pública (art. 61, § 1º, al. “e”). Lembro de que foi nesta matéria em que ocorreu a primeira reedição de medida provisória no Brasil.



CONCLUSÕES



A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, optou por ampliar a possibilidade constitucional dos decretos, firmando: “Art. 84. (...) VI- *dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.*” E fez registrar no art. 88: “A lei *disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.*”

Enfim, defendi todo o tempo que a experiência parlamentar e acadêmica completam-se. Os esforços devem ser conjuntos.

Assim, em um mundo globalizado, onde as informações atingem velocidades incríveis, defendo que haja a necessidade de instrumentos legislativos ágeis para fazer face a hipóteses de efetiva urgência.

Porém, reconhecer isto não significa defender a simpatia excessiva da burocracia governamental brasileira pelas medidas provisórias.

Portanto, acrescento que o uso deturpado poderia vir a ser reduzido com algumas medidas simples, dentre elas:

1. a da recuperação da verdadeira urgência constitucional para os Projetos de lei da iniciativa presidencial, com o bloqueio da pauta parlamentar, inclusive nas sessões extraordinárias do Parlamento. Como foi dito anteriormente, o sobrestamento previsto pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, foi para a hipótese de a medida provisória não ser apreciada em até quarenta e cinco dias, contados de sua publicação (art. 62, § 6º);
2. a exigência, por parte do Parlamento, de que sempre que o Presidente da República faça uso do expediente da medida provisória, esclareça o porquê de não haver adotado o pedido de urgência nos Projetos de lei da sua iniciativa;
3. a da efetiva análise, pelo Parlamento, dos requisitos da relevância e da urgência, não bastando a mera referência a estes termos a título de justificativa presidencial.



CONCLUSÕES



A retomada da urgência constitucional para os Projetos de lei da iniciativa do Presidente da República, caso vista isoladamente, não implicaria em um fatal recuo no encaminhamento das medidas provisórias. Isto porque o hábito do exagero já foi adquirido, e será difícil voltar atrás. Daí a importância do crivo parlamentar rigoroso sobre os pressupostos de admissibilidade das medidas provisórias (relevância e urgência)

Um outro desincentivador dizia respeito ao art. 246, da Constituição da República brasileira. Este dispositivo foi uma reação parlamentar ao excesso de medidas provisórias. É um dispositivo de vedação geral.

Assim, entre as tantas matérias que ficam defesas à medida provisória, encontraria-se uma eventual Reforma Tributária que se diz está por vir.

Por isto, havia sugestões de estabelecer um termo final para a vigência deste art. 246, da Constituição da República brasileira, de modo a permitir que novas Reformas Constitucionais, como a tributária, não encontrassem nele mais um obstáculo de regulamentação.

A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, preferiu limitá-lo no tempo, sob a seguinte redação: “*É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive.*”

Todos estes problemas, enfim, atacam as medidas provisórias tributárias.

Ocorre que estas defrontam-se com obstáculos bem especiais, considerando que todo o planejamento das empresas é formulado incluindo o “*custo dos tributos*”, e que a surpresa provocada com um aumento nos tributos prejudica a segurança jurídica, e opõe, de maneira drástica, os interesses arrecadatórios do Poder Executivo contra os interesses da atividade produtiva.

De fato, o Poder Executivo federal resiste contra uma reforma em que não mais possa utilizar das medidas provisórias neste campo, pelo menos do modo amplo como, atualmente, vem empregando.

Esta é uma das suas principais resistências.



CONCLUSÕES



De fato, se se tratar, apenas, de alteração de alíquotas, e os impostos forem os de importação de produtos estrangeiros; de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito câmbio, seguros, títulos e valores mobiliários (art. 150, § 1º e art. 153, incs. I, II, IV, V e § 1º) não haveria a necessidade de medida provisória, pois bastaria um decreto presidencial.

É bem verdade que a lei que fixa os limites (piso e teto) das alíquotas deve ser complementar, até mesmo porque regular as limitações constitucionais ao poder de tributar é tarefa de lei complementar (art. 145, inc. II).

Assim, se houvesse vedação expressa, na nova regulamentação constitucional, quanto à utilização de medidas provisórias em se tratando de matéria reservada, pela Constituição, para lei complementar, ficaria terminantemente impedida a medida provisória de ser utilizada com esta função. De fato, foi o que fez a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, ao dispor no art. 62, § 1º, inc. III: “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: (...) III- reservada a lei complementar.*”

Pode até parecer estranho, mas guardo comigo uma relativa certeza de que, mesmo entre grande parte dos operadores do direito e nas bancas universitárias, ainda há a ilusão de que o campo tributário é vedado às medidas provisórias, e que o Governo delas não se utiliza.

É claro que, para o profissional militante nesta natureza de causas, esta fantasia não tem como perdurar, embora, talvez por dever de ofício, sempre destine um capítulo da petição que formula em Juízo para reivindicar o possível vício no emprego de medidas provisórias tributárias.

Isto ocorre em face das reiteradas manifestações contrárias em Congressos e Seminários jurídicos.

Insisto em que não adiantaria um Juiz de uma Côrte Superior ou Suprema vir a defender a regra da improcedência da utilização das medidas provisórias em causas tributárias, reconhecendo o abuso na utilização, para, mais adiante, curvar-se à maioria do Tribunal; e fornecer o seu voto no sentido de se permitir a adoção de uma cachoeira de



CONCLUSÕES



medidas provisórias quanto, por exemplo, ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Por vezes, em uma mesma medida provisória, são alterados vários tributos, e elas são várias vezes reeditadas.

Como o Supremo Tribunal vem admitindo este procedimento, parece haver um sentimento orientado no sentido de que se houve equívoco, ou não, da parte do Supremo Tribunal Federal, a realidade é a de que este Alto Tribunal, mesmo que agora pretendesse mudar, dificilmente assim o faria, em face da herança de medidas provisórias tributárias passadas, e do transtorno que isto provocaria.

Uma questão pragmática. Além do mais, a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, previu, em relação aos impostos, um esclarecimento quanto a uma mais necessária rigidez sobre a aplicação do princípio da anterioridade, de onde vislumbra-se o comando positivo constitucional: “Art. 62. (...) § 2º. *Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos art., 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.*”

O argumento de que a reedição das medidas provisórias tributárias provocaria um aprimoramento de textos, caso venha a ser aceito como razoável, tenho comigo que jamais poderia passar de um fundamento secundário.

Defendo que as constantes republicações e renumerações provocam um grau de balbúrdia e instabilidade. Neste ponto, parece que a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, reduziu o problema, pois permite uma única prorrogação de cada medida provisória. É o seu teor: “Art. 62. (...) § 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.*”

O direito tributário não pode conviver com um estado permanente de dúvida.

Isto provoca enormes dificuldades de aplicação de um direito eminentemente técnico, como o é o tributário, agravado por se tratar o Brasil de um País continente, onde, em vários rincões, estão Juízes que não têm acesso fácil à INTERNET, nem à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.



CONCLUSÕES



Assim, estes Juízes podem estar convictos de que estão aplicando o direito vigente, embora estejam reproduzindo vícios e prejuízos tanto para o Governo, como também para os cidadãos e empresas que se socorrem do Poder Judiciário nacional.

Da parte do Governo, parece que ele entendia que o antídoto estivesse nas próprias medidas provisórias; pois vinha, claramente, legislando sobre direito processual em uma linha de atribuir à Fazenda Pública uma grande quantidade de vantagens processuais. Aqui, creio que, a despeito de a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, permitir a continuidade em vigor daquelas medidas provisórias então vigentes (art. 2º, da Emenda), o fato de proibi-las a partir de então foi uma iniciativa adequada (art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”).

De fato, o Poder Executivo fazia uma releitura discutível do princípio da isonomia.

Trata-se de uma lógica perversa, pois o Governo terminava apostando no prejuízo do mais fraco.

Isto porque a grande empresa ou contribuinte dispõe de recursos para judiciarizar a questão, abrindo um conflito de interesses com o Governo quer no campo administrativo, quer no do próprio Poder Judiciário.

Promovida a ação, e diante da morosidade do Poder Judiciário, mesmo que haja a derrota, em face dos baixos juros judiciais, comparados com os juros de mercado, termina por auferir vantagem o contribuinte litigante.

Termina saindo mais barato uma questão judicial demorada do que a obtenção de um empréstimo com o pagamento de juros de mercado perante as instituições financeiras.

É um estímulo ao litígio.

Quanto ao pequeno contribuinte, este, obviamente, não dispõe de um aparato jurídico habilitado, preferindo, muitas vezes, não litigar com o Governo.

Logo, se sem o obstáculo da instabilidade tributária, a concorrência, no estágio de globalização em que se encontra o mundo, já é um tanto desleal, imagine-se com o aprofundamento das diferenças por esta via.



CONCLUSÕES



Assim, independentemente de o Supremo Tribunal Federal considerar constitucional, ou não, procedimentos de direito processual em favor do Governo e a fixação de juros escorchantes em favor das Instituições financeiras, terminam as medidas provisórias, que funcionavam como veículos destas iniciativas, por intensificar uma concorrência selvagem entre os maiores e os menores, cujos resultados o tempo demonstrou.

A linguagem tributária é uma linguagem complexa, quase que restrita a alguns iniciados. Assim, os operadores do direito, que lidam nesta área, são, normalmente, caros e inacessíveis na vida ordinária do cidadão médio.

Logo, é de boa conduta procurar a estabilidade e a simplicidade, pois este, ao meu sentir, seria um caminho para se atingir algo mais próximo da isonomia, para a Justiça.

A experiência de mais de uma década de uso não pode ser relegada, pois as coisas precisam ser amadurecidas; e a medida provisória brasileira também.

Tudo isto ainda é mais agravado considerando o fato de que se a tributação indireta, no Brasil, remonta aos cerca de setenta por cento, ou algo próximo disto, a conclusão parece ser simples, mas mesquinha: é o brasileiro que vive do salário mínimo, ou um pouco mais do que isto, que, tal como um super-homem, suporta quase toda a carga tributária brasileira efetiva.

De fato, não são tantos os impostos brasileiros. Contudo, os tributos não se resumem aos impostos, havendo outros, entre eles as chamadas contribuições especiais, cuja carga vem historicamente crescendo.

Seria preciso investigar os contribuintes para evitar que o Sistema Tributário brasileiro terminasse sendo, na prática, regressivo, incidindo mais sobre aqueles que menos têm: os mais pobres.

Por exemplo, para investigar uma Instituição Financeira, é necessário mão de obra bastante especializada, que consiga encontrar eventuais fraudes, despesas fictícias, etc.

Naturalmente, isto requer estudo, competência e tempo. Enfim, trabalho. Até porque é natural que os bem equipados departamentos jurídicos destas Instituições exijam



CONCLUSÕES



mais apuro não apenas na detecção de equívocos nos chamados planejamentos fiscais (elisões), que, por vezes, mantêm fronteiras cinzentas com a sonegação.

Sem dúvida, pode ser mais fácil fugir de tudo isto, simplesmente tributando aquele mais desprotegido pelo aparato técnico-formal. Sofrem os mais pobres.

Assim, começa-se a se reclamar de um sistema que não está sendo fiscalizado, nem sendo arrecadado a contento.

Pior. Ocorrendo as mudanças, muito provavelmente, elas continuem na mesma direção; ou seja, na da efetiva tributação regressiva.

Mesmo no que diz respeito à chamada tributação indireta, onde o rigor da superada Súmula nº 71, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, parecia excessivo; e foi aplacado pela Súmula nº 546, do mesmo Tribunal¹²³⁸, atualmente vem-se permitindo um caminho onde se aceita não apenas o repasse do tributo para o consumidor final, mas, muitas vezes, a recuperação do valor já transferido. Um “bis in eadem”.

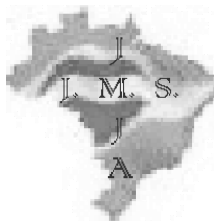
É tal como venho dizendo: a carga tributária brasileira incide efetivamente sobre os mais pobres.

Assim ocorre não porque a atual Constituição da República brasileira isto predique, mas porque é esta a aplicação que se quer retirar dela.

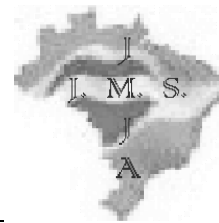
De fato, quanto menor e menos produtor for o trabalho da Administração tributária, maior será o seu impacto negativo sobre a maioria dos interesses dos cidadãos, considerando um País de exacerbadas desigualdades, como é o caso do Brasil.

Enfim, ao invés de propugnar por um novo Sistema, é preciso primeiro tentar aplicar o existente.

¹²³⁸ Vide, também, o art. 166, do Código Tributário Nacional: “A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.”



CONCLUSÕES



Se a base de arrecadação aumentar, a sonegação diminuir, o próprio Sistema tiver tempo para amadurecer e se estabilizar, talvez, até mesmo por inércia, a carga tributária individual possa reduzir sem retirar recursos dos cofres do Estado.

Afinal, assim como a pessoa natural tem o instinto de sobrevivência, também o tem a pessoa jurídica, cujo primeiro compromisso é o de se manter existente nesta selva globalizada que é a civilização ocidental.

Parece ser esta a linha de raciocínio mesmo daqueles que admitem a necessidade do emprego da ética nas relações humanas e sociais: o primeiro compromisso da empresa é o de existir, mesmo que para isto tenha de sonegar ou de promover evasões.

Para impedir uma concorrência desleal entre aquele que paga os seus tributos e aquele que não paga, é necessário um cruzamento de informações entre as Administrações tributárias das entidades que compõem a Federação brasileira. Este contribuinte pode haver residido em mais de um Estado, em vários municípios.

Logo, o federalismo fiscal exige trabalho articulado. União, Estados e Municípios não podem funcionar como compartimentos estanques e avessos à troca de informações.

Só assim seria possível êxito, seria possível tributar mais aquele que mais possui, evitando a *“lei do menor esforço”*, que consiste em tributar mais aquele que menos pode responder à tributação.

Infelizmente, parece-me que a solução mais fácil, aquela de escolher atingir o cidadão mais desfavorecido economicamente, ainda pode prevalecer por muito tempo. Basta verificar que este praticamente não recorre ao Poder Judiciário para reivindicar os seus direitos constitucionais e tributários.

Quanto aos demais, são vários os competentes advogados que os representam, e reivindicam os ditos direitos para os seus constituintes, notadamente empresas de mais sólido conhecimento no sentido de que é possível contrapor-se ao Estado; e, muitas vezes, com êxito.

Um Diploma Constitucional sem estabilidade, que muda toda hora, transmite medo e insegurança, tanto maior quanto menores forem as informações de que se dispõe.



CONCLUSÕES



Além do mais, quer me parecer que o Governo Federal vem fazendo a Reforma Tributária que queria e ainda quer. Os exemplos da ampliação da alíquota da COFIS e da CPMF, entre outros, ratificam o que digo.

Ou seja, a instabilidade tributária é uma evidência, e se mudanças fossem soluções, o Brasil estaria cheio delas. Não está.

Frise-se, portanto, que se novas mudanças ainda são necessárias, não me parece que sejam na Constituição.

É preciso simplificar as chamadas obrigações tributárias acessórias, aquelas que, segundo o Código Tributário Nacional, têm por objetivo instrumentalizar a arrecadação e a fiscalização.

É preciso simplificar o acessório para arrecadar mais. É preciso simplificar a burocracia.

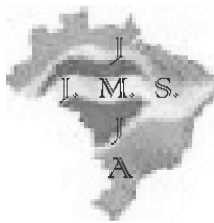
Não vejo, portanto, a necessidade de retirar direitos constitucionais do contribuinte brasileiro, não apenas por conta da possível inconstitucionalidade desta iniciativa, pois apresentam-se, entre as cláusulas pétreas, os direitos e garantias individuais; mas também porque não encontro em tal providência a melhor medida para o incremento da receita tributária.

Creio que a inflação legislativa, no campo tributário, promove não somente o acirramento da elisão, enquanto um planejamento para pagar menos tributos sem que se pratique infrações, mas apresenta amplas possibilidades para abusos de formas e simulações.

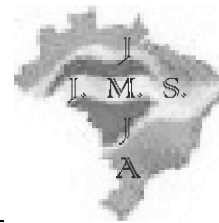
É preciso consolidar a Jurisprudência, dentro da trilogia que venho defendendo: uniformidade – determinabilidade – segurança.

Para se conseguir isto é necessário estabilidade da legislação.

Assim, por exemplo, a técnica da substituição tributária, desde que conformada em um modo constitucional de fazer as coisas, poderá servir como um importante meio de combater a sonegação, a evasão.



CONCLUSÕES



Mais esta, entre outras, não é apenas uma questão de técnica jurídica formal. É preciso, também, considerar as condições de adequação ao mercado, pois o direito tributário brasileiro não pode funcionar como um elemento destrutivo das empresas que procuram ser adimplentes com o Fisco.

Se não houver uma relativa uniformidade de tributação nos Estados e nos Municípios, poderia advir uma profunda concorrência desleal.

Para agravar a situação, é também preciso considerar o mercado internacional, pois, mesmo que haja esta tal uniformidade interna, o preço final do produto, ainda assim, poderia atingir patamares não aceitos pelo mercado, diante da concorrência estrangeira.

Logo, a substituição tributária existe e é constitucional, mas também é preciso tê-la em conta diante da realidade de um mundo globalizado e de um Brasil que possui regiões em situações de desenvolvimento tão desequilibradas.

É o que alguns chamam de guerra fiscal.

De fato, uma guerra interna e externa, havendo necessidade de preservar as empresas nacionais de um processo predatório de competitividade, sob pena de se destruir algo que se levou tanto tempo para construir, substituindo importações, e vendo crescer o parque fabril brasileiro.

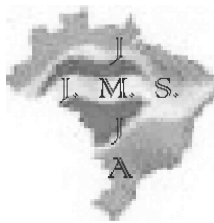
Para desenvolver é preciso planejar, e trabalhar bastante de acordo com o planejamento feito.

Os planejamentos não podem mudar sob a veleidade de tantos tributos provisórios, medidas provisórias, etc.

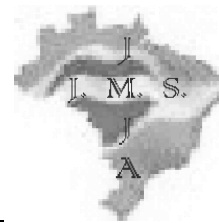
Planejar exige por em prática o planejado. Dar tempo ao tempo.

É preciso, também, acompanhar os resultados, para, se realmente for o caso, fazer os aparos que se apresentarem como mais eficientes na direção de um objetivo previamente traçado.

Feito isto, é preciso ter paciência, e acreditar no roteiro. Creio que nada seria tão eficiente contra a guerra fiscal do que planejar, trabalhar e executar.



CONCLUSÕES



Se o Brasil, hoje, é um País de evasões, talvez esta seja a principal guerra fiscal: combater as evasões, e não mudar as normas, favorecendo o evasor.

Se, atualmente, uma questão judicial tributária dura, em média, entre cinco e dez anos, é natural que seja difícil para um administrador, cujo mandato não se estende por um período tão longo, que ele se desinteresse por adotar medidas cujos resultados não é ele quem irá desfrutar.

De fato, não basta fiscalizar, é preciso cobrar eficazmente. Não deixar eternizar a dívida.

É preciso repensar o processo de execução no Brasil, agilizá-lo.

A Constituição brasileira, de modo algum, lança as bases para uma guerra, de que tipo seja, entre um Sudeste e um Sul desenvolvidos contra um Norte, um Nordeste e um Centro-Oeste paupérrimos.

É preciso uma política nacional de desenvolvimento, advinda da União. Afinal, parece ser este o objetivo de qualquer Federação: evitar que os mais fortes esmaguem os mais fracos.

Por enquanto, em palavras diretas, a União garante o que é dela.

Digo isto, pois, ao invés de intensificar a administração tributária no setor dos tributos repartidos com as demais entidades da Federação brasileira, prefere ampliar as contribuições especiais, ou impostos cujos resultados não partilhe, tal como ocorre com a contribuição social sobre o lucro líquido e com o imposto sobre operações financeiras.

É a política subconstitucional do *salve-se quem puder*.

Enfim, ainda dentro do planejamento necessário para o Brasil, é matéria que não pode ser afastada das discussões o tema da renúncia fiscal. É necessário, *pari passo*, acompanhar os efeitos da renúncia, para constatar os resultados. É preciso ver se o objetivo está sendo alcançado.



CONCLUSÕES



Fundamental é tirar do Texto Constitucional o princípio da eficiência, e colocá-lo em prática.

Na verdade, rememore-se a Emenda Constitucional nº 19/98, chamada de Reforma Administrativa, que acrescentou, entre os princípios vetores da Administração pública brasileira, a *eficiência*.

Esta é mais uma prova de que o problema não está na Constituição, mas fora dela.

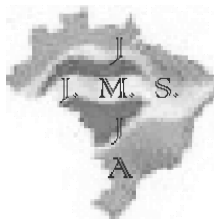
Na Constituição da República brasileira, está escrito que a Administração precisa ser eficiente. Ocorre que não o é.

A Constituição manda acompanhar os incentivos regionais de modo a melhor promover o equilíbrio do País, mas a sonegação não se compadece disto.

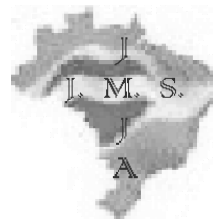
Do modo como está, há um enorme hiato entre o Sistema Tributário normativo e o prático, culminando por fazer com que, diante da concorrência de mercado, termine ganhando quem não paga os tributos.

É preciso mudar.

Não a Constituição, mas o impulso de não cumpri-la.



TÍTULO VII – DE 2.001 EM DIANTE



TÍTULO VII

DE 2.001 EM DIANTE



NOÇÕES PRELIMINARES

De fato, tal como já foi visto anteriormente, a Proposta de Emenda à Constituição brasileira de 1988 nº 472, foi de 1997.

Ocorre que sofreu, entre as Casas Legislativas que compõem o Congresso Nacional, várias Emendas; o que sempre a fazia retornar para a Casa de iniciativa. Isto porque, em se tratando de Emenda Constitucional, não há, simplesmente, uma Casa de origem e uma outra meramente revisora.

Em outras palavras, quando se discute uma Emenda Constitucional, no Brasil, tanto o Senado Federal, quanto a Câmara dos Deputados, devem estar de acordo, manifestando este consentimento por duas vezes em cada uma das Casas.

Não foi fácil o embate político travado não apenas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, mas também entre os representantes parlamentares do Governo e os da Oposição.

Chegou-se mesmo a comentar que, diante da perspectiva de vitória de Partidos de Oposição, nas eleições que se seguiriam em 2.002, não seria do interesse dos mesmos a alteração do Texto Constitucional de outubro de 1988.

A discussão mais superficial e comum em torno desta Proposta de Emenda foi a de que tratava-se de uma disputa entre a governabilidade e a retomada das prerrogativas por parte do Legislativo nacional. Isto porque, no mundo moderno, com as comunicações e os transportes bem mais velozes, não seria possível subtrair do Poder Executivo o instrumento das medidas provisórias sob um desenho jurídico mais amplo.

Contudo, com a eleição do Deputado AÉCIO NEVES para a Presidência da Câmara dos Deputados, havendo ele estabelecido, como plataforma da sua Campanha, a iniciativa de restringir a edição e a reedição das medidas provisórias, tratou o seu intento como uma medida principal de conquista de credibilidade sua e do próprio Parlamento, mais particularmente da Câmara dos Deputados.



Tanto assim o foi que, já na primeira sessão do segundo período legislativo de 2.001 (agosto), colocou a Proposta de Emenda Constitucional nº 472 para votação em segundo turno, embora sabendo, assim como os seus Pares, de que não se tratava daquilo que, no Brasil, se entendia como ideal, dado que alguns Parlamentares e juristas defendiam a pura eliminação das medidas provisórias da Constituição brasileira de 1988.

Foi uma espécie de Texto possível, diante da situação concreta de disputa política porque passava o Brasil. De ordem que a Proposta, tal como foi encaminhada para o Senado Federal, conta com algumas imprecisões e redundâncias.

Por uma questão de celeridade, optou-se por agir assim. Tanto isto parece verdadeiro que, entre o primeiro turno de votação e o segundo, mais precisamente no ato deste último, foram aprovadas duas *Emendas de redação*, apoiadas por todos os líderes partidários, buscando tornar mais explícito que as medidas provisórias só terão validade por 60 (sessenta) dias, prorrogáveis, uma única vez, por outros 60 (sessenta) dias. Para vigorar além deste prazo, precisaria ter o seu texto aprovado pelo Congresso Nacional.

Pelo menos, este era o sentimento dos Deputados em relação ao texto que votavam.

De um ponto de vista geral, não se tratava apenas de aprovar mais uma Proposta de Emenda Constitucional, pois havia uma discussão maior. Pretendia-se resgatar a credibilidade do Poder Legislativo, começando-se a falar, no Brasil, em outras medidas em nome de um certo “*Pacote Ético*”¹²³⁹, denominação encontrada pela mídia para rotular uma série de Projetos de leis havidos como prioritários para o segundo semestre do ano de 2.001.

Enfim, o Deputado AÉCIO NEVES saía fortalecido como *homem de Estado*, contando, ao menos neste seu esforço concentrado, com o apoio dos Partidos de Oposição e do próprio Governo, que manifestava o seu compromisso em Plenário e nas Comissões, sobretudo através do seu líder, o Deputado ARNALDO MADEIRA.

¹²³⁹ O termo “*Pacote ético*” refere-se às seguintes propostas: exclui crimes comuns da imunidade parlamentar, abre os sigilos bancário e fiscal de parlamentares e de outros agentes públicos, estabelece o financiamento público de campanhas eleitorais, pune a infidelidade partidária e acaba com as votações secretas.



Prova disto é que, na Câmara dos Deputados, a votação, em segundo Turno, da Proposta de Emenda de que ora se cogita, foi de 364 (trezentos e sessenta e quatro) votos a favor, e apenas 3 (três) contrários.

Peculiar também é notar que, após esta esmagadora votação, o Presidente da Câmara dos Deputados, AÉCIO NEVES, convidou os Parlamentares presentes no Plenário para acompanhá-lo até o Gabinete do Presidente, em exercício, do Senado Federal, ÉDISON LOBÃO. Quem o recebeu foi esta autoridade, pois o Presidente efetivo foi levado a solicitar licença da Presidência em face de estar respondendo a várias acusações de improbidade na Polícia e na Justiça.

Logo, no momento da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional regulamentadora das medidas provisórias na Câmara dos Deputados, certamente o Senado Federal parecia uma instituição que não gozava da simpatia popular.

Esta circunstância trouxe repercussões no próprio texto da Reforma, pois a Proposta que limita a edição de medidas provisórias demonstrou uma tentativa de deslocar o eixo político em favor da Câmara dos Deputados, pois, segundo o que preconiza, as medidas provisórias terão as suas votações sempre iniciadas pela Câmara dos Deputados.

Note-se a proeminência da Câmara dos Deputados no texto da Reforma.

Exemplifico o que digo. Encaminhada uma medida provisória para a Câmara dos Deputados, esta Casa Legislativa realiza as alterações que considerar convenientes, e encaminha o texto consolidado para o Senado Federal.

No Senado Federal, apresentam os Senadores um Substitutivo ao Projeto aprovado na Câmara dos Deputados, considerando-o prejudicado; e são encaminhadas as duas Propostas em retorno para ela.

Na Câmara dos Deputados, bastaria aos seus membros novamente aprovar o texto que, primeiramente, encaminhou para o Senado, que sequer foi votado pela outrora Câmara Alta, que o havia considerado como prejudicado.

Logo, a lei decorrente deste processo legislativo sequer foi votada uma única vez pelo Senado Federal.



NOÇÕES PRELIMINARES



Talvez, alternativamente a este sistema, coubesse a tramitação alternada entre as Casas, tal como comentei anteriormente.

Contudo, o sistema aprovado, na Câmara dos Deputados, parece haver tomado em conta que o Senado Federal vem sofrendo uma reprovação em todos os níveis, haja vista que, além do licenciamento do Presidente JÁDER BARBALHO¹²⁴⁰, ocorreram recentes renúncias do antigo Presidente do Senado Federal, ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES, e do anterior líder do Governo no Senado, JOSÉ ROBERTO ARRUDA.

Creio que, ao menos na Câmara dos Deputados, a consequência que pronuncio não foi sublinhada; bem ao contrário, praticamente não foi comentada em público.

Para efeitos gerais, passou-se à mídia que o abuso de edições e reedições tinha os seus dias contados. Afinal, estava vedada a reedição na mesma sessão legislativa em que a medida provisória houvesse sido rejeitada pelo Congresso Nacional, ou em que tivesse perdido a eficácia pelo decurso dos prazos. Quanto a estes, repito, a validade da medida provisória iria para 60 (sessenta) dias, prorrogável, uma única vez, por mais 60 (sessenta) dias.

Logo, a mensagem era a de uma nova organização dos Poderes, mais equilibrada, não permitindo a um deles sobressair exageradamente.

Por outro lado, demonstrava-se que não se estava objetivando prejudicar as prerrogativas do Poder Executivo, mas apenas delimitá-las. Afinal, ampliava-se a possibilidade dos decretos presidenciais, permitindo-os em atividades de carácter administrativo, desde que não implicasse em aumento de despesa ou criação de cargos.

Assim, não se proibia as reedições; mas se condenava as formas como as reedições vinham sendo feitas.

¹²⁴⁰ Também o Presidente do Senado Federal, JÁDER BARBALHO, renunciou ao mandato de Senador, tendo como primeiro suplente o Senhor LAÉRCIO BARBALHO, pai do mesmo, que não assumiu o posto. Assumiu o seu segundo suplente.



Dentro desta linha de raciocínio, fazia-se imperioso adequar a Resolução nº 01/89, do Congresso Nacional, àquilo que se aprovava, adaptando a economia interna de tramitação das medidas provisórias à nova ordem constitucional.

Dito de outro modo, as mudanças não eram de índole exclusivamente teórica, relativas a sistemas de governo parlamentares ou presidencialistas. Pretendia-se chegar ao povo, às pessoas diplomadas nas universidades da vida, que aprendiam com a prática as aparas que podiam ser feitas.

Creio, enfim, que foi este o clima em que saiu da Câmara dos Deputados para o Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional nº 472. Como uma medida de contenção *ética* do Poder Executivo, prestigiando a Câmara dos Deputados, que parecia deter um grau de superioridade, neste campo, frente ao Senado Federal, envolvido em escândalos e corrupção¹²⁴¹.

Em contrapartida, no Senado Federal, a Proposta, após ser encaminhada para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), com o pedido de celeridade pelo Presidente interino do próprio Senado, recebeu, por alguns Senadores, entre outras observações: a) a advertência de que seriam objeto de deliberação apenas os dispositivos alterados pelos Deputados no texto aprovado pelo Senado, em dezembro de 1999; b) a possibilidade de polêmica da alteração que determinou que a tramitação bicameral para as medidas provisórias iniciava-se sempre pela Câmara dos Deputados, o que, para alguns Senadores, significaria um esvaziamento do Senado, transmitindo-lhe um simples papel homologatório¹²⁴²; c) a reflexão de se proibir a adoção de medidas provisórias

¹²⁴¹ Foi, neste período, que o Procurador-Geral da República, GERALDO BRINDEIRO, encaminhou, ao Supremo Tribunal Federal, um pedido de abertura de Inquérito (INQ 1769) para investigar um suposto envolvimento do Senador JADER BARBALHO, então Presidente licenciado do Senado Federal, no desvio de verbas do Banco do Pará – BANPARÁ. Verificava indícios de que o Senador haveria praticado, ao menos em tese, crime de peculato, utilizando o cargo de Governador do Pará para desviar, em proveito próprio e de outras pessoas, dinheiro público entre outubro de 1984 e agosto de 1985. JADER BARBALHO renunciou ao cargo de Senador, havendo sido eleito para substituí-lo o Senador RAMEZ TEBET, que logo proclamou que a sua primeira prioridade seria discutir o Orçamento da União para 2002.

¹²⁴² De acordo com a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 472, a tramitação de medidas provisórias teria início na Câmara dos Deputados, e o Senado Federal não poderia fazer Emendas ao que os Deputados decidissem, cabendo-lhe, tão somente, aprovar ou rejeitar.



NOÇÕES PRELIMINARES



regulamentando artigos da Constituição alterados entre 1º de janeiro de 1995 e a data da promulgação da Emenda ora cogitada.

O Relator, na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), o Senador OSMAR DIAS (Sem Partido – Paraná), apresentou duas emendas ao texto aprovado na Câmara dos Deputados, a saber: a) discordou da modificação, promovida pela Câmara dos Deputados, que determinou que o início da tramitação das medidas provisórias deveria ser feito sempre pela própria Câmara, pois pretendia fazer valer o princípio da alternância entre as duas Casas do Legislativo federal; b) veiculou a proibição da utilização das medidas provisórias sobre assunto tratado em projeto de lei vetado pelo Executivo.

Embora houvesse formulado estas alterações, as retirou, cedendo aos argumentos do Senador JOSÉ EDUARDO DUTRA (Partido dos Trabalhadores – Sergipe), que ponderou no sentido de que a Constituição brasileira já estabelece que os Projetos do Poder Executivo tenham a sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados. Também influíram na retirada das emendas do Relator, o Presidente interino do Senado, EDISON LOBÃO (Partido da Frente Liberal – Maranhão), o Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado AÉCIO NEVES (Partido Social Democrático Brasileiro – Minas Gerais), e os Senadores ROBERTO FREIRE (Partido Popular Socialista – Pernambuco) e ROMERO JUCÁ (Partido Social Democrático Brasileiro – Roraima).

Assim, pela viabilidade da aprovação final, ainda durante o período de tramitação no Senado Federal, afluou a preocupação no sentido de evitar que a pauta da Câmara dos Deputados fosse obstruída com as regras que estavam para ser aprovadas, caso não houvesse a votação das 62 (sessenta e duas) medidas provisórias então em vigor¹²⁴³.

Em suma, o risco da obstrução foi debatido.

Afinal, pelo texto aprovado, 45 (quarenta e cinco) dias após ser editada, a medida provisória passa a ter prioridade sobre todos os Projetos em exame pelo Poder Legislativo.

¹²⁴³ De fato, este número está atualizado até o dia imediatamente anterior ao da votação da Reforma Constitucional, em segundo turno, no Senado Federal. As variações existentes devem-se ao esforço do Plenário do Congresso Nacional no sentido de votar aquelas medidas provisórias que houvessem obtido consenso ou algo próximo a isto.



Havendo 62 (sessenta e duas) medidas provisórias em vigor, embora não votadas¹²⁴⁴, e outras continuando a serem editadas pelo Presidente da República, surgiria a possibilidade do congestionamento.

Entre elas, está, por exemplo, a medida provisória que disciplinou o confisco sobre as cadernetas de poupança, editada pelo então Presidente FERNANDO COLLOR.

Acompanhando-se os trabalhos do Congresso Nacional brasileiro¹²⁴⁵, verifica-se que a discussão sobre esta matéria está longe de ser encerrada. Tanto assim o é que o Senador PEDRO SIMON, que pretende postular o cargo de Presidente da República, através do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, já anunciou que votava favoravelmente às restrições, tal como se apresentavam, por não lhe restar outra saída; e, por isto, o fazia sob protesto. Disse mais: imediatamente após a aprovação da Emenda, apresentaria uma outra sobre o mesmo assunto.

Acredita este Parlamentar que as medidas provisórias são da essência do Parlamentarismo, onde o Gabinete poderia cair a qualquer momento, chegando a exemplificar com a Itália e com a Inglaterra. Nestes Países, em sua perspectiva, se uma medida provisória for rejeitada, cairia todo o Gabinete; daí uma possível preferência por projetos de lei, ao invés das medidas provisórias. Acusou, ainda, o Supremo Tribunal Federal de haver tomado uma decisão irracional, ao permitir a reedição ilimitada.

Também demonstrou a sua gritante insatisfação o Senador ROBERTO REQUIÃO (Partido do Movimento Democrático Brasileiro – Paraná), anunciando o seu voto contrário à Emenda. Acredita que, tratando-se de um texto conciliatório, manterá o Senado como uma “*casa de carimbos*” dos Projetos apresentados pelo Poder Executivo.

Com uma visão mais amena, destacou-se o Senador JOSÉ EDUARDO DUTRA (Partido dos Trabalhadores – Sergipe), recusando a tradição de que o Senado Federal fosse uma Casa mais conservadora do que a Câmara dos Deputados, lembrando de que a Emenda restritiva foi originária do Senado, mais precisamente, apresentada pelo ex-Senador, e atual Governador de Santa Catarina, ESPIRIDIANO AMIN, com o número 001, de 1995.

¹²⁴⁴ Este número foi atualizado até o dia imediatamente anterior ao da votação da Reforma Constitucional, em segundo turno, no Senado Federal.

¹²⁴⁵ Estes dados foram retirados do “site” oficial do Senado Federal. Senado – Plenário. 10.08.2.001.



NOÇÕES PRELIMINARES



Na contabilidade que fez, esta Emenda foi submetida a cinco sessões de discussão em primeiro turno, três em segundo turno, no Senado; e igual número na Câmara dos Deputados, afirmando que, a votação final, era a 24ª sessão.

Concluiu, dizendo que não pretendia estimular a disputa entre as Casas Legislativas federais, sem, contudo, deixar de dar mais um exemplo.

O exemplo foi o de que a Proposição que dá poder à Receita Federal de quebrar o sigilo bancário de contas com altas movimentações foi derrubada pela Câmara dos Deputados, mas restabelecida no Senado Federal, onde a tramitação da Proposta iniciou-se.

O resultado da aprovação foi o de que estariam identificados 7 (sete) mil correntistas que não declararam Imposto de Renda, mas que movimentaram milhões de reais.

Como é possível observar, mesmo que se diga o contrário, parece instalado um certo clima de disputa sobre a maior ou menor operosidade no Legislativo bicameral brasileiro.

Ainda quanto às 62 (sessenta e duas) medidas provisórias em vigor, e ainda não votadas¹²⁴⁶, decidiu o Presidente interino do Senado Federal,¹²⁴⁷ EDISON LOBÃO, que deverão seguir as novas regras estabelecidas pela Reforma, pretendendo-se evitar que a pauta da Câmara dos Deputados seja obstruída com a recente disciplina.

Ocorre que, no período imediatamente anterior ao segundo turno de votação no Senado Federal, começaram a surgir boatos sobre uma eventual remessa de inúmeras medidas provisórias ao Congresso Nacional.

¹²⁴⁶ Repito: este número foi atualizado até o dia imediatamente anterior à votação da Reforma Constitucional, em segundo turno, no Senado Federal.

¹²⁴⁷ O Senador RAMEZ TEBET (Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, do Mato Grosso do Sul) foi eleito Presidente do Senado Federal aos 20.09.2.001, para um mandato que vai até fevereiro de 2.003. Foi candidato único, recebendo 41 (quarenta e um) votos dos 81 (oitenta e um) integrantes da Casa. Houve 31 (trinta e um) votos em branco e três Senadores anularam os seus votos. O Senador RAMEZ TEBET exonerou-se do cargo de Ministro da Integração Nacional para se candidatar a Presidente do Senado. Como Presidente, o Senador RAMEZ TEBET referiu-se aos votos em branco não como contrários à sua indicação, mas como mensagens de paz.



NOÇÕES PRELIMINARES



O objetivo disto seria o de aproveitar o seguinte dispositivo da Reforma: “as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta Emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

Interpretando esta norma, surgiram aqueles que vislumbravam a possibilidade de que estas medidas provisórias remanescentes estivessem dispensadas, até mesmo, da reedição¹²⁴⁸, permanecendo em vigor sem estarem submetidas a prazo algum.

Entre elas, estariam:

- a) altera o Código Florestal, e trata do Imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), fixando em 80% (oitenta por cento) o índice de reserva legal na Amazônia destinado à preservação, liberando os outros 20% (vinte por cento) para a exploração e produção agrícola;
- b) institui o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-hospitalar, inclusive partos e tratamentos realizados no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva ou similar, que já se encontra na 43ª (quadragésima terceira) edição;
- c) altera a “Lei Pelé”, extinguindo o passe do jogador de futebol. Dissolve o vínculo empregatício do atleta no término da vigência do seu contrato de trabalho, e obriga às entidades de administração do desporto e as de prática desportiva a confeccionar e publicar demonstrações contábeis e balanços patrimoniais ao termo de cada exercício;
- d) prevê a criação e a instalação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica;
- e) dispõe sobre o cadastramento informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, que já se encontra na 79ª (septuagésima nona) edição;
- f) reestrutura os bancos estaduais, de onde resultou a privatização de diversas instituições financeiras, que já se encontra na 70ª (septuagésima) edição.

¹²⁴⁸ A idéia da Reforma é a de impossibilitar a reedição, permitindo, apenas, a prorrogação por mais 60 (sessenta) dias, caso não seja votada a medida provisória pela Câmara ou pelo Senado. Nesta prorrogação, a medida provisória passará a ter prioridade sobre as outras matérias em discussão, trancando a pauta de votações. Portanto, pretende-se distinguir os conceitos de “prorrogação” e de “reedição”. Se, na “reedição”, era possível incluir, ou mesmo alterar, alguns assuntos; na “prorrogação”, isto não poderia haver.



Reagindo à dispensa de reedição, boa parte dos Juízes federais¹²⁴⁹ anunciaram defender a possibilidade de exame judicial dos critérios constitucionais da urgência e da relevância. Como precedente para esta postura, rememorava-se o que ocorreu com a Medida Provisória nº 1632.

Como já fiz registrar em relação a ela, o Supremo Tribunal Federal, em 1997, suspendeu a sua vigência no que dizia respeito à inexistência de urgência e de relevância que justificasse a ampliação de prazo para o Poder Público propor ação rescisória. Isto no exame de liminar em ação direta de inconstitucionalidade.

Em suma, é possível observar a permanência do caráter polêmico.

Contudo, dando relevo à história mais recente relativa às medidas provisórias, vale acompanhar os registros feitos por alguns Senadores, às vésperas da votação em segundo turno.

Serão destacados quatro (4) deles, em face do critério adotado pelo próprio Senado Federal, que sublinhou a opinião dos mesmos.¹²⁵⁰

Refiro-me aos Senadores JOSÉ FOGAÇA (Partido do Movimento Democrático Brasileiro - Rio Grande do Sul), LÚCIO ALCÂNTARA (Partido Social Democrático Brasileiro - Ceará), CASILDO MALDANER (Partido do Movimento Democrático Brasileiro - Santa Catarina) e NEY SUASSUNA (Partido do Movimento Democrático Brasileiro - Paraíba).

O Senador JOSÉ FOGAÇA afirmou que se estava virando uma página da história constitucional do Brasil, vendo a Reforma como “*uma duríssima limitação ao poder de editar medidas provisórias.*”

¹²⁴⁹ Esta matéria foi discutida no 18º Encontro Nacional dos Juízes Federais, realizado na Cidade de Campos do Jordão, São Paulo, entre os meses de agosto e setembro de 2001.

¹²⁵⁰ Vide www.senado.gov.br, sob a manchete “*Senadores consideram limite às MPs como virada histórica*”, em 29.08.01.



Lembrou, ainda, de que, embora o Presidente da República não ficasse impedido de editar novas medidas provisórias, não teria mais, no Congresso Nacional, aquele “*parceiro omissor*” com que conta hoje. Finalizando, ressaltou que “*não haverá mais sessões do Congresso sem quórum, mas ágeis e eficazes sessões separadas da Câmara e do Senado, que examinarão as medidas provisórias separadamente.*”

O Senador LÚCIO ALCÂNTARA entendia a Reforma como “*fruto do amadurecimento e do trabalho de muitos que se debruçaram sobre o assunto*”, definindo “*como constrangedora a situação em que o Senado se encontra, aguardando que o Supremo Tribunal Federal diga se o Presidente interino da Casa é quem preside as sessões do Congresso.*”¹²⁵¹

Concluiu o seu raciocínio, dizendo: “*a instituição ‘Congresso’ é uma ficção, até por que ninguém jamais votou os nomes que compõem sua Mesa diretora*”, recomendando que, além da reforma política, realize-se também uma reforma no funcionamento das duas Casas do Parlamento, e se reduza ao mínimo as suas reuniões conjuntas.

O Senador CASILDO MALDANER afirmou que “*as medidas provisórias não serão mais permanentes, como acontece atualmente, mas passarão a ser de fato provisórias.*”

Enfim, o Senador NEY SUASSUNA destacou que “*o projeto não é o ideal, mas o possível.*”

Disto tudo se conclui que a aprovação da Reforma Constitucional do instituto das medidas provisórias brasileiras ocorreu em um momento em que o Senado Federal tentava administrar um período de crise, estando licenciado o seu Presidente por motivos de acusações de corrupção; e o Brasil demonstrava uma certa vulnerabilidade na sua economia,

¹²⁵¹ A partir do pedido de licença do Presidente do Senado Federal, que também funciona como Presidente do Congresso Nacional, instalou-se a discussão sobre a quem competiria a Presidência do Congresso. Se a um Deputado, e 1º Vice-Presidente da Mesa do Congresso; ou ao Presidente interino do Senado Federal. No Mandado de Segurança nº 24.041, contestou-se a legitimidade do Senador EDISON LOBÃO (Partido da Frente Liberal – Maranhão) na presidência do Congresso Nacional. O Relator foi o Ministro do Supremo Tribunal Federal NELSON JOBIM, que concedeu a segurança contra a permanência do Senador na presidência interina do Congresso, cassando a sessão conjunta entre as duas Casas marcada pelo Presidente em exercício. Este voto foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais Ministros (29.08.2.001).



NOÇÕES PRELIMINARES



estando fixados juros altos, uma paridade cambial com o dólar crescente e uma certa desesperança.¹²⁵²

Entretanto, muitos motivos positivos poderiam justificar uma sincera confiança no futuro nacional.

Pois, neste momento, também discutia-se:

- a) mecanismos de transferência de renda das regiões brasileiras mais ricas para as mais pobres, como a criação do Fundo de Desenvolvimento da Amazônia Ocidental;
- b) o Balanço social 2.000, da Petrobrás, havendo a empresa feito investimentos no montante de R\$ 642 milhões nas áreas social, ambiental, cultural e corporativa;
- c) a aprovação de Resoluções do Senado Federal de modo a repassar recursos a serem aplicados no Projeto de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste, constituindo-se, inclusive, receita a ser investida na área do saneamento básico;
- d) a informação à opinião pública sobre a efetiva remuneração dos Senadores, de modo a tornar o Poder Legislativo respeitado pela sociedade brasileira, com a adoção da transparência como norma;
- e) a procura por melhor observar os direitos dos negros, fixando-lhes, por exemplo, um mínimo de vagas em concursos públicos¹²⁵³;

¹²⁵² Recentes greves nas polícias civis e militares estavam ocorrendo, ou haviam ocorrido, encontrando-se instalados um racionamento de energia elétrica e uma crise, na Argentina, que afetava a economia brasileira.

¹²⁵³ O Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO instruiu a delegação brasileira, na III Conferência Internacional contra a Discriminação Racial e Xenofobia (31.08 a 07.09.2.001), a defender o *sistema de cotas* para negros como um meio de inseri-los na sociedade brasileira. Lembre-se de que, depois da Nigéria, o Brasil é o maior País negro do mundo, mas havendo poucos Parlamentares desta raça; e, só recentemente, as Forças Armadas passaram a ter o seu primeiro general negro. Mesmo sendo o *sistema de cotas* algo polêmico, entendo que seja preciso considerar as circunstâncias nacionais para implantá-lo, ao menos por um certo espaço de tempo. Afinal, por vezes, *não basta ensinar a pescar*. Ocorre que, sendo implantado para os negros, porque também



- f) a criação de um “site” que disponibilizará informações do interesse dos idosos, tais como as leis que os beneficiam, instalando-se uma linha de telefone gratuita para receber denúncias e sugestões de todo o País¹²⁵⁴;
- g) a implantação da Interlegis, que conecta o Senado Federal a todas as Assembléias Legislativas estaduais;
- h) a aprovação do decreto legislativo que define o texto final da Convenção Interamericana contra a corrupção, firmada em Caracas, na Venezuela, pelo Governo brasileiro e outros Países do Continente americano, tendo por objetivo promover e fortalecer o desenvolvimento de mecanismos importantes para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção¹²⁵⁵;
- i) a sujeição a penas equiparadas ao crime de estelionato da conduta especulativa feita com terras distribuídas pelo Governo nos assentamentos de reforma agrária, prevendo-se a elaboração de um cadastro nacional para impedir que qualquer beneficiário com um lote de programa de reforma agrária venha a ser beneficiado mais de uma vez;
- j) a elaboração da “*Carta Judiciária*” para radiografar a distribuição do Judiciário no território brasileiro e a qualidade dos seus serviços, permitindo uma futura proposta de reestruturação deste Poder. Esta iniciativa será levada aos outros Países do Mercosul, já havendo sido realizada em alguns Países-membros da União Européia. O Brasil é o primeiro País da América Latina a realizar a pesquisa, que teve início oficial aos 27.08.2001;

não implantá-lo em favor dos nordestinos do Brasil, por exemplo, que também sofrem com a discriminação. Defende-se que, no momento em que a sociedade, de fato, discrimina negativamente, a lei deveria discriminar positivamente, buscando equilibrar a relação. Além do que a Constituição brasileira de 1988 já realiza estas discriminações positivas em favor dos deficientes, dos idosos, das pequenas e médias empresas, etc. Não obstante tudo isto, trata-se de um tema bastante polêmico.

¹²⁵⁴ Atualmente, no Senado, já existe uma Subcomissão Permanente do Idoso, criada no âmbito da Comissão de Assuntos Sociais (CAS).

¹²⁵⁵ A corrupção costuma ser apontada como uma das três principais causas da pobreza na América Latina, ao lado do baixo índice de escolaridade e do narcotráfico.



NOÇÕES PRELIMINARES



etc.

Logo, se há pontos negativos, também existem os positivos, cabendo um sincero lançar de olhos sobre o Brasil.

Até o dia 15 de agosto de 2.001, este era o Quadro Geral das medidas provisórias brasileiras: a) quando Presidente da República, o atual Senador JOSÉ SARNEY (Partido do Movimento Democrático Brasileiro – Amapá) editou 147 (cento e quarenta e sete) medidas provisórias; b) o ex-Presidente FERNANDO COLLOR editou mais 160 (cento e sessenta); c) o ex-Presidente, em exercício, ITAMAR FRANCO editou 505 (quinhentos e cinco); d) no primeiro mandato, o Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO editou 2.609 (duas mil, seiscentos e nove) medidas provisórias, quatro a mais do que ele já havia editado no seu segundo mandato até o dia 15 de agosto (2.605).

Portanto, foram mais de seis mil edições e reedições para que viesse a *Reforma*.

É ela que vem analisada mais adiante.

Observação: a primeira medida provisória examinada e votada sob a nova disciplina constitucional, pelo Senado Federal, foi a que abriu crédito extraordinário para o socorro a vítimas das secas no Nordeste e das enchentes no Centro-Sul. É a Medida Provisória nº 1. Já votada pela Câmara dos Deputados, para após ser submetida ao Senado, destinava R\$ 154 milhões para ações de emergência coordenadas pela Defesa Civil. O dinheiro deverá ser repassado pelo Ministério da Integração Nacional. Com estes valores, seriam mantidos os programas de concessão de bolsa-renda e abastecimento de água potável por carros-pipa¹²⁵⁶ por mais dois meses nas regiões traumatizadas pelos eventos climáticos. Parte do dinheiro saiu do cancelamento de ações do programa de renda mínima, denominado de “*Toda Criança na Escola*”, do Ministério da Educação, mantido pelo Fundo de Combate à Pobreza.

¹²⁵⁶ Com a intensificação da pobreza, está havendo um processo de transição. Do “*carro-pipa*” ao “*homem-pipa*”, o que é bastante lamentável. Diante da matéria tratada nesta primeira medida provisória, veio a defesa de que seria um equívoco seguir a corrente que pretendia, simplesmente, abolir este instituto no Brasil.



20. DISPOSIÇÕES GERAIS

Este é o Texto completo da Reforma.

Como é possível observar, não se tratou apenas de modificar o art. 62, o dispositivo central de regulamentação das medidas provisórias brasileiras.

Houve uma preocupação sistêmica, alterando uma série de dispositivos constitucionais relativos à equação dos poderes constituídos.

Evidentemente que o tema da organização dos Poderes não é daqueles de fácil resolução, permitindo-se, em uma sociedade democrática, a abertura a polêmicas e renovadas discussões.

Portanto, antes de transcrever o novo Texto, resumirei os seus principais destaques:

1. houve uma preocupação por manter, na reserva de lei, aqueles atos que implicassem em aumento de despesa. Assim, embora se tenha ampliado o espaço constitucional do decreto presidencial¹²⁵⁷, manteve-se a criação de cargos, de Ministérios e outros órgãos administrativos como matéria de lei;
2. procurou-se estimular a efetividade da urgência presidencial no processo legislativo ordinário, inserindo a inclusão automática das medidas provisórias na pauta de votações;
3. optou-se por estabelecer, no próprio art. 62, da Constituição da República Federativa do Brasil, algumas matérias sobre as quais não poderiam incidir medidas provisórias. Logo, ao invés de adotar a técnica de fixar quais as matérias sobre as quais caberiam

¹²⁵⁷ Faculta-se ao Presidente da República, por decreto, dispor sobre “a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos.”



medidas provisórias, fez-se o contrário. Entre as matérias vedadas, encontram-se os direitos penal, processual penal, processual civil e eleitoral, partidos políticos, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, matéria orçamentária, poupança popular, as já disciplinadas em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República, além daquelas reservadas à lei complementar;

4. procurou-se estabelecer, expressamente, a possibilidade da utilização das medidas provisórias em matéria tributária, atendendo, contudo, ao princípio da anterioridade, de modo que ao intérprete não cabe formular uma nova engenharia jurídica recusando-se ao cumprimento;
5. fixou-se um prazo de 60 (sessenta) dias para a conversão das medidas provisórias em lei, facultando uma única prorrogação por igual período. Estes prazos são suspensos durante o recesso do Congresso Nacional. Não havendo a apreciação da medida provisória no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da sua publicação, instala-se, subsequente, o regime de urgência nas Casas Legislativas do Congresso Nacional, restando sobrestadas todas as demais votações, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, como a votação do veto presidencial. Enquanto não advier o decreto legislativo correspondente, permanecerá em vigor a medida provisória rejeitada expressamente ou por decurso de prazo;
6. estabelece-se que o juízo prévio dos pressupostos constitucionais da relevância e da urgência deve ser exposto, e formulado separadamente em relação ao juízo de mérito;
7. fixa-se que todas as medidas provisórias devem ter as suas votações iniciadas na Câmara dos Deputados; o que demonstra uma certa supremacia entre as Casas Legislativas brasileiras;
8. estabeleceu-se a permissão de as medidas provisórias regulamentarem artigos constitucionais que venham a surgir decorrentemente de futuras Revisões. Em face do volume de Emendas por que passa a Constituição da República Federativa brasileira, provavelmente, este dispositivo irá abrir muitas novas possibilidades de edições de medidas provisórias;
9. firmou-se um dispositivo transitório, onde se predica que as medidas provisórias editadas, em data anterior à da publicação da Emenda regulamentadora, continuam



em vigor até que medida provisória posterior as revogue explicitamente (a), ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional (b).

Finalmente, cabe observar que o Texto promulgado, embora tenha conteúdo idêntico àquele levado para a votação nas Casas Legislativas nacionais, sofreu uma pequena modificação na área da técnica de confecção.

Esta afirmação a faço porque, na Proposta levada à votação no segundo turno do Senado Federal, o art. 246 (nova redação) encontrava-se no interior do art. 3º, do Projeto de Emenda; enquanto que, no Texto promulgado, o mesmo artigo encontra-se no interior do art. 1º, da Emenda, sendo o último dispositivo nela relacionado.

A transformação, no entanto, é apenas geográfica na própria Emenda, não vindo em nada a prejudicar o espírito da Reforma, nem a reconstrução dos dispositivos constitucionais.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001

Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art.48.

.....

X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;



CAPÍTULO 20. DISPOSIÇÕES GERAIS



....."(NR)

"Art.57.

.....

§ 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.

§ 8º Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação."(NR)

"Art.61.

§ 1º

.....

II-

.....

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

....."(NR)

"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, subsequentemente, 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.



CAPÍTULO 2o. DISPOSIÇÕES GERAIS



§ 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."(NR)

"Art.64.

.....

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

....."(NR)

"Art.66.

.....

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

....."(NR)

"Art.84.

.....

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

....."(NR)



CAPÍTULO 2o. DISPOSIÇÕES GERAIS



"Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública."(NR)

"Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive."(NR)

Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de setembro de 2001

Mesa da Câmara dos Deputados

Deputado Aécio Neves
Presidente

Deputado Efraim Morais
1º Vice-Presidente

Deputado Barbosa Neto
2º Vice-Presidente

Deputado Nilton Capixaba
2º Secretário

Deputado Paulo Rocha
3º Secretário

Deputado Ciro Nogueira
4º Secretário

Mesa do Senado Federal

Senador Edison Lobão-Presidente, Interino

Senador Antonio Carlos Valadares
2º Vice-Presidente

Senador Carlos Wilson
1º Secretário

Senador Antero Paes de Barros
2º Secretário

Senador Ronaldo Cunha Lima
3º Secretário

Senador Mozarildo Cavalcanti
4º Secretário

Fonte: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm

A título ilustrativo, apontarei quais as medidas provisórias em tramitação após a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que já estão reguladas pelas novas normas, mediante um Quadro atualizado até 14.11.2001, assumindo um total de 08 (oito) medidas provisórias:



1. dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras;
2. dispõe sobre a complementação pela União dos recursos necessários ao pagamento de bônus aos consumidores residenciais de energia elétrica;
3. institui feriados civis em alguns Estados brasileiros (Nordeste) em virtude da escassez de energia elétrica;
4. abre crédito extraordinário em favor do Ministério de Minas e Energia, do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do Ministério da Integração Nacional;
5. cria o Fundo de Aval para a geração de emprego e renda – FUNPROGER (altera a Lei nº 9.872, de 23.11.1999);
6. dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários (altera a Lei nº 6.385, de 07.12.1976);
7. dispõe sobre o alongamento de dívidas originárias de crédito rural de que trata a Lei nº 9.138, de 29.11.1995;
8. dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inc. IX, do art. 37, da Constituição Federal de outubro de 1988 (altera a Lei nº 8.745, de 09.12.1993).

I. Portanto, uma das primeiras medidas provisórias sob a égide desta nova regulamentação foi a Medida Provisória nº 5, de 17 de outubro de 2.001, que instituiu feriados civis nos Estados da Região Nordeste do Brasil.

O objetivo disto foi registrado no art. 2º, dizendo: “*Para o fim de reduzir o consumo de energia elétrica em face da atual situação hidrológica crítica, fica a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, criada pela Medida Provisória nº 2198-5, de 24 de agosto de 2001, autorizada a declarar feriados civis adicionais àqueles previstos no art. 1º e aplicáveis a qualquer das áreas atendidas pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional.*”

E ressalta no Parágrafo Único: “*Na hipótese de alteração do quadro hidrológico ou da identificação de instrumentos mais eficientes para a superação da atual situação*



*hidrológica crítica, fica a GCE autorizada a cancelar os feriados por ela declarados bem como aqueles previstos no art. 1º.*¹²⁵⁸

Em outras palavras, a Região mais seca do Brasil, um País cujo suporte energético toma por base a energia hidráulica, está sob o risco, ou quase certeza, de ter reduzida a sua economia, e conseqüentemente a arrecadação tributária.

Fica a reflexão, ainda mais quando se sabe que a seca no Nordeste brasileiro não é algo imprevisível; bem ao contrário, faz parte da própria natureza local.

II. Também dou destaque para a Medida Provisória que instituiu a contratação provisória no serviço público federal por excepcional interesse público, alterando a Lei nº 8.745/93.

Contra ela, foi interposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2565, pelo Partido dos Trabalhadores. Defende-se que, sendo irrestrita quanto às funções a serem preenchidas, violaria a forma constitucional de ingresso nos cargos públicos, o concurso.

Esta medida provisória recebeu a alcunha de “*Pacote antigreve*”, acreditando-se, de um lado, que o seu verdadeiro fim político seria o de minar as paralisações grevistas e os seus efeitos persuasivos. Por outro lado, contra-argumenta-se que os serviços públicos são essenciais, não podendo ficar paralisados de modo completo, dado os pesados prejuízos incidentes sobre a população.

¹²⁵⁸ É o art. 1º, desta Medida Provisória: “*Ficam declarados feriados civis, nos Estados da Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Ceará e Piauí, destinados à redução do consumo de energia elétrica em face da atual situação hidrológica crítica na área atendida pelo subsistema elétrico interligado da Região Nordeste, os dias: I- 22 de outubro de 2001; II- 16 de novembro de 2001; e III- 26 de novembro de 2001. Parágrafo Único. O feriado de que trata o inciso I não se aplica ao Estado do Piauí.*”



21. DISPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS

Vista a disciplina constitucional normativa da Reforma, cabe destacar alguns dispositivos que diretamente dizem respeito à matéria tributária. Isto não significa dizer que todo o arcabouço geral não possa deter aplicação incidente naquilo que for compatível com os princípios constitucionais tributários, que já foram minudentemente expostos.

Mas, dentro desta linha de incidência direta sobre as implicações tributárias, destaco:

“Art. 62. (...)

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

I. relativa a:

(...)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º¹²⁵⁹;

(...)

III. reservada a lei complementar;

(...)

*§ 2º. Medida Provisória que implique instituição ou majoração **de impostos**, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II¹²⁶⁰, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.*

¹²⁵⁹ Constituição do Brasil, de outubro de 1988. “Art. 167. São vedados: (...) § 3º. A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o art. 62.”

¹²⁶⁰ Refere-se aos impostos sobre importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; além dos impostos extraordinários.



(...)

Art. 2º. As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta Emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Art. 3º. Dê-se ao art. 246, da Constituição Federal a seguinte redação:

Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro até a promulgação desta Emenda, inclusive.”

De imediato, cabe observar a manutenção da possibilidade da utilização das medidas provisórias no âmbito das contribuições sociais; o que, no meu sentir, significa dizer que a anterioridade nonagesimal, como dispositivo específico que é (art. 195, § 6º), mantém a sua vigência também em relação a estas exações.

Não caberia aplicar outro prazo por conta da previsão do § 2º, do art. 62, simplesmente porque este último trata-se de um dispositivo geral que não logra afastar a aplicabilidade da norma específica.

Logo, mesmo admitindo o cabimento de medidas provisórias para disciplinar as contribuições sociais, será preciso observar a exigência dos noventa dias, contados da publicação da primeira medida provisória editada. A dúvida é a de que se será preciso observar a exigência dos noventa (90) dias, contados da publicação da primeira medida provisória editada ou daquela convertida em lei.

Assim, continua em vigor a anterioridade nonagesimal, independente de o tributo ser veiculado por medida provisória, tal como vem permitindo a jurisprudência.

Também em socorro desta interpretação está o fato de que o § 2º refere-se a *imposto*, que, conforme defendi anteriormente, não se confunde com contribuição; pois, embora ambas as exações sejam tributárias, não constituem identidade de espécie.



Uma outra questão que pode suscitar dúvidas é aquela em que a primeira medida provisória foi editada em um determinado exercício financeiro, e a sua prorrogação no exercício seguinte.

Se a norma não fosse tão clara, talvez fosse fundamental saber se a *prorrogação* implicaria em uma nova medida, ou como o nome o diz, trata-se da mesma medida potraída no tempo.

Creio que a expressão “*prorrogação*” foi utilizada com o objetivo de não se confundir com uma nova edição. (art. 62, §§ 3º e 7º)¹²⁶¹

Ocorre que o Texto da Reforma foi expresso ao afirmar que a medida provisória só produzirá efeito, ressalvadas as exceções ao princípio da anterioridade que indica, no exercício financeiro seguinte, se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Daí concluir que o princípio da anterioridade mereceu reforço, não devendo o intérprete reduzir este dispositivo de relevante clareza.

Sobre o empréstimo compulsório, particularmente aquele previsto no art. 148, inc. I, do Texto Constitucional (calamidade pública, guerra externa ou sua iminência), para o qual não houve nenhuma menção ao princípio da anterioridade, destaco que, mediante a exigência de lei complementar para a sua veiculação, e perante o fato de estar vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada a lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III), à primeira vista adviria a conclusão, por paradoxal que fosse, no sentido de que não pareceria ser mais possível a veiculação de empréstimo compulsório através de medidas provisórias.

De fato, este é um ponto que precisa ser repensado, pois, pela natureza da medida provisória e em face das circunstâncias de calamidade e de guerra, provavelmente seja recomendável sublinhar a ressalva feita no art. 62, § 1º, inc. I, al. “d” ao art. 167, § 3º. Dela permite-se concluir pela possibilidade da adoção de medida provisória para instituir empréstimo compulsório quando para a abertura de crédito extraordinário para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

¹²⁶¹ Note-se que o termo “*reedição*” **não** foi banido do Texto Constitucional (v.g.: art. 62, § 10).



CAPÍTULO 21. DISPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS



Quanto ao art. 246, que já foi tantas vezes citado, constituiu-se em um dos principais pontos de debate no Congresso Nacional. Isto porque proibia a regulamentação, por medidas provisórias, de todos os dispositivos constitucionais que fossem alterados desde 1995, nisto incluindo, por exemplo, uma eventual reforma tributária a que o Governo pretendesse dar início.

A solução encontrada foi limitá-lo no tempo, fazendo-o valer desde 1º de janeiro de 1995 até 11 de setembro de 2001; ou seja, até a data da promulgação da Emenda regulamentadora das medidas provisórias.

Uma solução de tom nitidamente político. De um lado, não foi simplesmente revogado. Por outro, com a sua eficácia limitada no tempo, não impediria o Governo de realizar novas reformas, disciplinando-as por medidas provisórias.

Como se percebe, no campo tributário, foram medianamente sensíveis as modificações, permitindo-me dizer que se tratou de algo sutil, acaso a jurisprudência e a prática parlamentar não houvessem permitido, à revelia do Texto Constitucional originário, as hipertrofias de uma *Constituição real* para tão distante da *Constituição normativa*.



22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Como já foi referido, um dos assuntos que provocou maior polêmica no período imediatamente anterior à aprovação da Reforma Constitucional sobre o regulamento jurídico das medidas provisórias brasileiras foi este. O que deveria ocorrer com as que estivessem em tramitação?

Afinal, não eram poucas, e estavam aumentando em volume. Além do mais, muitas vezes, tratavam de temas ferventes.

Notadamente, a discussão confrontava o seguinte dispositivo transitório: *“as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta Emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente, ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”*

O receio era o de que estas medidas terminassem por não estar limitadas a prazo algum.

Afinal: a) poderia não surgir uma outra posterior que as revogasse explicitamente; b) poderia não advir a deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Como será possível observar logo adiante, muitas delas versavam sobre matéria financeira, no sentido de que envolviam receitas e despesas públicas. Enfim, tinham caráter orçamentário.

Assim, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), as contribuições para o programa de integração social / formação do patrimônio do servidor público (PIS/PASEP) e para o financiamento da seguridade social (COFIS) estão entre os temas nelas dispostos.

Também de realce a tributação em torno das exportações nacionais e sobre os incentivos fiscais e Fundos de Investimentos regionais. Estes dois últimos assuntos estimulados, na sua discussão prática, em face da extinção da SUDENE – Superintendência



do Desenvolvimento do Nordeste e da SUDAM – Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia, e mediante a criação da ADENE – Agência de Desenvolvimento do Nordeste e da ADA – Agência de Desenvolvimento da Amazônia. (Medidas Provisórias ns. 2.157-5 e 2.156-5)

Isto afora o fato de que a matéria administrativa tributária vem destacada em um setor de sutil efetividade, que é o da reestruturação da carreira de Auditoria do Tesouro Nacional e a organização das carreiras de Auditor-Fiscal da Previdência Social e de Auditor Fiscal do Trabalho. (Medida Provisória 2.175-29)

O processo judicial tributário também não ficou imune às disposições destas medidas provisórias de transição, tal foi o caso da extensa Medida Provisória nº 2.180, que já se encontrava na 35ª edição, havendo passado, anteriormente, por diversas renumerações, tais como: 1.798; 1.906; 1.984 e 2.102. Relembro de que sobre ela me detive minuciosamente ao estudá-la no Título “*As Medidas Provisórias na prática da experiência presidencialista brasileira e outros reflexos tributários.*”

A Medida Provisória nº 2.176 (septuagésima nona edição) também não ficava nem um pouco devendo à sua companheira há pouco mencionada, sendo pródiga em disposições processuais afetas ao direito tributário: dispõe sobre honorários de sucumbência em causas de natureza tributária, extinção do processo sem a análise de mérito, casos de renúncia ao direito envolvido na ação interposta, extinção de crédito tributário, termo de inscrição e Certidão de Dívida Ativa, processo administrativo fiscal em geral, procedimento nos pedidos de parcelamento, etc. Em suma, tudo o que possa dizer respeito ao cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

Enfim, um ponto de importante reflexão nos debates parlamentares a respeito das medidas provisórias com impacto orçamentário, foi o da utilização das mesmas para realocar recursos, tendo em vista a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Particularmente, dois dispositivos desta Lei são costumeiramente relacionados como descumpridos (arts. 12 e 14)¹²⁶², embora, quase que invariavelmente, sejam estas

¹²⁶² Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2.000): “Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos



medidas provisórias, utilizadas como veículos, aprovadas; sobretudo tomando em conta o mérito das iniciativas (desoneração tributária de exportações, aplicação de recursos em programas sociais e de infra-estrutura, como recuperação de estradas, por exemplo).

Também é de se ressaltar que, muitas vezes, dirigem-se a créditos suplementares ou adicionais, quando o valor inicialmente previsto ainda não foi esgotado; ou, às vezes, nem começou a ser gasto.

Esta iniciativa, aparentemente estranha, apresenta-se sob a suspeita de compor um maquiamento para a formação de superávit primário¹²⁶³, deixando o orçamento brasileiro sem a transparência necessária na sua execução, pois o Poder Executivo não esclarece detalhadamente de onde retira os recursos para os créditos adicionais.

Na verdade, o instituto do *contingenciamento* dos recursos públicos não vem se resumindo ao carácter circunstancial ou extraordinário, transformando-se em uma forma comum de gestão pública; o que, provavelmente, retire do orçamento qualquer carácter de confiança.

últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas. § 1º. Reestimativa de receita por parte do Poder Legislativo só será admitida se comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal. § 2º. O montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária. § 3º. O Poder Executivo de cada ente colocará à disposição dos demais Poderes e do Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias, os estudos e as estimativas de receitas para o exercício subsequente, inclusive da corrente líquida, e as respectivos memórias de cálculo. (...)

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I- demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa da receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias; II- estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.”

¹²⁶³ Entenda-se *superávit primário* como a diferença positiva entre o que o Governo arrecada e aquilo que gasta. Quando transfere recursos para uma despesa socialmente irrecusável, e não esgota a execução prevista, termina compondo mais uma parcela positiva para o cálculo do *superávit*.



Em suma, parece que ou ainda existe um planejamento inicial ineficiente do Estado (União), ou, o que é mais provável, tenha-se a certeza de que o orçamento votado pelo Congresso Nacional, certamente, será modificado, e de maneira que a execução não mantenha uma linha de compromisso estável com a formulação orçamentária.

Dito isto, faço o registro histórico das medidas provisórias sob o regime jurídico constitucional de transição¹²⁶⁴.

Medidas Provisórias em Tramitação

Total de 62 MP's

Nº da MP atual	Ementa	Nº da MP anterior
2.216-37, de 31.8.2001 Publicada no DOU de 1.9.2001 (Edição extra)	Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Originária: 1.795 Edições: 1.799-1, 1.799-2, 1.799-3, 1.799-4, 1.799-5, 1.799-6, 1.911-7, 1.911-8, 1.911-9, 1.911-10, 1.911-11, 1.911-12, 1.999-13, 1.999-14, 1.999-15, 1.999-16, 1.999-17, 1.999-18, 1.999-19, 2.049-20, 2.049-21, 2.049-22, 2.049-23, 2.049-24, 2.049-25, 2.049-26, 2.123-27, 2.123-28, 2.123-29, 2.123-30, 2.143-31, 2.143-32, 2.143-33, 2.143-34, 2.143-35 2.143-36
2.215-10, de 31.8.2001 Publicada no DOU de 1.9.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nºs 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências.	Originária: 2.131 Edições: 2.131-1, 2.131-2, 2.131-3, 2.131-4, 2.131-5, 2.131-6, 2.188-7, 2.188-8 2.188-9
2.214, de 31.8.2001 Publicada no DOU de 1.9.2001 (Edição extra)	Altera o art. 1º da Lei nº 10.261, de 12 de julho de 2001, que desvincula, parcialmente, no exercício de 2001, a aplicação dos recursos de que tratam os arts. 48, 49 e 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, pertencentes à União.	x

¹²⁶⁴ As Medidas Provisórias apontadas ainda não haviam sido votadas, pelo Congresso Nacional, até o dia imediatamente anterior ao da aprovação da Reforma Constitucional regulamentadora, em segundo turno, no Senado Federal.



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



2.213-1, de 30.8.2001 Publicada no DOU de 31.8.2001	Institui o Programa Bolsa-Renda para atendimento à população atingida pelos efeitos da estiagem, incluída nos municípios localizados na Região Nordeste e no norte do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências.	Originária: 2.203 Edições:
2.212, de 30.8.2001 Publicada no DOU de 31.8.2001	Cria o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social - PSH, e dá outras providências.	x
2.211, de 29.8.2001 Publicada no DOU de 30.8.2001	Altera dispositivos das Leis nºs 9.995, de 25 de julho de 2000, e 10.266, de 24 de julho de 2001, que dispõem sobre as diretrizes para a elaboração das leis orçamentárias de 2001 e 2002, respectivamente.	x
2.210, de 29.8.2001 Publicada no DOU de 30.8.2001	Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério de Minas e Energia, no valor de R\$ 50.000.000,00, para os fins que especifica.	x
2.209, de 29.8.2001 Publicada no DOU de 30.8.2001	Autoriza a União a criar a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE.	x
2.208, de 17.8.2001 Publicada no DOU de 20.8.2001	Dispõe sobre a comprovação da qualidade de estudante e de menor de dezoito anos nas situações que especifica.	x
2.207-4, de 10.8.2001 Publicada no DOU de 13.8.2001	Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Integração Nacional, do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, do Ministério do Desenvolvimento Agrário, do Ministério do Meio Ambiente e do Ministério da Saúde, no valor global de R\$ 484.000.000,00, para os fins que especifica.	Originária: 2.144 Edições: 2.144-1, 2.144-2, 2.144-3
2.206, de 10.8.2001 Publicada no DOU de 13.8.2001	Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à saúde: "Bolsa-Alimentação" e dá outras providências.	x
2.205, de 10.8.2001 Publicada no DOU de 13.8.2001	Institui medida para assegurar o funcionamento de serviços e atividades imprescindíveis à segurança pública	x
2.204, de 8.8.2001 Publicada no DOU de 9.8.2001	Abre crédito extraordinário ao Orçamento de Investimento para 2001, em favor de diversas empresas do Grupo ELETROBRÁS, no valor total de R\$ 1.145.202.481,00, para os fins que especifica.	x



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



2.202-2, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre o ressarcimento das contribuições para os Programas e Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e para a Seguridade Social – COFINS incidentes sobre insumos utilizados na fabricação de produtos destinados à exportação.	Originária: 2.202 Edições: 2.202-1
2.201-2, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.	Originária: 2.201 Edições: 2.201-1
2.200-2, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e dá outras providências.	Originária: 2.200, 2.200-1
2.199-14, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a legislação do imposto sobre a renda no que se refere aos incentivos fiscais de isenção e de redução, define diretrizes para os incentivos fiscais de aplicação de parcela do imposto sobre a renda nos Fundos de Investimentos Regionais, e dá outras providências.	Originária: 2.058 Edições: 2.058-1, 2.058-2, 2.058-3, 2.058-4, 2.128-5, 2.128-6, 2.128-7, 2.128-8, 2.128-9, 2.128-10, 2.128-11, 2.199-12, 2.199-13
2.198-5, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências.	Originária: 2.147, Edições: 2.148-1, 2.152-2, 2.198-3, 2.198-4
2.197-43, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre a adoção de medidas relacionadas com o Sistema Financeiro da Habitação - SFH, altera as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.692, de 28 de julho de 1993, e dá outras providências.	Originária: 1.671 Edições: 1.691-1, 1.691-2, 1.691-3, 1.691-4, 1.691-5, 1.691-6, 1.762-7, 1.762-8, 1.762-9, 1.762-10, 1.762-11, 1.762-12, 1.762-13, 1.876-14, 1.876-15, 1.876-16, 1.876-17, 1.876-18, 1.876-19, 1.951-20, 1.951-21, 1.951-22, 1.951-23, 1.951-24, 1.951-25, 1.951-26, 1.951-27, 1.951-28, 1.951-29, 1.951-30, 1.951-31, 1.951-32, 1.951-33, 2.075-34, 2.075-35, 2.075-36, 2.075-37, 2.075-38, 2.075-39, 2.075-40, 2.197-41, 2.197-42
2.196-3, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Estabelece o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais e autoriza a criação da Empresa Gestora de Ativos - EMGEA.	Originária: 2.155 Edições: 2.196-1, 2.196-2



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



2.195-3, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério de Minas e Energia, no valor de R\$ 35.598.186,00, para os fins que especifica.	Originária: 2.154 Edições: 2.195-1, 2.195-2
2.194-6, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º de abril de 2001, e dá outras providências.	Originária: 2.142, Edições: 2.142-1, 2.142-2, 2.142-3, 2.194-4, 2.194-5
2.193-6, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Altera dispositivos da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.	Originária: 2.141, Edições: 2.141-1, 2.141-2, 2.141-3, 2.193-4, 2.193-5
2.192-70, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Estabelece mecanismos objetivando incentivar a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária, dispõe sobre a privatização de instituições financeiras, e dá outras providências.	Originária: 1.514 Edições: 1.514-1, 1.514-2, 1.514-3, 1.514-4, 1.556-5, 1.556-6, 1.556-7, 1.556-8, 1.556-9, 1.556-10, 1.556-11, 1.556-12, 1.556-13, 1.556-14, 1.590-15, 1.590-16, 1.590-17, 1.612-18, 1.612-19, 1.612-20, 1.612-21, 1.612-22, 1.654-23, 1.654-24, 1.654-25, 1.702-26, 1.702-27, 1.702-28, 1.702-29, 1.702-30, 1.702-31, 1.773-32, 1.773-33, 1.773-34, 1.773-35, 1.773-36, 1.773-37, 1.773-38, 1.900-39, 1.900-40, 1.900-41, 1.900-42, 1.900-43, 1.900-44, 1.983-45, 1.983-46, 1.983-47, 1.983-48, 1.983-49, 2.023-50, 2.023-51, 2.023-52, 2.044-53, 2.044-54, 2.044-55, 2.044-56, 2.044-57, 2.044-58, 2.044-59, 2.119-60, 2.119-61, 2.139-62, 2.139-63, 2.139-64, 2.139-65, 2.139-66, 2.139-67, 2.192-68, 2.192-69
2.191-9, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Acresce e altera dispositivos da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e dá outras providências.	Originária: 2.137 Edições: 2.137-1, 2.137-2, 2.137-3, 2.137-4, 2.137-5, 2.137-6, 2.191-7, 2.191-8
2.190-34, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Altera dispositivos das Leis nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que confiou a infração à legislação sanitária	Originária: 1.814 Edições: 1.814-1, 1.814-2, 1.814-3, 1.814-4, 1.912-5, 1.912-6, 1.912-7, 1.912-8, 1.912-9, 1.912-10, 2.000-11, 2.000-12, 2.000-13, 2.000-



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		federal e estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências.	14, 2.000-15, 2.000-16, 2.000-17, 2.039-18, 2.039-19, 2.039-20, 2.039-21, 2.039-22, 2.039-23, 2.039-24, 2.134-25, 2.134-26, 2.134-27, 2.134-28, 2.134-29, 2.134-30, 2.134-31, 2.190-32, 2.190-33
2.189-49, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001		Altera a legislação do imposto de renda relativamente à incidência na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras, inclusive de beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, à conversão, em capital social, de obrigações no exterior de pessoas jurídicas domiciliadas no País, amplia as hipóteses de opção, pelas pessoas físicas, pelo desconto simplificado, regula a informação, na declaração de rendimentos, de depósitos mantidos em bancos no exterior, e dá outras providências.	Originária: 1.636 Edições: 1.636-1, 1.636-2, 1.636-3, 1.636-4, 1.636-5, 1.636-6, 1.680-7, 1.680-8, 1.680-9, 1.680-10, 1.680-11, 1.680-12, 1.753-13, 1.753-14, 1.753-15, 1.753-16, 1.753-17, 1.753-18, 1.753-19, 1.855-20, 1.855-21, 1.855-22, 1.855-23, 1.855-24, 1.855-25, 1.990-26, 1.990-27, 1.990-28, 1.990-29, 1.990-30, 1.990-31, 1.990-32, 2.033-33, 2.033-34, 2.033-35, 2.033-36, 2.033-37, 2.033-38, 2.033-39, 2.132-40, 2.132-41, 2.132-42, 2.132-43, 2.132-44, 2.132-45, 2.132-46, 2.189-47, 2.189-48
2.187-13, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001		Dispõe sobre o reajuste dos benefícios mantidos pela Previdência Social, e altera dispositivos das Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.604, de 5 de fevereiro de 1998, 9.639, de 25 de maio de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, e 9.796, de 5 de maio de 1999, e dá outras providências.	Originária: 2.060 Edições: 2.060-1, 2.060-2, 2.060-3, 2.129-4, 2.129-5, 2.129-6, 2.129-7, 2.129-8, 2.129-9, 2.129-10, 2.187-1, 2.187-12
2.186-16, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001		Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.	Originária: 2.052 Edições: 2.052-1, 2.052-2, 2.052-3, 2.052-4, 2.052-5, 2.052-6, 2.126-7, 2.126-8, 2.126-9, 2.126-10, 2.126-11, 2.126-12, 2.126-13, 2.186-14, 2.186-15
2.185-35, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001		Estabelece critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras que específica, de responsabilidade dos Municípios.	Originária: 1.811 Edições: 1.811-1, 1.811-2, 1.811-3, 1.811-4, 1.891-5, 1.891-6, 1.891-7, 1.891-8, 1.891-9, 1.891-10, 1.969-11, 1.969-12, 1.969-13, 1.969-



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		14, 1.969-15, 2.022-16, 2.022-17, 2.022-18, 2.043-19, 2.043-20, 2.043-21, 2.043-22, 2.043-23, 2.043-24, 2.043-25, 2.118-26, 2.118-27, 2.118-28, 2.118-29, 2.118-30, 2.118-31, 2.118-32, 2.185-33, 2.185-34
2.184-23, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Assegura percepção de gratificação por servidores das carreiras Policial Federal, Delegado de Polícia do Distrito Federal, de Polícia Civil do Distrito Federal, Policial Rodoviário Federal, altera as Leis nºs 4.878, de 3 de dezembro de 1965, 5.619, de 3 de novembro de 1970, 5.906, de 23 de julho de 1973, 7.102, de 20 de junho de 1983, o Decreto-Lei nº 2.320, de 26 de janeiro de 1987, e dá outras providências.	Originária: 2.009 Edições: 2.009-1, 2.009-2, 2.009-3, 2.009-4, 2.009-5, 2.009-6, 2.041-7, 2.041-8, 2.041-9, 2.041-10, 2.041-11, 2.041-12, 2.042-12, 2.041-13, 2.116-14, 2.116-15, 2.116-16, 2.116-17, 2.116-18, 2.116-19, 2.116-20, 2.184-21, 2.184-22
2.183-56, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Acresce e altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, das Leis nºs 4.504, de 30 de novembro de 1964, 8.177, de 1º de março de 1991, e 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências.	Originária: 1.577 Edições: 1.577-1, 1.577-2, 1.577-3, 1.577-4, 1.577-5, 1.577-6, 1.632-7, 1.632-8, 1.632-9, 1.632-10, 1.632-11, 1.658-12, 1.658-13, 1.703-14, 1.703-15, 1.703-16, 1.703-17, 1.703-18, 1.703-19, 1.774-20, 1.774-21, 1.774-22, 1.774-23, 1.774-24, 1.774-25, 1.774-26, 1.901-27, 1.901-28, 1.901-29, 1.901-30, 1.901-31, 1.901-32, 1.997-33, 1.997-34, 1.997-35, 1.997-36, 1.997-37, 2.027-38, 2.027-39, 2.027-40, 2.027-41, 2.027-42, 2.027-43, 2.027-44, 2.027-45, 2.027-46, 2.109-47, 2.109-48, 2.109-49, 2.109-50, 2.109-51, 2.109-52, 2.109-53, 2.183-54, 2.183-55
2.182-18, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências.	Originária: 2.026 Edições: 2.026-1, 2.026-2, 2.026-3, 2.026-4, 2.026-5, 2.026-6, 2.026-7, 2.026-8, 2.108-9, 2.108-10, 2.108-11, 2.108-12, 2.108-13, 2.108-14, 2.108-15, 2.182-16, 2.182-17
2.181-45, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre operações financeiras entre o Tesouro Nacional e as entidades que menciona, e dá outras providências.	Originária: 1.655 Edições: 1.655-1, 1.655-2, 1.682-3, 1.682-4, 1.682-5, 1.682-6, 1.682-7, 1.682-8, 1.755-9, 1.755-10, 1.755-11,



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		1.755-12, 1.755-13, 1.755-14, 1.755-15, 1.868-16, 1.868-17, 1.868-18, 1.868-19, 1.868-20, 1.868-21, 1.985-22, 1.985-23, 1.985-24, 1.985-25, 1.985-26, 1.985-27, 1.985-28, 1.985-29, 1.985-30, 1.985-31, 1.985-32, 1.985-33, 1.985-34, 1.985-35, 2.103-36, 2.103-37, 2.103-38, 2.103-39, 2.103-40, 2.103-41, 2.103-42, 2.181-43, 2.181-44
2.180-35, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências.	Originária: 1.798 Edições: 1.798-1, 1.798-2, 1.798-3, 1.798-4, 1.798-5, 1.906-6, 1.906-7, 1.906-8, 1.906-9, 1.906-10, 1.906-11, 1.984-12, 1.984-13, 1.984-14, 1.984-15, 1.984-16, 1.984-17, 1.984-18, 1.984-19, 1.984-20, 1.984-21, 1.984-22, 1.984-23, 1.984-24, 1.984-25, 2.102-26, 2.102-27, 2.102-28, 2.102-29, 2.102-30, 2.102-31, 2.102-32, 2.180-33, 2.180-34
2.179-36, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre as relações financeiras entre a União e o Banco Central do Brasil, e dá outras providências.	Originária: 1.789 Edições: 1.789-1, 1.789-2, 1.789-3, 1.789-4, 1.789-5, 1.789-6, 1.852-7, 1.852-8, 1.852-9, 1.852-10, 1.852-11, 1.852-12, 1.980-13, 1.980-14, 1.980-15, 1.980-16, 1.980-17, 1.980-18, 1.980-19, 1.980-20, 1.980-21, 1.980-22, 1.980-23, 1.980-24, 1.980-25, 1.980-26, 2.101-27, 2.101-28, 2.101-29, 2.101-30, 2.101-31, 2.101-32, 2.101-33, 2.179-34, 2.179-35
2.178-36, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar, institui o Programa Dinheiro Direto na Escola, altera a Lei nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997, que dispõe sobre programa de garantia de renda mínima, institui programas de apoio da União às ações dos Estados e Municípios, voltadas para o atendimento educacional, e dá outras providências.	Originária: 1.784 Edições: 1.784-1, 1.784-2, 1.784-3, 1.784-4, 1.784-5, 1.784-6, 1.853-7, 1.853-8, 1.853-9, 1.853-10, 1.853-11, 1.853-12, 1.979-13, 1.979-14, 1.979-15, 1.979-16, 1.979-17, 1.979-18, 1.979-19, 1.979-20, 1.979-21, 1.979-22, 1.979-23, 1.979-24, 1.979-25, 1.979-26, 2.100-27, 2.100-28, 2.100-



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		29, 2.100-30, 2.100-31, 2.100-32, 2.100-33, 2.178-34, 2.178-35
2.177-44, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, e dá outras providências.	Originária: 1.665 Edições: 1.685-1, 1.685-2, 1.685-3, 1.685-4, 1.685-5, 1.685-6, 1.730-7, 1.730-8, 1.801-9, 1.801-10, 1.801-11, 1.801-12, 1.801-13, 1.801-14, 1.908-15, 1.908-16, 1.908-17, 1.908-18, 1.908-19, 1.908-20, 1.976-21, 1.976-22, 1.976-23, 1.976-24, 1.976-25, 1.976-26, 1.976-27, 1.976-28, 1.976-29, 1.976-30, 1.976-31, 1.976-32, 1.976-33, 1.976-34, 2.097-35, 2.097-36, 2.097-37, 2.097-38, 2.097-39, 2.097-40, 2.097-41, 2.177-42, 2.177-43
2.176-79, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, e dá outras providências.	Originária: 1.110 Edições: 1.142, 1.175, 1.209, 1.244, 1.281, 1.320, 1.360, 1.402, 1.442, 1.490, 1.490-11, 1.490-12, 1.490-13, 1.490-14, 1.490-15, 1.490-16, 1.542, 1.542-18, 1.542-19, 1.542-20, 1.542-21, 1.542-22, 1.542-23, 1.542-24, 1.542-25, 1.542-26, 1.542-27, 1.542-28, 1.542-29, 1.621-30, 1.621-31, 1.621-32, 1.621-33, 1.621-34, 1.621-35, 1.621-36, 1.699-37, 1.699-38, 1.699-39, 1.699-40, 1.699-41, 1.699-42, 1.770-43, 1.770-44, 1.770-45, 1.770-46, 1.770-47, 1.770-48, 1.770-49, 1.863-50, 1.863-51, 1.863-52, 1.863-53, 1.863-54, 1.863-55, 1.973-56, 1.973-57, 1.973-58, 1.973-59, 1.973-60, 1.973-61, 1.973-62, 1.973-63, 1.973-64, 1.973-65, 1.973-66, 1.973-67, 1.973-68, 1.973-69, 2.095-70, 2.095-71, 2.095-72, 2.095-73, 2.095-74, 2.095-75, 2.095-76, 2.176-77, 2.176-78



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



2.175-29, de 24.7.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional e organização da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e da Carreira Auditoria Fiscal do Trabalho.	Originária: 1.915 Edições: 1.915-1, 1.915-2, 1.915-3, 1.915-4, 1.915-5, 1.971-6, 1.971-7, 1.971-8, 1.971-9, 1.971-10, 1.971-11, 1.971-12, 1.971-13, 1.971-14, 1.971-15, 1.971-16, 1.971-17, 1.971-18, 1.971-19, 2.093-20, 2.093-21, 2.093-22, 2.093-23, 2.093-24, 2.093-25, 2.093-26, 2.175-27, 2.175-28
2.174-28, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Institui, no âmbito do Poder Executivo da União, o Programa de Desligamento Voluntário - PDV, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional.	Originária: 1.917 Edições: 1.917-1, 1.917-2, 1.917-3, 1.917-4, 1.970-5, 1.970-6, 1.970-7, 1.970-8, 1.970-9, 1.970-10, 1.970-11, 1.970-12, 1.970-13, 1.970-14, 1.970-15, 1.970-16, 1.970-17, 1.970-18, 2.092-19, 2.092-20, 2.092-21, 2.092-22, 2.092-23, 2.092-24, 2.092-25, 2.174-26, 2.174-27
2.173-24, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Altera dispositivos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, que dispõe sobre o valor total das anuidades escolares.	Originária: 1.930 Edições: 1.968-1, 1.968-2, 1.968-3, 1.968-4, 1.968-5, 1.968-6, 1.968-7, 1.968-8, 1.968-9, 1.968-10, 1.968-11, 1.968-12, 1.968-13, 1.968-14, 2.091-15, 2.091-16, 2.091-17, 2.091-18, 2.091-19, 2.091-20, 2.091-21, 2.173-22, 2.173-23
2.172-32, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração.	Originária: 1.820 Edições: 1.820-1, 1.820-2, 1.914-3, 1.914-4, 1.914-5, 1.914-6, 1.914-7, 1.914-8, 1.965-9, 1.965-10, 1.965-11, 1.965-12, 1.965-13, 1.965-14, 1.965-15, 1.965-16, 1.965-17, 1.965-18, 1.965-19, 1.965-20, 1.965-21, 1.965-22, 2.089-23, 2.089-24, 2.089-25, 2.089-26, 2.089-27, 2.089-28, 2.089-29, 2.172-30, 2.172-31
2.171-44, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Altera as Leis nºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências.	Originária: 1.669 Edições: 1.689-1, 1.689-2, 1.689-3, 1.689-4, 1.689-5, 1.689-6, 1.760-7, 1.794-8, 1.794-9, 1.794-10, 1.794-11, 1.794-12, 1.794-13, 1.794-14, 1.909-15, 1.909-16,



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		1.909-17, 1.909-18, 1.909-19, 1.909-20, 1.964-21, 1.964-22, 1.964-23, 1.964-24, 1.964-25, 1.964-26, 1.964-27, 1.964-28, 1.964-29, 1.964-30, 1.964-31, 1.964-32, 1.964-33, 1.964-34, 2.088-35, 2.088-36, 2.088-37, 2.088-38, 2.088-39, 2.088-40, 2.088-41, 2.171-42, 2.171-43
2.170-36, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências.	Originária: 1.782 Edições: 1.782-1, 1.782-2, 1.782-3, 1.782-4, 1.782-5, 1.782-6, 1.907-7, 1.907-8, 1.907-9, 1.907-10, 1.907-11, 1.907-12, 1.963-13, 1.963-14, 1.963-15, 1.963-16, 1.963-17, 1.963-18, 1.963-19, 1.963-20, 1.963-21, 1.963-22, 1.963-23, 1.963-24, 1.963-25, 1.963-26, 2.087-27, 2.087-28, 2.087-29, 2.087-30, 2.087-31, 2.087-32, 2.087-33, 2.170-34, 2.170-35
2.169-43, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Estende aos servidores públicos civis do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.	Originária: 1.704 Edições: 1.704-1, 1.704-2, 1.704-3, 1.704-4, 1.704-5, 1.775-6, 1.775-7, 1.775-8, 1.812-9, 1.812-10, 1.812-11, 1.812-12, 1.812-13, 1.904-14, 1.904-15, 1.904-16, 1.904-17, 1.904-18, 1.904-19, 1.962-20, 1.962-21, 1.962-22, 1.962-23, 1.962-24, 1.962-25, 1.962-26, 1.962-27, 1.962-28, 1.962-29, 1.962-30, 1.962-31, 1.962-32, 1.962-33, 2.086-34, 2.086-35, 2.086-36, 2.086-37, 2.086-38, 2.086-39, 2.086-40, 2.169-41, 2.169-42
2.168-40, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre o Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária - RECOOP, autoriza a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo - SESCOOP, e dá outras providências.	Originária: 1.715 Edições: 1.715-1, 1.715-2, 1.715-3, 1.781-4, 1.781-5, 1.781-6, 1.781-7, 1.781-8, 1.781-9, 1.781-10, 1.898-11, 1.898-12, 1.898-13, 1.898-14, 1.898-15, 1.898-16, 1.961-17, 1.961-18, 1.961-19, 1.961-20, 1.961-21, 1.961-22, 1.961-23, 1.961-



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		24, 1.961-25, 1.961-26, 1.961-27, 1.961-28, 1.961-29, 1.961-30, 2.085-31, 2.085-32, 2.085-33, 2.085-34, 2.085-35, 2.085-36, 2.085-37, 2.168-38, 2.168-39
2.167-53, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Autoriza a União a receber em valores mobiliários os dividendos e juros sobre o capital próprio a serem pagos por entidades de cujo capital o Tesouro Nacional participe, e dá outras providências.	Originária: 1.584 Edições: 1.584-1, 1.584-2, 1.584-3, 1.633-4, 1.633-5, 1.633-6, 1.633-7, 1.633-8, 1.633-9, 1.633-10, 1.701-11, 1.701-12, 1.701-13, 1.701-14, 1.701-15, 1.701-16, 1.772-17, 1.772-18, 1.772-19, 1.772-20, 1.772-21, 1.772-22, 1.772-23, 1.889-24, 1.889-25, 1.889-26, 1.889-27, 1.889-28, 1.889-29, 1.957-30, 1.957-31, 1.957-32, 1.957-33, 1.957-34, 1.957-35, 1.957-36, 1.957-37, 1.957-38, 1.957-39, 1.957-40, 1.957-41, 1.957-42, 1.957-43, 2.081-44, 2.081-45, 2.081-46, 2.081-47, 2.081-48, 2.081-49, 2.081-50, 2.167-51, 2.167-52
2.166-67, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto Territorial Rural – ITR, e dá outras providências.	Originária: 1.511 Edições: 1.511-1, 1.511-2, 1.511-3, 1.511-4, 1.511-5, 1.511-6, 1.511-7, 1.511-8, 1.511-9, 1.511-10, 1.511-11, 1.511-12, 1.511-13, 1.511-14, 1.511-15, 1.511-16, 1.511-17, 1.605-18, 1.605-19, 1.605-20, 1.605-21, 1.605-22, 1.605-23, 1.605-24, 1.605-25, 1.605-26, 1.605-27, 1.605-28, 1.605-29, 1.605-30, 1.736-31, 1.736-32, 1.736-33, 1.736-34, 1.736-35, 1.736-36, 1.736-37, 1.885-38, 1.885-39, 1.885-40, 1.885-41, 1.885-42, 1.885-43, 1.956-44, 1.956-45, 1.956-46, 1.956-47, 1.956-48, 1.956-49, 1.956-50, 1.956-51, 1.956-52, 1.956-53, 1.956-54, 1.956-55, 1.956-56, 1.956-57, 2.080-58, 2.080-59, 2.080-60, 2.080-61, 2.080-62, 2.080-63, 2.080-



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		64, 2.166-65, 2.166-66
2.165-36, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Institui o Auxílio-Transporte, dispõe sobre o pagamento dos militares e dos servidores do Poder Executivo Federal, inclusive de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e dá outras providências.	Originária: 1.783 Edições: 1.783-1, 1.783-2, 1.783-3, 1.783-4, 1.783-5, 1.783-6, 1.880-7, 1.880-8, 1.880-9, 1.880-10, 1.880-11, 1.880-12, 1.953-13, 1.953-14, 1.953-15, 1.953-16, 1.953-17, 1.953-18, 1.953-19, 1.953-20, 1.953-21, 1.953-22, 1.953-23, 1.953-24, 1.953-25, 1.953-26, 2.077-27, 2.077-28, 2.077-29, 2.077-30, 2.077-31, 2.077-32, 2.077-33, 2.165-34, 2.165-35
2.164-41, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis nºs 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências.	Originária: 1.709 Edições: 1.709-1, 1.709-2, 1.709-3, 1.709-4, 1.779-5, 1.779-6, 1.779-7, 1.779-8, 1.779-9, 1.779-10, 1.779-11, 1.879-12, 1.879-13, 1.879-14, 1.879-15, 1.879-16, 1.879-17, 1.952-18, 1.952-19, 1.952-20, 1.952-21, 1.952-22, 1.952-23, 1.952-24, 1.952-25, 1.952-26, 1.952-27, 1.952-28, 1.952-29, 1.952-30, 1.952-31, 2.076-32, 2.076-33, 2.076-34, 2.076-35, 2.076-36, 2.076-37, 2.076-38, 2.164-39, 2.164-40
2.163-41, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.	Originária: 1.710 Edições: 1.710-1, 1.710-2, 1.710-3, 1.710-4, 1.710-5, 1.710-6, 1.710-7, 1.710-8, 1.710-9, 1.710-10, 1.710-11, 1.874-12, 1.874-13, 1.874-14, 1.874-15, 1.874-16, 1.874-17, 1.949-18, 1.949-19, 1.949-20, 1.949-21, 1.949-22, 1.949-23, 1.949-24, 1.949-25, 1.949-26, 1.949-27, 1.949-28, 1.949-29, 1.949-30, 1.949-31, 2.073-32, 2.073-33, 2.073-34, 2.073-35, 2.073-36, 2.073-37, 2.073-38, 2.163-



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		39, 2.163-40
2.162-72, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre a emissão de Notas do Tesouro Nacional - NTN destinadas a aumento de capital do Banco do Brasil S.A., e dá outras providências.	Originária: 1.367 Edições: 1.410, 1.457, 1.504, 1.504-4, 1.504-5, 1.504-6, 1.504-7, 1.504-8, 1.504-9, 1.553, 1.553-11, 1.553-12, 1.553-13, 1.553-14, 1.553-15, 1.553-16, 1.553-17, 1.553-18, 1.553-19, 1.553-20, 1.553-21, 1.553-22, 1.615-23, 1.615-24, 1.615-25, 1.615-26, 1.615-27, 1.615-28, 1.615-29, 1.615-30, 1.615-31, 1.615-32, 1.615-33, 1.615-34, 1.615-35, 1.741-36, 1.741-37, 1.741-38, 1.741-39, 1.741-40, 1.741-41, 1.741-42, 1.873-43, 1.873-44, 1.873-45, 1.873-46, 1.873-47, 1.873-48, 1.948-49, 1.948-50, 1.948-51, 1.948-52, 1.948-53, 1.948-54, 1.948-55, 1.948-56, 1.948-57, 1.948-58, 1.948-59, 1.948-60, 1.948-61, 1.948-62, 2.072-63, 2.072-64, 2.072-65, 2.072-66, 2.072-67, 2.072-68, 2.072-69, 2.162-70, 2.162-71
2.161-35, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.	Originária: 1.800 Edições: 1.800-1, 1.800-2, 1.800-3, 1.800-4, 1.800-5, 1.850-6, 1.850-7, 1.850-8, 1.850-9, 1.850-10, 1.850-11, 1.942-12, 1.942-13, 1.942-14, 1.942-15, 1.942-16, 1.942-17, 1.942-18, 1.942-19, 1.942-20, 1.942-21, 1.942-22, 1.942-23, 1.942-24, 1.942-25, 2.071-26, 2.071-27, 2.071-28, 2.071-29, 2.071-30, 2.071-31, 2.071-32, 2.161-33, 2.161-34
2.160-25, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre a Cédula de Crédito Bancário e acresce dispositivo à Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, para instituir a alienação fiduciária em garantia de coisa fungível ou de direito.	Originária: 1.925 Edições: 1.925-1, 1.925-2, 1.925-3, 1.925-4, 1.925-5, 1.925-6, 1.925-7, 1.925-8, 1.925-9, 1.925-10, 1.925-11, 1.925-12, 1.925-13, 1.925-



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



		14, 1.925-15, 2.065-16, 2.065-17, 2.065-18, 2.065-19, 2.065-20, 2.065-21, 2.065-22, 2.160-23, 2.160-24
2.159-70, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.	Originária: 1.459 Edições: 1.506, 1.506-2, 1.506-3, 1.506-4, 1.506-5, 1.506-6, 1.506-7, 1.506-8, 1.559, 1.559-9, 1.559-10, 1.559-11, 1.559-12, 1.559-13, 1.559-14, 1.559-15, 1.559-16, 1.559-17, 1.559-18, 1.559-19, 1.559-20, 1.559-21, 1.559-22, 1.559-23, 1.559-24, 1.559-25, 1.559-26, 1.559-27, 1.673-28, 1.673-29, 1.673-30, 1.673-31, 1.673-32, 1.673-33, 1.749-34, 1.749-35, 1.749-36, 1.749-37, 1.749-38, 1.749-39, 1.749-40, 1.851-41, 1.851-42, 1.851-43, 1.851-44, 1.851-45, 1.851-46, 1.943-47, 1.943-48, 1.943-49, 1.943-50, 1.943-51, 1.943-52, 1.943-53, 1.943-54, 1.943-55, 1.943-56, 1.943-57, 1.943-58, 1.943-59, 2.062-60, 2.062-61, 2.062-62, 2.062-63, 2.062-64, 2.062-65, 2.062-66, 2.062-67, 2.159-68, 2.159-69
2.158-35, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências.	Originária: 1.807 Edições: 1.807-1, 1.807-2, 1.807-3, 1.807-4, 1.807-5, 1.858-6, 1.858-7, 1.858-8, 1.858-9, 1.858-10, 1.858-11, 1.991-12, 1.991-13, 1.991-14, 1.991-15, 1.991-16, 1.991-17, 1.991-18, 2.037-19, 2.037-20, 2.037-21, 2.037-22, 2.037-23, 2.037-24, 2.037-25, 2.113-26, 2.113-27, 2.113-28, 2.113-29, 2.113-30, 2.113-31, 2.113-32, 2.158-33, 2.158-34
2.157-5, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Cria a Agência de Desenvolvimento da Amazônia - ADA, extingue a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, e dá outras providências.	Originária: 2.145 Edições: 2.153-2, 2.157-3, 2.157-4



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



2.156-5, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Cria a Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE, extingue a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, e dá outras providências.	Originária: 2.145, Edições: 2.146-1, 2.146-2, 2.156-3, 2.156-4
2.151-3, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências.	Originária: 2.151 Edições: 2.151-1, 2.151-2
2.150-42, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001 Retificado no DOU de 29.8.2001	Dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências.	Originária: 1.705 Edições: 1.705-1, 1.705-2, 1.705-3, 1.705-4, 1.705-5, 1.776-6, 1.776-7, 1.776-8, 1.776-9, 1.776-10, 1.776-11, 1.776-12, 1.895-13, 1.895-14, 1.895-15, 1.895-16, 1.895-17, 1.895-18, 1.996-19, 1.996-20, 1.996-21, 1.996-22, 1.996-23, 1.996-24, 1.996-25, 2.048-26, 2.048-27, 2.048-28, 2.048-29, 2.048-30, 2.048-31, 2.048-32, 2.136-33, 2.136-34, 2.136-35, 2.136-36, 2.136-37, 2.136-38, 2.150-39, 2.150-40, 2.150-41
2.149-3, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Autoriza a criação de mecanismo de compensação destinado a viabilizar a manutenção de preços constantes para o gás natural, e dá outras providências.	Originária: 2.149 Edições: 2.149-1, 2.149-2

No próprio dia de votação, em segundo turno, no Senado Federal, da Reforma Constitucional do regime jurídico das medidas provisórias, algumas delas foram votadas e aprovadas, recebendo destaque:

- a) a medida provisória que determinava o ressarcimento aos exportadores dos valores pagos sobre os insumos utilizados na fabricação de produtos destinados à exportação, a título de recolhimento aos Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição PIS/PASEP) e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Acredita-se que ela deva produzir efeitos positivos tanto na balança comercial, como no crescimento do emprego;
- b) a medida provisória que instituía o Programa Bolsa-Renda, para atendimento à população atingida pelos efeitos da estiagem na região do semi-árido do Nordeste brasileiro. Este Programa deverá ser executado pelo Ministério da Integração



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



Regional, destinando às famílias mais carentes até R\$ 60,00 (sessenta reais), por mês.

Ao passo em que ocorreram estas aprovações, no dia 05 de setembro de 2.001, data da votação em segundo turno, no Senado Feeral, da Emenda Constitucional sobre as medidas provisórias, foram editadas mais 11 (onze) Medidas Provisórias de transição. Apenas uma delas tratava-se de reedição, a que dispunha sobre férias dos servidores públicos federais, alterando o anteriormente denominado regime jurídico único (L nº 8.112, de 11.12.1990). As 10 (dez) restantes disciplinavam matérias em função das quais não havia medida provisória anterior.

Entre elas, destacam-se as seguintes:

- a) dispõe sobre correção monetária e reajuste de índice de preços, excepcionando as medidas complementares ao Plano Real (L. nº 10.192, 14.02.2.001);
 - b) acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), um Decreto-lei de 01 de maio de 1943 (período de Getúlio Vargas, ex-Presidente do Brasil);
 - c) dispõe sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos planos de benefícios de caráter previdenciário;
 - d) dispõe sobre a política nacional do cinema;
- etc.

Eis, então, as medidas provisórias publicadas em 05.09.2.001, data da aprovação, em segundo turno, pelo Senado Federal, da Emenda Constitucional que altera o regime jurídico das medidas provisórias brasileiras.

Medidas Provisórias publicadas em 05.09.2001

Total de 71 MPs.
Atualizado em 06.09.2.001



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



Nº da MP atual	Ementa	Nº da MP anterior
2.227, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Estabelece exceção ao alcance do art. 2º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.	m
2.226, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Acresce dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e à Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.	m
2.225-45, DE 5.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Altera as Leis nºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências.	Originária: 1.669 Edições: 1.689-1, 1.689-2, 1.689-3, 1.689-4, 1.689-5, 1.689-6, 1.760-7, 1.794-8, 1.794-9, 1.794-10, 1.794-11, 1.794-12, 1.794-13, 1.794-14, 1.909-15, 1.909-16, 1.909-17, 1.909-18, 1.909-19, 1.909-20, 1.964-21, 1.964-22, 1.964-23, 1.964-24, 1.964-25, 1.964-26, 1.964-27, 1.964-28, 1.964-29, 1.964-30, 1.964-31, 1.964-32, 1.964-33, 1.964-34, 2.088-35, 2.088-36, 2.088-37, 2.088-38, 2.088-39, 2.088-40, 2.088-41, 2.171-42, 2.171-43, 2.171-44
2.224, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Estabelece multa relativa a informações sobre capitais brasileiros no exterior e dá outras providências.	m
2.223, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre a Letra de Crédito Imobiliário, a Cédula de Crédito Imobiliário e dá outras providências.	m
2.222, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos planos de benefícios de caráter previdenciário.	m
2.221, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Altera a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, e dá outras providências.	m
2.220, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.	m
2.219, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE. autoriza a criação	m



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



	de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências.	
2.218, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre a remuneração dos militares do Distrito Federal e dá outras providências.	
2.217-3, DE 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001	Altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.	Originária: 2.201 Edições: 2.201-1, 2.201-2

Enfim, neste período de transição, creio que o espírito que predominava no Poder Legislativo federal era o de um moderado otimismo.

Confirmando o que digo, relatarei a opinião de alguns dos Parlamentares.¹²⁶⁵ Começo pelo Senador JOSÉ FOGAÇA (Partido do Movimento Democrático Brasileiro – Rio Grande do Sul). Entendia ele que se estava diante *da mais importante emenda constitucional desde a Assembléia Constituinte*. Nas suas palavras: “*Nada toca tão pontualmente nas relações de poder do que essa emenda. A mudança resulta do amadurecimento institucional e da consolidação da democracia*”.

Para o Senador PAULO HARTUNG (Partido Popular Socialista – Espírito Santo), a Emenda *agregou qualidade ao texto*. Nas suas palavras: “*não é um texto perfeito, mas permite ao Legislativo sair da cômoda posição de criticar a voracidade legislativa do Executivo*.”

Para o Senador SEBASTIÃO ROCHA (Partido Democrático Trabalhista – Amapá), a aprovação da Emenda foi também o momento de apontar defeitos, entre eles a perpetuação das medidas provisórias então em vigor.

¹²⁶⁵ O que vai a seguir foi extraído de www.senado.gov.br, o site oficial do Senado Federal brasileiro, sob o título: “*Ampla discussão antecedeu a votação da Emenda que restringe medidas provisórias*”. (06.09.2.001)



CAPÍTULO 22. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS



Para o Senador ROBERTO FREIRE (Partido Popular Socialista – Pernambuco), *“se a Assembléia Constituinte tivesse aprovado o regime de gabinete, o Brasil não teria enfrentado os impasses criados pelas medidas provisórias, isso porque uma medida provisória rejeitada significaria imediatamente a queda do gabinete.”*

Enfim, o espírito predominante era o de que o Presidente da República não poderia mais reeditar medidas provisórias, cabendo, apenas, uma única prorrogação.

No segundo turno de votação da Reforma Constitucional, foram registrados 66 (sessenta e seis) votos favoráveis, 3 (três) contrários e 1 (uma) abstenção.

Realizada a votação, e estando no exercício da presidência da Mesa do Congresso Nacional o Deputado EFRAIM MORAIS, tratou o mesmo de convocar sessão plenária para o dia 11 de setembro de 2.001, para a promulgação dessa Emenda Constitucional, que terá o número 32/2.001.

A sessão plenária, portanto, ocorreu no Plenário da Câmara dos Deputados, pelos exatos motivos que já foram expostos.

Evidentemente que só o tempo dirá se *as atuais sessões congressuais sem quórum destinadas à votação das medidas provisórias serão substituídas por eficazes e ágeis sessões separadas da Câmara e do Senado, que logo decidirão sobre as medidas provisórias, para não trancar a pauta.*¹²⁶⁶

¹²⁶⁶ Opinião do Senador JOSÉ FOGAÇA. Extraída de www.senado.gov.br. “Emenda que limita medidas provisórias será promulgada no próximo dia 11”. (06.09.2.001)



CONCLUSÕES

No Brasil, há um forte sentimento de rejeição contra as medidas provisórias, pelo modo como vinham sendo utilizadas.

Logo, falar contra elas é algo *politicamente* correto. Ocorre que, com este espírito, é natural que se procure, de um lado, aprimorar o seu exercício; e, de outro, lançar-se simpaticamente perante a população, sobretudo em períodos próximos das eleições.

A organização da balança do poder não é uma tarefa que possa ser encerrada, merecendo constantes aprimoramentos.

Particularmente, no campo tributário, a reforma foi tímida, ou, pelo menos, procurou mexer pouco. Talvez, por prudência. Afinal, os cofres públicos precisam manter uma relação de sintonia com a responsabilidade fiscal.

Trata-se da difícil, mas necessária compatibilização da *lógica dos princípios* com a *lógica das consequências*.

Não vem sendo fácil, para os Poderes constituídos, manterem-se fiéis aos princípios constitucionais, sobretudo com a vulgarização do poder de reforma.

Mas aplicar a Constituição é preciso, e viver de bem com ela também.

A Emenda Constitucional nº 32 foi aprovada após cerca de seis anos de debates. Nasceu por proposta do então Senador ESPIRIDÃO AMIN, sendo levada para estudo em uma Comissão designada pelo à época Presidente do Senado Federal, JOSÉ SARNEY.

Foi, até aqui, a Reforma Constitucional que mais tempo e empenho exigiu do Legislativo, desde a Assembléia Nacional Constituinte, de 1987.



CONCLUSÕES



Na sessão solene de aprovação, ocorrida aos 11.09.2.001, talvez a palavra mais referida haja sido “*equilíbrio*”.¹²⁶⁷

A pretensão era pelo equilíbrio entre os Poderes da República; ou seja, acreditava-se estar contribuindo em favor do exercício harmônico, independente e legítimo das atribuições constitucionais de cada um dos Poderes.

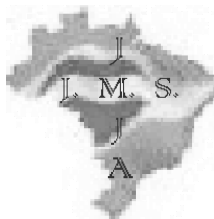
Pensava-se estar resgatando para o Parlamento a sua essência, sem retirar do Governo a agilidade necessária para a formulação de leis urgentes, propiciando um ganho para todos.

A produção legislativa descuidada, e de duvidosa qualidade, consequência da transformação do Executivo em uma segunda instância legislativa, encontrava uma nova disciplina constitucional.

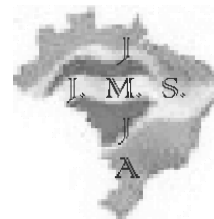
Evidentemente que o êxito estava diretamente vinculado à responsabilidade legislativa de ambas as Casas do Congresso, dado que, ao se extinguir a possibilidade de reedição sucessiva das medidas provisórias, e estando imposta prioridade com trancamento de pauta, não mais se permitiria a lentidão na confecção de leis.

É esperar e ver como funciona a teoria na prática, em busca do aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

¹²⁶⁷ O dia 11.09.2.001 foi aquele em que ocorreu um duro ataque terrorista nos Estados Unidos da América do Norte, mais precisamente em Nova York e em Washington (contra as torres gêmeas do World Trade Center e o Pentágono); o que provocou uma forte comoção no Brasil, mas não levou ao interrompimento das atividades parlamentares. O *fundamentalismo islâmico* ou o *fundamentalismo econômico* contrastam com a noção de equilíbrio e de globalização humanista, produzindo a insegurança e o temor. Veja-se o Capítulo *Estado de Direito e Organização de Poderes - uma evolução histórica*, onde comento o *Estado fundamentalista religioso* e o *Estado fundamentalista econômico*.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS



TESES E CONCLUSÕES GERAIS



“ENTRE A JUSTIÇA E A ORDEM: a *Constituição brasileira de 1988 e o princípio da segurança jurídica*” está dividida em outras sete Partes, cabendo, também por isto, apresentar as suas *Teses e Conclusões Gerais* observando esta orientação.

De fato, após cada uma delas, fixei *conclusões parciais*, que menos pretenderam resumir o que escrevi, e mais tiveram o objetivo de advertir sobre a importância da análise detalhada daquilo que está contido no texto.

Todas as outras sete Partes decorreram das interferências que julgo encontrar para a instabilidade do universo tributário brasileiro.

Pode-se dizer que o que focalizo é uma busca de contribuir para o constitucionalismo tributário no Brasil em um dos seus veículos mais utilizados.

Assim, temas como o da inflação normativa, em face da necessidade de desenvolvimento em um mundo globalizado, foram abordados tendo em conta um País que ainda está ingressando na maioria, e pretende afirmar-se sob um verdadeiro estado de ansiedade, onde tudo, aparentemente, precisaria mudar.

A Reforma Constitucional sobre as medidas provisórias está também presente como uma maneira de acompanhar mais um capítulo da história do constitucionalismo brasileiro neste novo século.

No curso das minhas reflexões, encontrei um País preocupado com a queda dos juros e as suas conseqüências no seu ciclo de endividamento, buscando melhores níveis de produtividade, e pretendendo manter equilibrada a relação entre a dívida e o Produto Interno Bruto (PIB). Tudo isto sem possuir espaço para aumentar a carga tributária, em face dos limites naturalmente impostos pela renda “*per capita*”, e, principalmente, pela má distribuição da riqueza.

Uma das soluções parece ser a de se tentar ampliar o universo de contribuintes e continuar com o controle da inflação, selecionando as prioridades nos gastos públicos, e mantendo uma rigorosa fiscalização para evitar as fraudes.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS



Em outras palavras, o Brasil está à procura de um desenvolvimento sustentado, mediante parcerias entre o capital privado (investimentos estrangeiros e nacionais) e o público.

A poupança nacional também é uma maneira de evitar que os humores da economia internacional abatam uma economia interna ainda não totalmente desnacionalizada.

É dentro desta linha de raciocínio geral que se pretende sobreviver e desenvolver em um mundo tão complexo como o de hoje. Sem ufanismos e xenofobias, mas rejeitando a linguagem da catástrofe. Afinal, seguramente, o Brasil sairá do grupo de Países de risco sem a necessidade de discursos irados.

Trata-se de um País com um elevado nível tecnológico, com uma economia mais competitiva do que há vinte ou trinta anos; mas ainda com sérias carências sociais.

De uma certa maneira, está aí um dos motivadores para a instabilidade legislativa. É a necessidade de melhorar nos setores da saúde, da educação, da reforma agrária, da seguridade social, etc. Esta é a justificativa para algumas das Reformas Constitucionais.

Um desafio importante parece ser o de compatibilizar a responsabilidade fiscal com a responsabilidade social. Sem criar tributos novos, ou aumentar as alíquotas dos antigos, pretende-se melhorar a vida da maioria dos brasileiros, mantendo o equilíbrio das finanças em uma Federação com regiões absolutamente desiguais.

A construção do orçamento parece ser uma pedra no meio do caminho, mas é pela transparência e pela participação que é possível firmar uma diretriz congruente e sem ilusões.

Tudo isto não é fácil, e exige força de espírito. Creio que o termo mais adequado seja “*identidade emocional*”. O brasileiro precisa ter identidade emocional com o Brasil. Considerar-se brasileiro antes de tudo, e não apenas um descendente de um passado distante. É preciso amar, para sofrer e superar as dificuldades sem abandonar a causa primária: o Brasil.

Enfim, é chegado o momento de concluir; e, aqui, obedeço ao mesmo critério que estabeleci desde o início.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS



Fui, aos poucos, tentando polir as minhas idéias, com a pretensão de ser útil, e contribuir para revelar o direito brasileiro na perspectiva em que o vejo.

O que vai a seguir é o resultado disto.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



TÍTULO I

A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA – uma visão constitucional dos princípios tributários.

1. O Brasil já teve Constituições de várias espécies: rígida, flexível, mista, etc. O Brasil, segundo consta na história, chegou mesmo a ter uma Constituição por apenas um dia, ao adotar, em 1821, a Constituição espanhola de 1812 – Constituição de Cádiz (Decreto de 21 de abril de 1821).
2. A Constituição de 25 de março de 1824, a que mais tempo esteve em vigor, passou por um plebiscito entre as Províncias, havendo algumas delas recusado a mesma, desencadeando movimentos revolucionários. Dizia que o Poder Moderador era a chave de toda a organização política, não estando o Imperador sujeito à responsabilidade alguma (arts. 98 e 99). Só determinadas matérias do seu texto eram consideradas realmente constitucionais (Poderes Políticos, direitos políticos e individuais), podendo as demais ser alteradas como se leis ordinárias fossem. Sofreu duas grandes Reformas. A primeira pela Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, chamada de “*Ato Adicional*”, com caráter descentralizador. O Brasil passou a ser um Estado unitário descentralizado, em face da concessão de autonomia política às Províncias. A segunda pela Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, também chamada de “*Lei da Interpretação*”, que foi uma espécie de contra-golpe do Imperador do Brasil, com feição centralizador.
3. Os tributos não passaram imunes ao movimento de independência e pela Constituição de 25 de março de 1824, que continha o ideal liberal de que toda tributação precisaria passar pela representação. Era o princípio da legalidade. Esta Constituição não continha apenas este princípio tributário, comportando o da capacidade contributiva, o da isonomia, o da irretroatividade, etc. Outra peculiaridade foi a de que, mesmo sendo o Brasil um Estado unitário, existiam,



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



ao lado da central, a receita provincial e a municipal. Eram cerca de 151 (cento e cinquenta e uma) rubricas, com denominações assistemáticas, além das provinciais e municipais.

4. Com o Ato Adicional de 1834, tentou-se discriminar melhor as exações, fixando competências em favor das Assembléias provinciais e das Câmaras municipais. Era bastante caótico o sistema estabelecido, se é que se achava possível fornecer um sistema tributário equilibrado para o Brasil imperial. Entre outros problemas, a carga tributária era cumulativa.
5. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 foi uma consequência do Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889, que proclamou provisoriamente a República Federativa brasileira. Nela, é possível identificar o “*americanismo*”, por exemplo no nome do novo Estado - “*Estados Unidos do Brasil*”, e na própria bandeira nacional que foi adotada entre os dias 15 e 19 de novembro de 1889, idêntica à bandeira norte-americana, apenas substituindo-se o vermelho e o branco pelo já tradicional verde e amarelo. Contudo, esta Constituição apenas previa que os Estados possuíam capacidade própria para legislar em áreas havidas à época como periféricas, estando as matérias básicas – direito civil, comercial, penal, etc – sob a responsabilidade do Congresso Nacional. Entre as suas principais Emendas, destaca-se a de 07.09.1926, que, afora outros assuntos, desautorizou que, nas leis de orçamento, constassem disposições estranhas à previsão da receita e da despesa fixada para os serviços anteriormente criados (art. 34, § 1º e alíneas).
6. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 pretendeu firmar um sistema rígido de discriminação de competências tributárias, distribuindo receitas entre a União e os Estados, pois ficavam excluídos os Municípios. Fixou, também, a imunidade recíproca, proibindo aos Estados tributarem bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente (art. 10). Vedava-se, ainda, à União e aos Estados a prescrição de leis retroativas. Contudo, no art. 12, considerava lícito aos Estados e à União, cumulativamente ou não, criar outras fontes de receitas, desde que não colidisse com as vedações nela fixadas. Esta competência concorrente permaneceu sendo objeto de severas críticas, e serviu de anteparo para a criação do imposto de renda no Brasil pela via subconstitucional.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



7. Durante a chamada “*República Velha*”, a economia agrícola sentiu-se sufocada, tirando o seu apoio do Governo; o que contribuiu para redundar na “*Revolução de 30*”. No período revolucionário, foram criados novos tributos, entre eles a contribuição de melhoria (Decreto nº 21.930, de 11 de maio de 1932).
8. A Constituição de 16 de julho de 1934 durou muito pouco, pois, já em 10 de novembro de 1937, surgiu uma outra, a “*polaca*”. Embora a Constituição de 1934 tivesse um matiz democrático, entre as suas disposições transitórias (art. 18) aprovou os atos do Governo provisório, dos interventores federais nos Estados e delegados do mesmo, excluindo qualquer apreciação judiciária dos referidos atos e dos seus efeitos.
9. Em 1934, foi determinada uma Reforma no Tesouro Nacional (Decreto nº 24.036, de 26 março). Também em 1934, eclodiu uma nova Constituição brasileira. Uma das suas novidades foi o fato de que manteve, ao lado das receitas federais e estaduais, as municipais. Outra foi o fato de vedar a bitributação. Instituiu o imposto de vendas e consignações para os Estados e o imposto sobre o consumo para a União, elevando a nível constitucional o imposto de renda, também federal.
10. A Constituição de 10 de novembro de 1937 teve como principal diretriz o fortalecimento do Poder Executivo, e também deu ênfase à matéria trabalhista. Podia ser emendada por maioria ordinária (art. 174), curvando-se, na verdade, à vontade de GETÚLIO VARGAS. A Constituição do Estado Novo era, portanto, flexível, centralizando o poder e reduzindo os sindicatos a instrumentos do Estado sem qualquer representatividade política, extinguindo os partidos políticos e suprimindo drasticamente a participação do Legislativo nas decisões governamentais; além de enfraquecer o sistema federativo. Durante a sua vigência, surge a Lei Orgânica dos Estados (Decreto lei nº 1202, de 08 de abril de 1939), trazendo em cores vivas a figura dos Interventores.
11. A Constituição de 1937, apelidada de “*a polaca*”, trouxe pequenas alterações no campo tributário. Foi durante a sua vigência que surgiu um adicional ao imposto de renda, motivando-o na proteção à família. Ele incidia sobre pessoas solteiras, viúvas e sobre casais sem filhos (Decreto nº 3.200, de 19 de abril de 1941).



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



12. A Constituição de 18 de setembro de 1946, a última em que o Brasil autodenomina-se de *Estados Unidos do Brasil*, marca o fim do Estado Novo. Prevê a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros das empresas, nos termos e formas da lei. A regulamentação não veio. GETÚLIO VARGAS voltou eleito ao poder, como Presidente, em 31 de janeiro de 1951. Neste período, estabelece-se o monopólio estatal da exploração petrolífera (Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953) e se encaminha a mensagem da criação da Eletrobrás, com o objetivo de uma nacionalização efetiva do domínio da energia elétrica. Busca, também, disciplinar a remessa de lucros, verificando-se a enorme diferença entre a entrada de capitais privados (1,9 bilhão de cruzeiros) e as remessas para o exterior (17,2 bilhões de cruzeiros), no período entre 1939 e 1953. Vinte e dois brigadeiros pronunciaram-se exigindo a renúncia de VARGAS, que não renuncia, e, na madrugada de 24 de agosto de 1954, surge a notícia do seu suicídio. Um tiro no coração. Entre as principais Emendas à Constituição de 18 de setembro de 1946, destaco a de nº 18, publicada aos 06 de dezembro de 1965, que instituiu um sistema tributário para o Brasil.
13. A Constituição de 18 de setembro de 1946 veiculou, entre outros, os seguintes destaques tributários: a) o aspecto municipalista; b) o desaparecimento das referências à bitributação, feitas nas Constituições de 1934 e 1937, entendendo-se que toda ela seria inconstitucional, sem que isto precisasse ser dito; c) o conceito expresso da contribuição de melhoria para a hipótese de valorização do imóvel em consequência de obras públicas, não sendo exigível para além da despesa realizada e do acréscimo do valor para cada imóvel beneficiado (art. 30 e Parágrafo Único); d) as limitações ao poder de tributar foram ampliadas, tornando-se imunes os templos, bens e serviços de partidos políticos, instituições educacionais e assistenciais e o papel destinado exclusivamente a jornais, periódicos e livros (art. 31); e) os impostos deveriam ser sempre que possível pessoais e graduados pela capacidade econômica do contribuinte (art. 202); f) a visão de proteger os setores mais pobres, reduzindo a antiga tradição da tributação regressiva, onde se onera mais os que menos têm capacidade de pagar; g) o instituto do direito anglo-saxão, *grants-in-aid*, que implica na técnica de participação por uma pessoa política de um tributo da competência para a instituição de uma outra pessoa política. Isto foi promovido pela Emenda Constitucional nº 05, de 21 de novembro de 1961, que tinha por epígrafe instituir uma nova discriminação de rendas em favor dos municípios brasileiros.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



14. O Plano de Metas de JUSCELINO KUBITSCHEK prometia cinquenta anos de progresso em cinco de governo. Foi aplicado entre 1956 e 1961, e fez com que o Brasil crescesse a sua produção industrial em cerca de 80% (oitenta por cento), em preços constantes. A taxa de crescimento real foi de 7% (sete por cento) ao ano, e 4% (quatro por cento) per capita. O crescimento do Brasil foi, aproximadamente, três vezes superior ao do restante da América Latina. É deste período histórico a cidade de Brasília, Capital Federal (art. 18, § 1º, da atual Constituição e Lei nº 2.874, de 19.09.1956 – autorizou o Executivo a construir esta Cidade). Em 21.04.1960, Brasília foi inaugurada. No Nordeste do Brasil, pretendeu-se marcar o binômio industrialização e agricultura irrigada.
15. No intervalo histórico posterior, e em um ambiente política e socialmente conturbado, surgem os Atos Institucionais e Complementares decorrentes do *movimento militar de 1964*. O Ato Institucional nº 01, de 10.04.1964, amplia os poderes do Presidente da República, afirmando que “*a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional a sua legitimidade*”. Defendia-se não haver radicalizado, pois se estava resolvendo manter o Congresso Nacional com as reservas de poderes nele (AI-1) fixadas. Justifica-se em nome da “*restauração da ordem interna e do prestígio internacional*.” No Ato Institucional nº 02, de 05.11.1965, foram suspensas as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, podendo o Presidente da República suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. O Ato Institucional nº 03, de 5 de fevereiro de 1966, foi editado com o objetivo de estabelecer eleições indiretas para Governador. O Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966, convocou o Congresso Nacional a se reunir extraordinariamente de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967. O objeto da convocação era a discussão, votação e promulgação do Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República (art. 1º, “caput” e § 1º). Transformando-se o Congresso Nacional em Poder Constituinte, fez-se surgir a Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967.
16. O fator inicial mais marcante do atual sistema tributário brasileiro foi a Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que procurou encontrar uma nova ordem tributária para o Brasil. Foi a discriminação de competências estatuída por esta Emenda Constitucional que, em suas linhas gerais, manteve-se até hoje no Brasil.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



17. Seguindo estas linhas gerais, veio o Código Tributário Nacional, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, recepcionado pela Constituição de 1967, e consagrado a título de lei complementar pelo Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967. De fato, aos 19 de agosto de 1953, havia sido indicada uma Comissão para elaborá-lo. O seu Anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional sob o nº 4.834-54.
18. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 foi fulminada pelo Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, isto porque, havendo um Deputado federal protestado, na Câmara dos Deputados, contra a violência policial e o regime militar, sugeriu o boicote ao desfile da Independência; o que provocou uma enorme irritação nas Forças Armadas, tendo o Governo pedido licença ao Congresso para processar o Deputado. O Plenário rejeitou a solicitação do Governo. A reação foi drástica. Expediu-se o AI-5, com medidas de estado de sítio, estabelecendo que o Presidente da República, quando julgasse conveniente, poderia decretar o recesso parlamentar, ficando, neste período, autorizado a legislar em todas as matérias (art. 2º, “caput” e § 1º). Também suspendeu garantias constitucionais e o “*habeas corpus*” nos casos de crimes políticos, excluindo de qualquer apreciação judicial a si próprio e aos Atos Complementares que dele decorressem. O AI-5 liquidou com as esperanças de democratização naquele momento histórico.
19. Quanto à Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, até hoje ainda se discute se foi mesmo uma nova Constituição. Isto acontece por dois motivos, a saber: a) em face da procura de legitimidade constitucional do Governo à época instituído, que ainda pretendia o reconhecimento da Carta de 1967, que teve origem híbrida; b) dado às grandes modificações que provocou no regime jurídico constitucional. Na verdade, uma Junta de Ministros militares a outorgou em 17.10.1969, havendo ela tratado de adaptar os vários Atos Institucionais e Complementares, fortalecendo o Poder Executivo. A sociedade protestava como podia, mas a concentração autoritária de poder respondeu com a repressão e com a censura à liberdade de expressão, de reunião, de imprensa, etc.
20. Com a Emenda Constitucional nº 01/1969, de larga extensão, ocorreram algumas transformações, mas continuaram mantidas as designações gerais da Emenda Constitucional nº 18/1965.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



21. Em abril de 1984, iniciou-se, em São Paulo, uma grande campanha de rua exigindo as eleições em todos os níveis. Esta campanha teve o nome de “*Diretas, já*”. O produto da mobilização foi a eleição indireta de TANCREDO NEVES por um Colégio eleitoral, que era repudiado pela opinião pública. A posse não veio. O Presidente eleito morreu. Neste período, dizia-se que o Brasil era regido por uma “*colcha de retalhos*”, dado que a Constituição havia sido atingida por 27 (vinte e sete) Emendas. A 26ª foi para instalar a Assembléia Constituinte, que elaborou a Constituição de 05 de outubro de 1988. A 27ª, de 02 de dezembro de 1985, dispôs, sobretudo, quanto à repartição de receitas entre as pessoas políticas que compunham a Federação brasileira (União, Estados-membros, e, também, os Municípios).
22. A Constituição de 05 de outubro de 1988, em face de não haver partido de um Projeto padrão, permitiu o acolhimento de propostas as mais variadas, cabendo às Subcomissões temáticas tentar conferir um mínimo de unidade ao que se fazia. Depois, com a Comissão de Sistematização, lançou-se novamente nesta difícil tarefa. Vários foram os dispositivos que, embora promulgados, tinham contra si uma forte oposição, especialmente aqueles que envolviam matéria econômica e financeira. As privatizações posteriores, a partir de agosto de 1995, demonstram o disputado teatro das operações político-constitucionais.
23. A Constituição de 05 de outubro de 1988 consagrou um Título para a “*Tributação e o Orçamento*”, o Título VI, destinando o Capítulo I para o Sistema Tributário Nacional. Este Capítulo está dividido em três partes: a) trata dos princípios gerais e das limitações do poder de tributar; b) discrimina as receitas dos impostos pela União, por Estados e o Distrito Federal e pelos Municípios; c) dispõe sobre a repartição das receitas tributárias.
24. Tal como muitas definições são positivadas, o mesmo ocorre com o “*tributo*” no Brasil. A própria Constituição de 05 de outubro de 1988 remete à lei complementar a tarefa de definir “*os tributos e suas espécies*” (art. 146, inc. III, al. “a”). Por sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) define o que seja o tributo, dizendo no seu art. 3º: “*é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*”. Em suma, a idéia do



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



conceito de tributo é pertencente ao direito positivo, não sendo uma questão de lógica jurídica ou universal. Varia com a história. Dentro desta perspectiva, é que se torna preciso considerar que as contribuições extraídas da história não são antecedentes perfeitos das exações atuais. De fato, muitas vezes, as comparações, inclusive as históricas, são perigosas.

25. Embora consciente do perigo, faço um breve resumo da história tributária brasileira anterior à Constituição de 25 de março de 1824:

- a) na fase inicial da Colônia, ainda no princípio da exploração do pau-brasil, adveio a cobrança do “*quinto do pau-brasil*”, uma espécie de primeira exação fiscal nas terras brasileiras;
- b) até o final do regime das Capitanias hereditárias, algo que ocorreu por volta do século XVIII, nos tempos do Marquês do Pombal, os tributos ou as rendas eram distribuídos entre o real Erário e o donatário. No Governo Geral, dividia-se os tributos em ordinários e extraordinários. Para o real Erário, basicamente os mesmos tributos eram remetidos. Para o Governador-Geral, acrescentava-se os direitos dos escravos;
- c) durante o domínio holandês, por volta de 1630 a 1654, onde os batavos fixaram-se no então centro econômico do Brasil, Pernambuco - a terra do açúcar, era o escuteto, ou chefe administrativo municipal, quem detinha as funções de promotor de justiça, de chefe de polícia local e também de exator da Fazenda. Na verdade, nem sempre a cobrança dos impostos holandeses realizava-se pelo escuteto, sendo passível de ser realizada por arrendatários, especialmente comerciantes judeus;
- d) com a vinda ao Brasil da família real portuguesa, advieram transformações principalmente no campo do direito público brasileiro, ficando o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves um tanto refém dos ingleses. Era a *sombra da Inglaterra* lançada por sobre o Atlântico. Sob esta fisionomia histórica, foram criados novos tributos, ao lado dos anteriores. Enfim, existiam paralelamente impostos semelhantes cobrados pela Corte, pelas Províncias e pelos Municípios.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



26. Integrando as linhas gerais da história brasileira, é possível dizer que o Estado monárquico era unitário, embora tenha experimentado a autonomia das Províncias, sobretudo no período da regência, enquanto o Imperador PEDRO II era menor de idade. Este Estado também era parlamentarista, tendo havido uma sucessão de Gabinetes. Com o aprofundamento das crises entre os militares e o Governo, aqueles pretenderam derrubar um determinado Gabinete que se lhes demonstrava hostil, particularmente em razão de obstáculos orçamentários. Ocorre que, em face do clima predominante na época, delineou-se um novo Estado com a queda não apenas do Ministério, mas do próprio Imperador. Assim, o Estado que surgia queria se manifestar diferente daquele que pretendia substituir. Se o anterior era unitário, ele deveria ser federativo. Se o anterior era parlamentarista, ele deveria ser presidencialista.
27. Em torno desta busca de auto-afirmação, havia a preocupação de manter o Brasil em sua unidade, não o esfacelando, tal como ocorreu com a América espanhola. Houve um desejo majoritário, mas não unânime, de manter a integridade nacional. Por outro lado, para evitar a manutenção do poder no Rio de Janeiro, a Capital, pretendeu-se descentralizá-lo, conferindo maiores faculdades às elites regionais, fortalecendo-as. Nesta linha, foram criados os Judiciários estaduais, que funcionavam como instâncias terminativas das lides, dos conflitos de interesses nos casos concretos.
28. Portanto, o Supremo Tribunal, que passava a ser chamado de federal, deteria a função de colaborar com a unidade do Brasil, através de uma leitura uníssona da Constituição. Com o tempo, esta necessidade de sintonia estendeu-se à toda a legislação que tivesse repercussão nacional. Portanto, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores foram expressões do desejo de segurança, de integridade, de unidade.
29. Na Constituição da República brasileira de outubro de 1988, também está consagrada a segurança jurídica; onde não está é fora dela, inclusive em face da avalanche legislativa, sobretudo através das medidas provisórias e da constante iminência de Reformas Constitucionais.
30. Está-se operando, no Brasil, mais um verdadeiro *desmonte constitucional*, chegando a haver artigo sem texto algum (vide o art. 171).



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



31. Já é preocupante o número de Emendas; o que vem provocando o absurdo das chamadas *publicações por engano*, até das próprias Emendas Constitucionais, tal como representou o exemplo do art. 246, que foi repetido pelas Emendas Constitucionais n.ºs. 06 e 07, ambas de 15.08.95, e que recebeu nova redação pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11.09.2001.
32. Para que seja possível a convivência social, é preciso um mínimo de confiança e previsibilidade. O Direito não deve ser um simples jogo de azar.
33. As crises políticas e econômicas interferem, internamente, em quaisquer dos Estados atuais; mas a solução não pode ser encontrada em uma busca incessante por uma nova Constituição e na inflação legislativa subconstitucional, inclusive tributária.
34. O fato de a Constituição de outubro de 1988 haver, tantas vezes, repetido a expressão *segurança* é um forte indício do receio que havia pela sua ausência prática.
35. A prevalência das interpretações mais cômodas do Texto Constitucional, em favor do poder estabelecido, termina por provocar uma verdadeira erosão da consciência cívica.
36. É no acompanhamento das atividades dos Poderes do Estado que se tirará a prova do espaço existente entre o que se diz e o que se faz.
37. É incorreta a afirmação que atribui a alguém um sólido conhecimento teórico, mas não prático. Afinal, uma pessoa só pode, relativamente, conhecer um objeto acaso consiga aliar a teoria à prática.
38. No Direito Constitucional, não apenas existem, ou devem existir, sanções. Mais: ao lado daquelas comuns (reparações civil e criminal, por exemplo), há outra categoria tanto mais importante quanto maior for a educação cívica de um povo: a da responsabilização política.
39. É preciso compatibilizar liberdade com responsabilidade. É a aplicação do sistema de freios e contrapesos do direito constitucional norte-americano,



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



pretendendo evitar a supremacia de um Poder sobre o outro, e a conseqüente tirania de um deles.

40. Os princípios são prescritivos, mas permitem ao Judiciário harmonizá-los dispondo de uma margem mais elástica do que as regras. Os princípios não permitem opções livres, e, nas suas concretizações, deixam concluir pela natureza ideológica dos Judiciários que os interpreta. Dá-se uma lógica de preferência e de preterição. São como círculos concêntricos – regra e princípio – estando os princípios no círculo exterior, dando, assim, limites para as possibilidades interpretativas das regras.
41. Não é cabível cogitar de hierarquia entre regras e princípios constitucionais firmados pelo Poder Constituinte originário, nem mesmo em relação às cláusulas pétreas. Apenas é oportuno falar em normas constitucionais inconstitucionais diante da desobediência do Poder de Reforma aos limites que lhe foram fixados pelo Poder Constituinte originário.
42. O Poder Constituinte originário detém supremacia sobre todas as normas que lhe são anteriores e posteriores. As normas anteriores, incompatíveis com o novo Estado que se funda com a nova Constituição, não poderão vir a ser recepcionadas, nem mesmo sob o escudo do direito adquirido.
43. No Brasil, a própria norma constitucional estabeleceu sobre uma possibilidade de a legislação que lhe seria subalterna vir a contrariar a sua regra, e sem que isto viesse a configurar uma afronta à Constituição (vide art. 155, § 2º, inc. II – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior - ICMS).
44. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição. O descumprimento das leis reduz a autoridade do direito e leva ao descrédito as instituições. É, profundamente, importante a estabilidade legislativa. Por vezes, passa-se anos construindo uma jurisprudência sobre uma matéria polêmica, e, quando a mesma começa a dar sinais de pacificação, vem o legislador e a altera,



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



começando tudo de novo. Isto é, particularmente, prejudicial no campo do direito tributário brasileiro.

45. Toda norma é uma tomada de posição perante fatos, e em função de valores.
46. Em relação àqueles que defendem que a legalidade pode constituir um entrave, devendo ser superada com a utilização dos princípios gerais do direito, que estariam acima do direito positivado, lembro de que, se isto for feito em primeira instância, certamente virá o recurso; e, provavelmente, a decisão será reformada. Muito pior, pois fica aberto um espaço para a arbitrariedade, onde os mais favorecidos reservarão as suas vantagens. Imagine-se se a aplicação do direito alternativo vier a ser defendida pelas Forças Armadas.
47. Todos os dispositivos constitucionais que instituem garantias buscam, em análise derradeira, assegurar direitos (*segurança*). A pretensão da segurança está sempre presente. Logo, ao se falar em segurança, no campo do direito tributário, também se está falando em legalidade, irretroatividade, isonomia, inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal e ampla defesa, anterioridade, anualidade, etc.
48. Entendo a segurança como um instrumento de busca da justiça, e daí o seu caráter fundamental. Há uma relação de complementariedade entre a segurança e a justiça.
49. O conjunto de medidas (*expressões objetivas*) que possibilitam a concretização do sentimento de segurança é algo que ainda está sendo construído. Não é estático, ficando aberto a novas formulações. (p. ex: o Estado só cobrará tributos no ano subsequente ao da lei instituidora, ou ao daquela que aumentou a carga impositiva; o Estado não aplicará a lei nova a situações passadas, acaso isto implique em prejuízo para o cidadão, etc.).
50. Enquanto os valores são verificados segundo critérios de intuição emocional, as expressões objetivas podem ter os seus cumprimentos comprovados, dando menores margens a dúvidas.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



51. É fundamental que a Constituição não seja vista como uma espécie de *Constituição patrícia*, que traria, em seu próprio interior, margens a contra-argumentos que inviabilizam as conquistas das camadas sociais menos favorecidas.
52. *Prima facie*, há uma impossibilidade de se compatibilizar a urgência, que é uma característica constitucional da medida provisória, com a exigência, também constitucional, de se esperar o próximo ano para instituir ou aumentar o tributo (anterioridade).
53. A anterioridade do exercício financeiro, tão somente, não se aplica aos casos excepcionais, firmados constitucionalmente, a saber: contribuições em favor da seguridade social (anterioridade nonagesimal, art. 195, § 6º); impostos de guerra e empréstimos compulsórios, em casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Nestas situações, era cabível a utilização de medida provisória. Contudo, nos termos da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, vedou-se expressamente a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Ocorre que, conforme o art. 148, da Constituição de outubro de 1988, há a exigência de lei complementar para instituir empréstimos compulsórios, restando aparentemente vedada a utilização de medida provisória para instituir empréstimos compulsórios; o que parece ser um tanto inadequado, ao menos quanto a despesas decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência. Creio, portanto, que, quando no art. 62, § 1º, inc. I, al. “d” ressalva-se o previsto no art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário, abre-se uma possibilidade de interpretação pela aplicação da medida provisória aos empréstimos compulsórios com os fatos geradores ali elencados.
54. A exceção à anterioridade do art. 150, § 1º (impostos de importação - II e de exportação - IE, imposto sobre produtos industrializados - IPI e imposto sobre operações financeiras - IOF) à alteração de alíquotas pode ser instrumentalizada por atos administrativos, por força do que dispõe o art. 153, § 1º, ambos da Constituição brasileira de outubro de 1988, desde que atendidos os limites estabelecidos em lei. Portanto, nestes casos, não é necessária a adoção de medidas provisórias.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



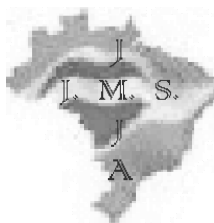
55. Apesar da doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha sendo pacificada no sentido de que o prazo requisitado pelo princípio da anterioridade tributária deveria considerar o período a partir da edição da Medida Provisória que viesse a ser convertida em lei. Ocorre que o posicionamento desta Egrégia Corte alterou-se, no final da década de 90, para algo ainda mais gravoso em relação ao princípio da segurança jurídica, pois vinha permitindo o cômputo do tempo desde a primeira edição da medida provisória convertida. Com a Reforma Constitucional das medidas provisórias, abre-se um novo momento de reflexão.
56. A redução, pura e simples, de prazo, corresponde a uma alteração de um paradigma fiscal, implicando em variações patrimoniais. Isto exige lei.
57. O princípio da anualidade, se fosse consagrado constitucionalmente, implicaria em uma garantia mais estável, pois determina, para a cobrança do tributo, duas situações bem definidas: a) faz-se necessário a presenciabilidade, no orçamento, da autorização para cobrá-lo; b) faz-se necessário que a lei que crie ou aumente o tributo seja preexistente ao orçamento, dado que a lei orçamentária não poderá autorizar ou condicionar o que ainda não existe.
58. Há um caráter especial na lei orçamentária, pois a sua imperatividade resume-se a estabelecer limites (receita/despesa) para o Estado Democrático de Direito. O orçamento não está apartado da evolução social, nem tampouco dos fatos históricos relevantes, transparecendo a democracia e o autoritarismo, tanto na sua forma de elaboração, quanto na sua forma de execução.
59. Não há segurança sem isonomia.
60. No Brasil, costuma-se dizer que quem mais paga tributo é o assalariado, pois tem o seu desconto na fonte, não sendo possível desviar-se do Fisco; ao contrário dos demais (vide dados da Secretaria da Fazenda Nacional). Pensando nisto, e buscando a direção de uma justiça concreta (isonomia), mediante o instrumento da progressividade, que deve ser visto não isoladamente, mas ao lado de uma gama de dispositivos constitucionais preocupados com o produtivo exercício do direito de propriedade, imaginei que deveriam ser considerados aspectos como aqueles que se seguem:



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



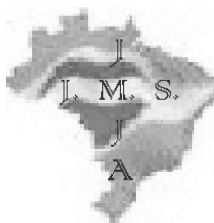
- a) a renda fruto do esforço do homem, e do seu trabalho, deve ser menos gravada do que aquela obtida sem fadiga, em especulações financeiras, por exemplo;
 - b) a renda auferida decorrentemente de uma condição de competência, que é fruto de anos de sacrifício, deve ser menos gravada do que aquela proveniente de privilégios e monopólios;
 - c) o patrimônio proveniente de heranças, doações, loterias deve ser considerado de um modo especial, pois, em regra, são fatores gratuitos e de desequilíbrio da igualdade de oportunidades.
61. Não se imagine, contudo, que a progressividade dos tributos, como um veículo de justiça, seja uma unanimidade. Há quem diga exatamente o contrário, considerando que o mundo é naturalmente selvagem e obscuro, e a progressividade apenas estimularia a construção de práticas evasivas, comportando um conteúdo desincentivador da economia. Lembra-se, também, de que, mesmo em tempos de globalização, a grande maioria do capital continua a ficar em casa, precisando os países emergentes e pobres pensar em desenvolvimento com as suas próprias forças.
62. De fato, uma alternativa à progressividade de modo a evitar grandes variações de alíquotas, que estimulariam a evasão, seria a criação de impostos especiais a gravarem certas atividades, como a da produção de bebidas alcoólicas.
63. Com a pretensão de tornar a lei algo concreto, a executando em massa, o direito chega a se utilizar de padronizações, presunções; e, às vezes, ficções. Um exemplo disto é a substituição tributária (uma técnica que busca transformar um imposto multifásico em monofásico), que, no Brasil, vem sendo muito discutida. Ela existe em nome da praticabilidade, sendo usada para reduzir a sonegação e simplificar a arrecadação. Defender que esta prática possa ser uma técnica constitucional, como defendo, não exige a análise do caso concreto, onde pode deixar de sê-lo, normalmente em face da cumulatividade. Enfim, as regras de experiência não devem revestir-se de caráter absoluto.



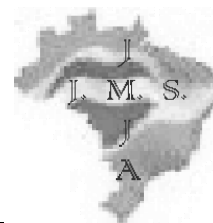
TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



64. Não pode haver a instituição de crime ou pena – nem tampouco a agravação da mesma – por via de medida provisória. Este raciocínio, decididamente, é aplicável no campo do direito penal tributário.
65. Quanto à ação penal a ser proposta contra o contribuinte, por uma suposta prática de crime contra a ordem tributária, defendo que deva exigir-se o encerramento do processo administrativo que comprove a irregularidade fiscal. Esta medida, acompanhada da suspensão ou do impedimento da fluência da prescrição penal, merece uma séria análise, pois pode implicar no não cometimento de graves injustiças que, nas rotinas judiciais, lamentavelmente se verificam. De fato, o próprio direito vigente já permite que assim o seja, tal como recomenda o art. 116, inc. I, do Código Penal brasileiro: *“Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime.”*
66. Se a Constituição atribui um assunto para a lei ordinária, e o mesmo é tratado por lei complementar, esta deverá ser havida como se lei ordinária fosse, podendo ser modificada pela via ordinária, sem restrição de quórum. Se a Constituição atribui um assunto para a lei complementar, e o mesmo é tratado por lei ordinária, esta deverá ser havida como inconstitucional. No entanto, do ponto de vista estritamente formal, a partir da Lei Complementar nº 95/98, havendo surgido uma nova disciplina nacional para a confecção legislativa, as normas elencadas no art. 59, inclusive as leis complementares e as ordinárias, devem se submeter à uniformização. Não se trata, portanto, de hierarquia quanto ao conteúdo; mas de uma necessidade de padronização.
67. Pragmaticamente, é enganoso pensar que a exigência de *quórum qualificado* seja uma nítida dificuldade de empenho. Por vezes, e sobre um mesmo assunto, pode ser mais difícil aprovar uma lei ordinária do que uma Emenda Constitucional em face da variação da competência de iniciativa. Exemplifico. Certas matérias estão na vala da competência privativa para a iniciativa de encaminhamento de projetos de lei, restando mais amplos os legitimados para a proposta de Emenda Constitucional. Logo, se a autoridade competente não o encaminha, não adianta possuir o quórum parlamentar necessário, simplesmente porque o projeto de lei não será encaminhado.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



68. Uma lei ordinária válida, de acordo com a Constituição antecedente, acaso recepcionada como lei complementar, de acordo com a nova Constituição, deixa de poder sofrer, por isto, alteração por lei ordinária. Este foi o caso do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966), em face das Constituições da República brasileira de 1946 e de 1967.
69. É necessário que o princípio da irretroatividade não consista apenas em não se aplicar a lei nova ao fato antigo. Ele deve, também, ser entendido no sentido de que não se pode aplicar a nova interpretação da lei antiga a um fato que preceda esta nova interpretação, caso, naturalmente, venha a implicar em prejuízo para o indivíduo. Isto, em nome da segurança das relações.
70. Não se pode negar a possibilidade de se interpretar a lei, mesmo que seja clara. Ocorre que, caso o intérprete consiga ser tão claro quanto a lei, no máximo, ele a repetirá, havendo, ainda, a possibilidade de, no seu esforço interpretativo, vir a reduzir a clareza do mandamento normativo. No entanto, o problema da aplicação normativa não está apenas na norma. É, também, preciso considerar as características e o contexto do aplicador (administrador ou juiz).
71. Cabe perquirir se a lei interpretativa é retroativa. Se o for, ela será inconstitucional, caso provoque prejuízo para o indivíduo.
72. O ato jurídico perfeito é insusceptível de vícios de invalidade superveniente, porquanto válido ele já o é, estando ultimado o seu nascimento, com a reunião daquilo que a legislação da época lhe exigia. O que ocorre é que ele pode deixar de ser adequado ou conveniente. Sendo assim, a invalidade superveniente de um ato jurídico perfeito é uma retroatividade que não pode provocar prejuízos, sob pena de ser inconstitucional. É que o tempo rege o ato.
73. O direito adquirido, na vigência de uma lei, não pode transmutar-se em expectativa, apenas pelo fato de esta lei vir a ser modificada.
74. O princípio da segurança jurídica precisa ser visto como um instrumento aliado à busca de se fazer justiça. Neste diapasão, concluí pela necessidade de aplicação da lei. Mais do que isto, pois é necessário aplicar a lei de maneira que ela não retroaja de modo a prejudicar o indivíduo. Às vezes, além disto, deve ser



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



dado um prazo de espera para que a norma venha a ser aplicada (por exemplo, em matéria tributária). Além do mais, não há segurança sem igualdade, e a igualdade pode ser relativamente objetivada, seguindo critérios que não podem fugir à sindicabilidade administrativa e judicial. Ocorre que o caminho a ser percorrido pela Administração, ou pelo Poder Judiciário, não pode ser ao acaso. É preciso o estabelecimento de normas processuais preexistentes, de maneira a não provocar surpresa ao indivíduo, não deixando espaços abertos para o arbítrio. Foi, aqui, que tratei do grave problema da utilização das escutas telefônicas como meio de prova, em casos de tráfico de entorpecentes, assaltos a banco, sonegação fiscal, etc.

75. O debate sobre as súmulas vinculantes, no Brasil, não está encerrado, inclusive em face das sanções que possam advir para a hipótese de descumprimento. Sobre o tema *Súmula vinculante*, apresentei aquelas que considero as principais propostas, bem como os mais importantes pontos de desentendimentos. A matéria tributária seria um dos espaços mais relevantes de atuação destas Súmulas.
76. Além das Súmulas judiciais, foram consideradas as administrativas, que têm um caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos da própria pessoa política que as emite. Além de serem publicadas, no Diário Oficial, por três dias consecutivos, no início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Jornal Oficial.
77. Diante do estágio concreto de organização do Poder Judiciário brasileiro, onde os recursos multiplicam-se e a sentença do juiz de primeira instância perdeu o seu prestígio, os advogados passaram, desde a interposição da inicial, a plantar os requisitos de admissibilidade de uma futura impugnação para as instâncias superiores, prequestionando motivações constitucionais ou de lei federal. Assim, a sentença perdeu o caráter de instrumento de resolução de demandas, e passou a funcionar como uma maneira de tentar acelerar a carreira do magistrado. A sentença passou a ser um instituto requisitado para o sonho de uma promoção, quer em função do número que venha a ser emitido por cada Juiz, quer em função do seu caráter erudito.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



78. Modificar tal estado de coisas, como uma maneira de retomar um pretensão passado, prestigiando as instâncias inferiores, parece ser uma tarefa difícil. A dificuldade não está apenas no fato de que, talvez, estes tempos idos jamais tenham de fato ocorrido, mas também por uma outra questão bem concreta. É que importa em alteração na estrutura de um mercado de trabalho firmado e estabelecido, que conta com representantes importantes nos escritórios de advocacia de todo o Brasil, e, mais particularmente, nos Estados e cidades com economias maiores.
79. Outro aspecto com interferência significativa na multiplicação de demandas é o de que, aproximadamente, 65% (sessenta e cinco por cento) da população brasileira é composta de eleitores; ou seja, vota. Nem sempre foi assim, aliás a realidade de há quarenta anos era bastante diversa. Portanto, aumentando a participação popular, reduz-se a hegemonia de qualquer corrente política no Parlamento, recorrendo-se, também por isto, a meios que terminam por tornar menos claras as leis, pois é mais difícil para um Parlamento com esta singularidade aprovar senão normas mais ambíguas. Esta maior ambigüidade denota-se através de expressões adverbiais ou adjetivas, e também pelo recurso, no caso da Constituição, a normas que não são auto-aplicáveis, exigindo-se a posterior votação de novas leis ordinárias e complementares. É o que, no Brasil, chama-se de *acordos dilatórios*.
80. Dentro desta perspectiva, a súmula vinculante viria para recuperar um suposto *passado ideal*, e para dar uniformidade às normas com esta retrospectiva dilatatória, ou então pela exigência de um federalismo nacional. Note-se, a bem da verdade, que, por trás de toda esta discussão, há uma disputa por poder. O fato é que atribuir o caso concreto à alçada terminativa dos Juízes de instâncias inferiores seria uma das maneiras de alçar os Tribunais Superiores à categoria de Tribunais da Federação, desafogando-os. Questões como a da chamada “*guerra fiscal*”, que implica em discutir a relação federativa, estariam enquadradas nesta ótica de procurar encontrar no passado a resposta para os problemas que se apresentam no presente.
81. É admissível o controle de constitucionalidade (concreto e abstrato) em relação às medidas provisórias. Mas, se houver rejeição expressa, ou se o prazo



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



constitucional de vigência transcorrer sem deliberação do Congresso Nacional, restará prejudicada a ação veiculadora do controle abstrato.

82. Ainda sobre o controle de constitucionalidade concentrado das medidas provisórias, uma questão mais sutil é a de saber se o mesmo restará prejudicado se, durante o transcurso do processo judicial, houver a conversão em lei. Aqui, vislumbro três hipóteses:

- a) não havendo alteração do conteúdo, mantendo-se a identidade originária. Nesta situação, não haverá o prejuízo da continuidade do controle jurisdicional;
- b) havendo alteração de conteúdo, mas de caráter não substancial. O problema será o de saber o que, na realidade, significa *alteração substancial*. Chegando-se a um consenso, e tendo em conta a natural pretensão de definitividade das medidas provisórias, que não são meras leis temporárias, creio que a restrita alteração formal do texto originário, ou algo aproximado a isto, não deveria provocar o prejuízo do controle abstrato, bastando que o órgão jurisdicional requisite novas informações junto aos Poderes Executivo e Legislativo. Quanto às manifestações da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, também poderiam ser aditadas, desde que isto seja, realmente, necessário;
- c) havendo alteração de conteúdo, e de caráter substancial. Se o texto de lei em que se converteu a medida provisória guardar ainda uma identidade com a disposição originalmente impugnada, entendo que se possa estender a pretensão de declaração de inconstitucionalidade, mantendo-se o controle abstrato, desde que haja o aditamento da inicial. Para isto, seria necessário estatuir um prazo fixado em lei.

83. Será extremamente improvável a emissão de uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade de uma dada medida provisória, em face do seu caráter precário (60 ou 120 dias). Isto, contudo, não impede a expedição de uma medida liminar, o que gera um relativo constrangimento, ao se verificar que uma medida provisória, que está sendo analisada pelo Congresso Nacional, tanto em relação aos seus pressupostos de admissibilidade (relevância e urgência), quanto em relação ao mérito, esteja sob censura do Supremo Tribunal Federal, já pesando



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



contra si uma decisão desfavorável. Um redutor de tal estado de coisas seria permitir que, na prorrogação da medida, haja a alteração do ponto sob censura. Por enquanto, procura-se agilizar o processamento, construindo uma espécie de *procedimento sumário de constitucionalidade*. Uma maneira de aprofundar rapidamente a cognição de mérito, para não frustrar a jurisdição constitucional.

84. Se há uma pretensão de agilidade para o controle concentrado de constitucionalidade das medidas provisórias, deve-se reconhecer a possibilidade de aditamentos ou emendas à petição inicial, de modo a não permitir o problema da solução de continuidade. É preciso regulamentar estes aditamentos, tornando-os, por exemplo, desnecessários quando não houvesse *alteração substancial efetiva* (vide *questão de repercussão geral*) entre a medida provisória originária, a sua prorrogação e o texto de lei na qual foi convertida. Agindo assim, seriam eliminados os repetidos aditamentos.
85. Apenas em relação às *alterações substanciais efetivas* é que deveria caber o aditamento da inicial. Logo, como, na minha perspectiva, a prorrogação de uma medida provisória não deveria conter senão a reprodução do que foi originariamente disposto, restritíssimas seriam as hipóteses de aditamento; entre elas, aquela em que, emitida a liminar pelo órgão judiciário, venha o Poder Executivo a prorrogá-la sem o dispositivo atingido, o substituindo por outro. Outra hipótese seria a da conversão em lei com alterações evidentes de conteúdo. Nestes casos, caberia a emenda da exordial.
86. Outra questão de “*lege ferenda*” importante é aquela que utiliza o “*não aditamento*” como uma forma astuta de desistência. Interposta a ação, e não se obtendo a liminar pretendida, ou colhendo sinais evidentes neste sentido, advém a prorrogação da medida provisória, e a parte autora evita aditar a inicial, procurando com isto tornar prejudicada a Ação veiculadora do controle abstrato. Deste modo, poderia escolher melhor o Juiz Relator, fraudando a distribuição processual. Afora a má fé deste procedimento, e a multa daí conseqüente, tem-se nisto um motivo para demarcar com mais objetividade a hipótese de aditamento, pois, se, de um lado, ele serve para a agilização; por outro, ele poderá funcionar como um instrumento de abuso.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



87. O debate sobre o controle externo da magistratura brasileira, e, mais especificamente, em torno das competências e composição do(s) Conselho(s) encarregado(s), mereceu a minha análise. Aqui, entendo que o novo contexto da sociedade civil brasileira exige que o Poder Judiciário seja provido dos meios necessários a fazer frente à crescente demanda de processos; o que demonstra a sua condição de relevância no desdobramento institucional que está em curso. Também foram apresentadas as principais Propostas sobre *controle externo*.
88. Considerando todas as Proposições sobre o controle externo da magistratura, um fato parece ser evidente: o critério de escolha dos Juízes dos Tribunais Superiores não deve ser o da simples amizade com o Presidente da República ou com os Governadores de Estado. Este *controle externo de fato*, chegando ao conhecimento da sociedade, desmoralizaria o Poder Judiciário. Esta crítica procura não ter um caráter radical ou jacobino, apenas reivindicando para o Parlamento uma postura superior ao da mera homologação.
89. No Brasil, vêm sendo criados obstáculos processuais de modo a promover a contenção da remessa dos recursos judiciais. Eles são filtrados pretendendo-se evitar uma análise quase impossível das demandas, tal a quantidade existente. Nesta atitude defensiva, procura-se incentivar argumentos simpáticos a favor das iniciativas para onde se pretende conduzir. Assim, afirma-se que se estaria valorizando as decisões das instâncias inferiores e permitindo um maior e melhor desempenho por parte das instâncias superiores. O problema, então, concentraria-se na flexibilidade sobre o que venha a ser “*repercussão geral*”, sobre como identificar as causas marcadas pelo maior relevo social, econômico, institucional ou jurídico.
90. Na atual situação brasileira, o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) é o principal ator no crescimento do volume de processos. Ao menos no que se refere às causas de jurisprudência assente, a Administração Pública, independentemente de mudanças legislativas, poderia tomar a iniciativa, e deixar de recorrer. Não o faz.
91. A adoção do instituto da “*questão de repercussão geral*” é mais uma matéria de conveniência e de oportunidade do que uma exigência técnica, não cabendo o argumento que escamoteia diferenciá-la da antiga “*questão relevante*”,

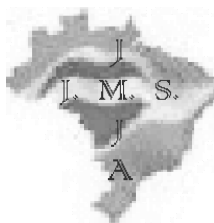


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



apontando esta última como subjetiva, e a que se quer instituir como algo objetivo e impassível de largo juízo discricionário.

92. Todas as matérias que chegam até o Poder Judiciário não apenas são importantes ou relevantes, como já o encontram com um certo ou razoável atraso. Afinal, o conflito não surge no momento em que se dá a distribuição do Feito no setor próprio. Ele vem de antes; às vezes, de muito antes. Por este prisma, o Poder Judiciário é fadado a estar sempre atrasado. A questão é que o atraso está ultrapassando a barreira do bom senso, existindo causas de 10, 20 ou mais anos. Logo, o tema verdadeiro é o de se encontrar a solução possível, que pode não ser a “*solução ótima*”, diante da carga de trabalho, extraindo o melhor proveito para a sociedade. Afinal, do modo como o Poder Judiciário brasileiro vem funcionando, caminha-se, a passos largos, para a inviabilidade. Resolver este problema principal, possivelmente, mas não necessariamente, poderá trazer um acréscimo de qualidade, ao menos nos Tribunais que encimam a ordem jurídica nacional.
93. É fundamental estabelecer qual a exata finalidade dos Tribunais Superiores. Se eles têm por finalidade última *fazer justiça* no caso concreto, ou se lhes basta uniformizar o direito (constitucional ou lei federal), de modo a fortalecer a unidade federativa.
94. Poder-se-ia dizer que a força de um Acórdão unânime de um Supremo Tribunal Federal ou de um Superior Tribunal de Justiça traria consigo uma qualidade imanente de justiça. Pessoalmente, creio que não. Aliás, não me parece equivocado dizer que um Acórdão adotado por maioria, provavelmente, possa conter este atributo com um maior índice de segurança. Explico o porquê. Com a palavra o Relator, diz o Presidente. O Relator fornece o seu voto, e, em seguida, é passada a palavra para os demais Pares. Quando nenhum deles se pronuncia, é possível que sequer se esteja prestando a atenção necessária à causa. Bem ao contrário ocorre quando se instaura o debate. Quanto mais intensa for a discussão, mais aquela causa será analisada, sopesada em seus vários ângulos. Estendo isto ao campo tributário. Nada a dizer sobre a matéria, pode significar que por ela não se interesse, ou se não a conheça de maneira a participar dos debates. Em uma hipótese ou em outra, não foi cumprido o devido processo legal em sua integridade. Mas não será possível penetrar no foro



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



interno de cada Juiz. Enfim, não se imagine que a multiplicação de instâncias signifique um veículo necessário de justiça.

95. De fato, a “*questão de repercussão geral*” termina funcionando como um instituto que, ao mesmo tempo em que procura viabilizar o desempenho do Tribunal, termina não lhe retirando qualquer parcela de poder, sequer exigindo a sua ampliação em número de membros. Logo, não reduz poder, e talvez o confira ainda mais, pois, muitas vezes, participará da simples escolha dos seus integrantes a decisão de se pronunciar ou não sobre uma demanda. A questão é a de se, diante do volume avassalador de litígios, esta é uma das melhores alternativas a ser aplicada. A resposta é política, mas precisa existir logo. Alguma solução minimizadora do impacto provocado pelo número de processos precisa ser posta em prática, tal é a escala de conflitos caracterizadores das sociedades contemporâneas.
96. De pouco valem as doutrinas, as leis, as Constituições, tudo enfim, se não existirem pessoas que queiram aplicá-las. Infelizmente, quando se fala em segurança, começa-se a procurar hipóteses sacrificantes da justiça, ou vice-versa. O que tento demonstrar é que o movimento do meu raciocínio é exatamente o contrário, pois busco extrair da segurança um meio de se fazer justiça; o que é uma tarefa em permanente evolução.
97. Há um dever de lealdade como justificativa ética da tributação. Lealdade do contribuinte para com o Fisco, e do próprio Fisco para com o contribuinte. Trata-se de um tipo de cidadania que, ao menos no Brasil, precisa ser reforçado. Não falo, aqui, apenas do grande contribuinte, pois este, provavelmente, esteja conseguindo, ou, ao menos, tentando construir o seu *status* de cidadania tributária. Refiro-me, sobretudo, àquele pequeno ou médio contribuinte que, por vezes, colhido pela malha fiscal, pela longa mão do Estado, vê-se acuado diante da imposição ilegítima que se lhe quer exigir. Normalmente, ele reage pagando, com medo das conseqüências que uma lide administrativa ou judicial poderia lhe trazer. É exatamente isto o que não se quer. O pagamento do tributo cobrado indevidamente com base no exclusivo sentimento do medo. Em outras palavras, o dever de lealdade precisa ter mão dupla.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



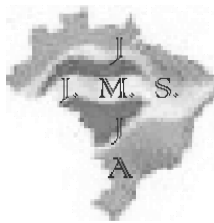
98. Quando falo em *construtivismo* no Brasil, não o trato nos moldes norte-americanos, à procura de justificar uma Constituição que se acomoda à leitura que se queira fazer. Não pretendo dizer que a Constituição diz o que, na verdade, nunca quis dizer. A Constituição não é um ícone, mas precisa ser respeitada, e portar alguma estabilidade. Para que isto ocorra, necessita-se restringir as já tão constantes divergências jurisprudenciais e embates doutrinários, permitindo uma democracia onde se consiga alguma previsibilidade.
99. A imprevisibilidade do universo tributário brasileiro permitiu algumas acusações, muitas vezes exageradas, contra o Poder Judiciário, dizendo-o maleável a juízos de oportunidade e de conveniência. Seria o exercício inadequado da lógica das conseqüências em desfavor da lógica dos princípios.
100. A preocupação com a *justiça fiscal* ou com a *justa tributação*, não se restringe ao atendimento dos princípios constitucionais, pois é preciso aliá-los a uma objetividade ainda mais clara.
101. É dever da Administração não apenas conferir pleno acesso às informações sobre as normas e os períodos em que estão ou estiveram em vigor, mas também indicar qual a interpretação que vem retirando destes diplomas, de modo a não surpreender o contribuinte. Parece simples, mas com as constantes mudanças do ordenamento jurídico, é algo útil e uma conseqüência fundamental do princípio da legalidade. Não basta que exista a lei em abstrato, sendo um direito inalienável do cidadão conhecer como o Poder Público a vem interpretando. Neste espaço, a informática constitui um meio técnico de realização da efetiva legalidade.
102. O Jornal Oficial, ou outra denominação que possua, na hipótese de instituição ou aumento de tributo, precisa, ele próprio, estar submetido ao princípio da anterioridade tributária. Não é algo menor esta exigência, devendo haver como comprovar que realmente circulou, e ficou acessível ao público no exercício financeiro antecedente àquele da cobrança. O artifício das tiragens extraordinárias ou especiais parece uma artimanha de aberrante violação à anterioridade.



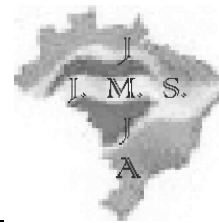
TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



100. Quando surge a dúvida sobre a validade de uma norma tributária, isto presta-se para instalar um volume avassalador de novas demandas. Um instrumento simples para procurar evitar este importante inconveniente está na exigência de que as leis, os regulamentos e outras normas jurídicas, quando modifiquem matéria tributária, indiquem o que está alterando ou revogando, e de uma maneira expressa e identificada. É dever da Administração democrática indicar o que revoga, e porque assim procede. Agir com clareza é pressuposto de um Estado democrático de direito. Agir com lealdade não é diferente.
101. Quanto aos meios coercitivos de cobrança extrajudicial (interditar estabelecimentos, proibir transações com particulares, etc), também chamados de sanções políticas, é recomendável deixar expressa, em lei, a proibição dos mesmos. Contudo, em relação à vedação de transações com órgãos e entidades públicas, defendo que a questão seja diversa. Afinal, aquele que não paga ao Estado não pode retirar uma vantagem disto para contratar com o próprio Estado. Se a hipótese for de licitação, a concorrência seria desleal, mediante o beneplácito estatal. A pretensão não é a de impedir a subsistência da empresa, mas a de demonstrar mais alguma desvantagem na inadimplência tributária. Afinal, a Administração precisa manifestar-se enérgica, mas sem ser arbitrária.
102. A atitude do devedor no sentido de provocar um prejuízo dissimulado ao credor não merece guarida ética ou jurídica. O desvio na aplicação da lei não deve trazer o corolário da proteção do delinquente. A questão é a de se a própria Administração pode superar a personalidade do contribuinte, independentemente do encaminhamento ao Poder Judiciário. A resposta para este tipo de situação dependerá das circunstâncias do Estado. No caso do Brasil, defendo que a melhor conduta é a de exigir-se o recurso à via judicial. Uma espécie de reserva dos Juízes e Tribunais, enquanto personagens isentos.
103. Vulgarizar o instituto do “*disregard of legal entity doctrine*” é transformá-lo em um vilão, com desdobramentos, possivelmente, prejudiciais para o bom contribuinte e para a própria Administração. A exclusividade do Poder Judiciário, antes de reduzir a Administração, apenas lhe acresce um meio mais efetivo e democrático, de sorte que o contraditório é mais viável ser desenvolvido na instância judicante. Insisto em que afirmações como esta não devem ser feitas no vácuo, ou na fantasia de uma realidade inexistente. O



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



princípio do contraditório não se compadece apenas com artigos de lei que o prevejam, sendo a sua efetividade um desdobramento do meio em que pretende atuar.

104. No Brasil, como uma forma de desestimular os recursos na esfera administrativa, uniformizou-se o procedimento de sempre exigir-se, a título de depósito prévio, cerca de 30% (trinta por cento) do valor discutido pelo cidadão ou pela empresa recorrente. Assim, sanciona-se antes de verificar se há motivo para tanto. O recurso administrativo não deve ser condicionado a depósitos prévios, ou outras formas limitativas do direito de interposição de impugnações (fiança, caução, aval, etc). Verificando-se, posteriormente, que o recurso foi procrastinatório, aí sim, caberia a sanção.
105. Quanto aos embargos à execução fiscal, defendo que seja necessário garanti-los pelo singelo motivo de que não vêm sendo incomuns as chamadas execuções infrutíferas, pois, ao final, ou não mais se encontra o executado, ou não mais existem bens suficientes para adimplir a dívida com o Poder Público. Contudo, caso o contribuinte-executado saia vitorioso na demanda, é direito dele o de ser reembolsado do custo que lhe valeu o processo, tanto material, quanto moral. Este ressarcimento deve ser completo, e até mesmo compensável contra os futuros débitos que venha a contrair com a mesma Fazenda.
106. Um instituto substitutivo dos embargos à execução fiscal vem crescendo demasiadamente no Brasil. O problema não é o da sua existência, mas o do modo como vem sendo aplicado. Trata-se da “*exceção de pre-executividade*”. Esta exceção serviria para evitar as despesas daquele executado cuja execução é inviável por ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação; afora outros incidentes adjetivos que o Estado-Juiz deveria haver reconhecido de ofício, como a execução de dívida já paga. Não é isto o que vem ocorrendo. Creio que por motivos práticos.
107. Estende-se a “*exceção de pre-executividade*”, embora não haja lei que a consagre expressamente, pois, nela, não são devidas as custas processuais, não é necessário garantir o juízo, e os honorários advocatícios constituem uma decorrência do sucesso da iniciativa. É preciso estabelecer, por lei, as fronteiras deste já corriqueiro instrumento processual.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



108. O real espírito da Proposta do Código de Defesa do Contribuinte brasileiro é o de construir com a nova legislação algo que poderia ter sido construído com a antiga, mas não o foi. É o caso da legitimidade processual do Ministério Público e das associações civis para as ações coletivas na defesa dos direitos e garantias nele explicitados. A atribuição, ao Ministério Público, desta legitimidade extraordinária, poderia reduzir, em muito, a contenciosidade tributária, que costuma ser individual ou em litisconsórcios de poucos participantes. Mas isto diminuiria o mercado de trabalho para os tantos advogados que vêm especializando-se nesta área. Ocorre que o bem geral deveria prevalecer. Uma importante barreira contra isto é a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, que afirma que a ampliação da legitimidade ativa, nas ações coletivas, implicaria em uma invasão inconstitucional do âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, cujos entes legitimados já se encontram no Texto Constitucional de outubro de 1988.
109. Em matéria tributária, é preciso refletir sobre o caráter ético de realizar alterações legislativas em períodos próximos às eleições, de ordem que os efeitos da mudança sejam sofridos não pelos atuais titulares do poder, mas por outros, talvez os da oposição.
110. Se há um dever do contribuinte de pagar tributos, também há um dever da Administração de agir com respeito e urbanidade, fornecendo agilmente as informações e certidões que lhe forem requeridas, não o mantendo refém da lentidão administrativa.
111. Quanto às consultas em matéria tributária, o princípio da isonomia não pode ser afastado, pois a diversidade de tratamento administrativo-normativo a hipóteses idênticas deve atribuir ao contribuinte o direito ao entendimento que lhe seja mais favorável.
112. Se é direito da Administração o de arrecadar conforme os princípios e as normas jurídicas, deve, para isto, impor o menor ônus possível para os contribuintes. A Administração Fazendária, não estando imune à sindicabilidade judicial, deve fundamentar os seus atos de maneira explícita, clara e congruente.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



113. A responsabilidade funcional dos agentes da Administração implica no dever de agir dentro dos exatos limites das suas atribuições, demonstrando-se diligentes e leais.
114. É inescandível a excessiva litigiosidade da Administração brasileira, embora isto não signifique apenas tentativas de protelação, permitindo-se pensar que ela deverá sair vitoriosa em alguns processos. Entretanto, ela parece estar contaminada pelo chamado “*desvio ético*”. Esta expressão vai no sentido de que a Administração Pública aposta em um dos piores males do Poder Judiciário nacional: a morosidade. Assim, o Estado-Administração inviabiliza o Estado-Juiz.
115. A morosidade judicial não tem como fator decisivo a desídia da maioria dos Juizes, mas realidades processuais como: toda decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento; a execução dos julgados, de acordo com o ordenamento em vigor, não parte do princípio de que a sentença é para ser executada, de que toda sentença condenatória deve ser cumprida. Porém, do princípio de que o devedor não deve ser citado para cumprir a decisão, mas para impugná-la através de embargos ou de outra estratégia processual.
116. Entre as estratégias processuais, termina passando diminuído o princípio da isonomia, pois aquele que dispuser de mais recursos certamente terá mais condições de contratar advogados que não apenas conhecem a legislação em vigor, mas também os meandros e as economias internas dos Tribunais (regimentos internos, etc.). Por isto, quanto mais simples for o processo (relação jurídica), mais democrático também o será. É a democracia fazendo aflorar a transparência dos seus problemas.
117. A existência, no direito tributário, de inúmeros conceitos normativos (tributo, imposto, taxa, empréstimo compulsório, contribuição social, contribuição de melhoria, responsável tributário, substituição tributária, etc.) traz peculiaridades bem específicas no campo do direito penal tributário, ainda mais diante da avalanche legislativa por que passa o Brasil, já se estando nas quase onze mil leis, e cerca de seis mil medidas provisórias. Isto para falar apenas da área federal, e não consignando as mudanças constitucionais, as resoluções e os decretos legislativos. Sem contar, também, os discutíveis atos



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



fiscais infra-legais. Não é possível esquecer de que o Brasil é um Estado Federal composto pela União, 26 (vinte e seis) Estados, Distrito Federal, e cerca de seis mil Municípios; afora o fato de que alguns Estados e Municípios ainda querem editar as suas próprias medidas provisórias.

118. Embora a competência para legislar sobre o direito penal seja privativa da União (art. 22, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil), naturalmente, o campo penal tributário, sendo híbrido, irá se deparar com legislações tributárias estaduais e municipais de complemento, sendo, contudo, preciso evitar o “*inferno fiscal*”.
119. Indaga-se sobre o fundamento moral das penas criminais tributárias, argumentando que ou o sistema nacional tributário é bom, e não se admite descumpri-lo por uma questão ética; ou o sistema é ruim, e são necessárias as penas criminais corporais para intimidar o cidadão-contribuinte. Pela segunda hipótese, de início, é possível pensar em aumento da arrecadação; mas também poderia aumentar a corrupção entre os fiscais.
120. Há quem argumente que, para saber se uma conduta é a melhor, basta imaginá-la sendo tomada por todos. No caso, se fossem presos todos aqueles que cometem um delito fiscal, as cadeias estariam incrivelmente cheias (se é que isto é possível...), os empregos estariam mais escassos pela prisão dos empregadores, e não haveria dinheiro sequer para manter os presídios existentes. Algo que, de fato, já ocorre. Ao contrário, se as penas fossem pecuniárias, restaria ampliada a receita do Estado. Entendo que a disputa entre a pena prisional e a patrimonial (pena prisional *versus* pena patrimonial) não é apenas um embate teórico, mas também prático. É preciso considerar as circunstâncias locais. Se a sonegação brasileira, realmente, atinge os cerca de 50% (cinquenta por cento), os empresários estariam quase todos presos, havendo efeitos danosos no emprego. As penas patrimoniais produzem receitas públicas. É imperioso, portanto, que o Supremo Tribunal Federal revitalize o seu conceito largo de proibição de confisco, em razão da aplicação de vigorosas multas penais.
121. A importância da “teoria do *erro*” (elemento do tipo e ilicitude do fato) na aplicação da lei penal tributária, no Brasil, é bastante razoável, sendo difícil

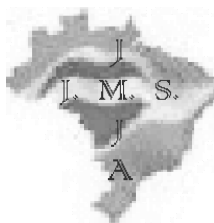


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



admitir que, tal a quantidade de leis, seja possível conscientemente aceitar que a ignorância da lei não deve escusar. O erro na interpretação da lei tributária poderá ocorrer por vários motivos. Cito alguns deles: o contribuinte acredita-se imune, mas extrai a nota fiscal; ou compensa um tributo que a Administração tributária entende que não devia; ou, ainda, não pagou ou pagou a menor um tributo quanto ao ponto de vista do Fisco. Enfim, o erro de interpretação implicaria em exercício arbitrário das próprias razões? Ou algo ainda pior? Para interpretar a lei, o contribuinte deveria socorrer-se sempre do Poder Judiciário? Note-se que, não havendo escondido os fatos, é bastante perigosa a aplicação da lei penal partindo do pressuposto de que houve dolo. Se fosse assim, estaria instalada uma espécie de ditadura: a ditadura fiscal.

122. Note-se uma questão sutil, mas de ampla discussão no universo pretoriano nacional. Refiro-me aos tributos indiretos. A restituição dos tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. (art. 166, do Código Tributário Nacional e Súmula nº 546, do Supremo Tribunal Federal).
123. Portanto, as duas situações de restituição de tributos indiretos são de aplicação quase inexecutável. Daí, virem os contra-argumentos: a) se toda empresa retirasse do público consumidor todos os seus custos, inclusive os tributários, ela jamais viria a falir. Ocorre que o consumidor não é um sujeito dotado de tal passividade. Pode haver concorrência. Reflita-se, contudo, sobre a substituição tributária, onde há o efetivo repasse; b) no Brasil, não se faz a distinção feita em alguns Estados dos Estados Unidos da América do Norte, onde preço e tributo vêm nitidamente separados. No Brasil, acaso o empresário coloque um produto na prateleira simplesmente com o preço, e, no caixa, venha a afirmar para o comprador que ele deverá pagar separadamente o tributo, será denunciado ao PROCON – Proteção ao Consumidor, como um violador dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor – CDC; c) a Receita Pública procuraria não restituir o indébito tributário, nos tributos indiretos, alegando, quanto ao consumidor, chamado de contribuinte de fato pela teoria econômica, que ele é parte ilegítima para buscar a restituição (ilegitimidade processual); e, quanto ao contribuinte de direito, que ele repassou o tributo ao contribuinte de fato; d) se houvesse efetivamente o repasse, nas hipóteses onde



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



o comprador fosse isento ou imune, não deveria o vendedor pagar o tributo; mas se exige que pague. Por exemplo, se um Tribunal compra automóveis oficiais para os seus Juízes, Desembargadores e Ministros nem por isto haverá a redução tributária.

124. Quanto à figura da *inexigibilidade de outra conduta*. Será que haveria a necessidade de o contribuinte, para demonstrar o seu estado de dificuldade financeira, vir a vender as máquinas da empresa, sacrificando a viabilidade desta? Ou bastaria uma perícia contábil para verificar que não foram escondidos os fatos, e todos eles foram escriturados? De fato, a postura mais drástica poderia estar trazendo para o âmbito do direito penal o instituto da responsabilidade objetiva. Ao contrário, costuma-se fundamentar a responsabilidade penal na culpabilidade, afastando do direito penal a responsabilidade objetiva. No tempo em que era admitida como regra geral, tratava-se de uma questão filosófica. Acreditava-se que o homem era um instrumento do destino, abstraindo-se dele o livre arbítrio. Era o chamado pré-determinismo. Hoje, costuma-se entender que as penas devam incidir na medida da culpabilidade do autor (art. 29, do Código Penal brasileiro – concurso de pessoas).
125. Não se pense que as polêmicas estejam apenas na seara do direito material (direito penal tributário), pois elas também se multiplicam na esfera processual. É o caso da *denúncia genérica*. A denúncia deve apresentar a participação de cada um dos acusados, pois não há solidariedade penal pelo vínculo social. Afinal, esta solidariedade só há, no campo cível, no que respeita ao objeto social da empresa, que, certamente, não é o de praticar delitos. A alegação de que caberia a denúncia genérica, pois, durante a instrução, é que passaria a ser possível individualizar as condutas, parece descumprir com o princípio do devido processo legal, porquanto a acusação específica viria depois da defesa prévia, invertendo a ordem natural. Na verdade, o inquérito é que deve ser bem feito. Além do mais, mesmo na responsabilidade objetiva, exigia-se um nexo de causalidade entre o ilícito e o comportamento do réu. Do contrário, estaria-se caminhando para o campo da *responsabilidade objetiva por fato de outrem*. Um absurdo.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



126. A pressa é um dos principais justificadores da denúncia genérica, e tem um aparente motivo prático: a prescrição criminal. É o mesmo receio de prescrição que conduz à busca da não exigência de esgotamento das vias administrativas para que, só então, seja formulada a denúncia. Esclareço melhor o que digo. É o texto da Súmula nº 609, do Supremo Tribunal Federal: “*É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal*”. Logo, o Ministério Público pode agir sem provocação. Ocorre que, no Brasil, os crimes contra a ordem tributária deixaram de ser formais (Lei nº 4.729/65), e são de resultado (Lei nº 8.137/90). É neste diapasão que se deve ter em conta o caráter de questão prejudicial da matéria tributária frente à penal (art. 116, inc. I, do Código Penal brasileiro – causa impeditiva da prescrição). Não haveria independência das instâncias, inclusive porque não se pode abstrair a existência de motivos escusos da parte da autoridade administrativo-fazendária. Contra isto, argumenta-se com a prescrição, pois, se for necessário esperar a coisa julgada administrativa, isto poderia demorar; e inviabilizar o processo criminal. Assim, uma alternativa seria a do termo inicial da prescrição dos crimes tributários apenas ser computado a partir da coisa julgada administrativa, podendo ser aplicado o art. 116, do Código Penal brasileiro, que trata das causas impeditivas da prescrição, entre elas a existência de outro processo que ainda está por resolver questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. Além do mais, o próprio Código Tributário Nacional (art. 142) determina que é da autoridade administrativa a competência para lançar o tributo, salvo no caso de inventário, por exemplo; e não do juiz criminal, que, com a sua atuação, terminaria fazendo com que o contribuinte, intimidado, realizasse o pagamento, para, só depois, repeti-lo. Em suma, tem-se, de um lado, os partidários da questão tributária como uma prejudicial da penal; e, de outro, os da independência das instâncias administrativas. Posiciono-me em favor da prejudicialidade.
127. É sob todas estas circunstâncias que se indaga quanto ao desequilíbrio e quebra de isonomia entre o contribuinte devedor e o Estado devedor. Discute-se que se o contribuinte deve, e não paga, pode ir preso. Se o Estado deve, basta dizer que paga depois, evitando a compensação imediata, ao menos frente aos tributos lançados por declaração e de ofício.
128. No Brasil, o Estado foi o maior predador da Seguridade Social, isto porque os Municípios não repassavam as contribuições previdenciárias, descontadas dos

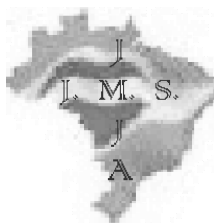


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

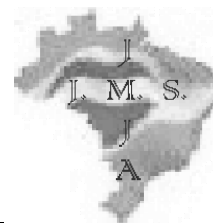


seus servidores, ao Erário; e também porque, em relação à COFIS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – 3% (três por cento) sobre o faturamento) e à CSLL (Contribuição Social sobre o lucro líquido – 10% (dez por cento) sobre o lucro), é a própria Receita Federal que as arrecada, e não o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. Este segundo fato ocorreu em função de, quanto ao FINSOCIAL, o Supremo Tribunal Federal haver afirmado que se tratava de um imposto, um dinheiro livre às iniciativas presidenciais (tributo não vinculado). Logo, deveria ser arrecadado pela Receita Federal. Como estas duas outras contribuições (COFIS e CSLL) originaram-se do FINSOCIAL, por inércia, manteve-se o procedimento de arrecadação, sem embargo de dizer que todo o dinheiro, após um percurso mais longo, deveria chegar até a Seguridade Social, sob pena de responsabilização da autoridade pública que mantivesse o entrave em contrário.

129. A presunção em favor do Fisco, em direito tributário, deve ser vista com algumas reservas, isto porque a presunção de verdade do ato administrativo é mitigada, pois não há de se falar em auto-executoriedade, haja vista a necessidade do processo de execução (Lei de Execução Fiscal – LEF nº 6.830/80). Não se deve confundir a exigibilidade com a auto-executoriedade. No caso da execução fiscal, embora a dívida ativa seja apurada e inscrita na Procuradoria Pública, e daí se extraia a Certidão de Dívida Ativa contendo os mesmos elementos do Termo de Inscrição, possibilita-se a defesa do executado mediante os embargos, mandados de segurança, ação de repetição do indébito, ação anulatória, etc. Em outros termos, é necessário cumprir com o devido processo constitucional e legal.
130. Uma outra questão que sempre ressurgiu ao tratar do direito penal tributário parece, a princípio, um tanto bizarra. É a da possibilidade de tributação sobre as consequências econômicas de um ato ilícito e a hipótese de punição por sonegação pelo não pagamento de tributos nestes casos. Por exemplo, majoritariamente, entende-se como válida a cobrança de “tributo sobre atos ilícitos” (venda de drogas, lenocínio, jogo do bicho, etc.). Bastaria que, na hipótese de incidência, houvesse licitude (adquirir renda, fazer circular mercadorias, etc.). Esta tese reforça-se, inclusive, porque, na Constituição da República Federativa do Brasil, está consagrado o princípio da presunção do estado de inocência. É o art. 5º, inc. LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Logo, após haver o



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

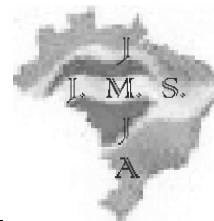


trânsito em julgado, a situação inverte-se. É o que diz o Código Penal brasileiro, ao tratar dos Efeitos extrapenais da condenação (art. 91, inc. II), entre eles o perdimento do bem. Logo, se o produto do crime é repassado em favor da União, ressalvado o direito do lesado e do terceiro de boa fé, deixa de haver base para a tributação.

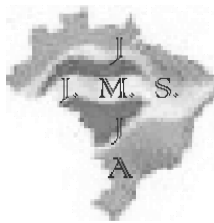
131. Historicamente, a conclusão por tributar alguém sem considerar a ilicitude originária, provocou, no Brasil, situações bem extravagantes. Exemplifico. Um advogado afirmando: “*o meu cliente é sonegador de tributo, e não um falsificador comum*”. Motivo: a pena era menor para o crime tributário. Ou então: “*o meu cliente é um contraventor (jogo do bicho), e não cabe puni-lo por sonegação tributária.*” Motivo: porque o valor do tributo era alto, e a pena da contravenção baixa.
132. Acrescente-se, ainda, dois argumentos em permanente contenda. Dizem alguns: o Estado não pode, moralmente, ser sócio de ato ilícito, pois é o que ocorre se o tributa. De outro lado: o Estado não poderia conferir um tratamento mais benéfico ao autor do ilícito, deixando de tributá-lo. Note-se que ambos os fundamentos são morais, metajurídicos. No ponto de vista jurídico, será preciso identificar a hipótese de incidência e o fato gerador.
133. No art. 11, da Lei nº 9.683, de 25.05.1998, estava prevista uma anistia para Prefeitos e Governadores em face de crimes por apropriação indébita de contribuições sociais descontadas dos servidores, mas não repassadas à autarquia previdenciária. Ocorre que, de repente, surgiu um Parágrafo Único estendendo a anistia para os empresários. Este dispositivo não foi votado pelo Congresso Nacional, mas foi publicado como se houvesse sido regularmente aprovado. Argumentou-se que, se a lei já estava em vigor, a republicação valeu como lei nova. Afinal, a publicidade seria uma garantia do cidadão. Daí, a importância da *vacatio legis*, para evitar como “*legislador potencial*” o “*servidor da Imprensa Oficial*”. Também evitaria que o Poder Executivo transferisse o ônus político para o Poder Judiciário. Entendeu o Supremo Tribunal Federal, neste caso extravagante, que teria ocorrido uma inconstitucionalidade formal. Os insatisfeitos defendiam que não caberia controle incidental de constitucionalidade contra lei revogada. Também havia quem defendesse que, no controle incidental, dá-se uma garantia em favor do



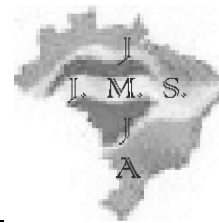
TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS



cidadão; pois a Constituição foi feita para o cidadão, e não contra ele. Note-se que, independentemente da força dos argumentos contrários à decisão do mais Alto Tribunal brasileiro, às vezes não tão consistentes, o caso bem demonstra o desejo e a necessidade de segurança.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



TÍTULO II

SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO.

1. O homem já buscou um direito ditado pelos deuses, fracionou o poder no feudalismo, concentrou-o no absolutismo, destacou a liberdade à revelia dos demais direitos, foi em busca de quatro gerações jurídicas (direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, proteção ao patrimônio genético); e, agora, depara-se com um mundo globalizado, que mantém a soberania estatal enfraquecida, e precisa não encontrar na democracia o bode expiatório da difícil missão de melhorar o seu futuro.
2. É necessário aliar a liberdade a condições de vida com dignidade. Liberdade e dignidade, provavelmente, não estejam apenas em construções teóricas, mas no desenvolvimento interior do ser humano. É preciso crescer espiritualmente. Este é o verdadeiro desafio.
3. Outro desafio: legislar com agilidade sem desprezar o método democrático. Embora reconhecendo que as decisões das assembleias costumam diluir a responsabilidade daqueles que as tomam, não me parece que a sua desconsideração ou o seu desmerecimento contribua para a composição de um caminho alternativo melhor, ainda mais em um mundo controlado pelos conglomerados econômicos transnacionais, cuja força de barganha não torna imune o pequeno grupo detentor do poder.
4. O poder concentrado já deu lições de horrores no passado. Esperar um absolutismo esclarecido, parece-me um *non sense*. O exercício do poder não santifica ninguém.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



5. O mundo da globalização econômica vem se deparando com o reaparecimento de ligações perigosas entre a religião e a vida pública, ou mesmo entre a economia e a xenofobia. Um sentimento de que aquilo que é diferente não deve ser aceito, ou mesmo deve ser eliminado. É o que o Ocidente vem chamando de *Fundamentalismo estatal*. Encontro duas perspectivas básicas para este tipo de Estado: a) Estado fundamentalista religioso; b) Estado fundamentalista econômico.
6. O “*Estado fundamentalista religioso*”, via de regra, trata-se de uma expressão pejorativa. Mas é preciso, ao menos, esforçar-se para entender este modo especial de ver o mundo. Nele, compreende-se que os ideais espirituais de um determinado grupo de pessoas merecem respaldo em suas aspirações políticas. Um governo de Deus, ou de Alá. Este ponto de vista, na situação atual, onde uma grande quantidade de pessoas pretende espalhar-se pelo mundo economicamente mais desenvolvido, mantendo a sua identidade cultural, termina por provocar rejeições de parte a parte, gerando crises políticas e respostas terroristas desesperadas, e extremamente violentas.
7. *Religião, política e sociedade* seriam uma espécie de *santíssima trindade*, conformando um todo unitário absoluto contra o qual ninguém poderia se opor sem que para isto estivesse profanando a *verdade*. Na crença firme de uma determinada *verdade*, que seria completa e sem concessões, reduções ou reinterpretações, defende-se que uma certa doutrina religiosa estaria apta para produzir o apogeu da humanidade. O apego à *idéia de verdade* forneceria o anteparo ético para a reclamação de uma autoridade suprema, onde a violência poderia ser utilizada como um modo de ação política. Assim, a religião deixaria um papel secundário e passaria ao de protagonista, transformando o ideal religioso no verdadeiro ideal político. Com isto, a pluralidade de caminhos funcionaria como um perigoso detonador da necessária identidade religiosa.
8. Movimentos como tais podem, de um lado, provocar uma redução da violência entre as populações mais pobres, diminuindo a degradação moral e familiar, mas, por outro, caso o fanatismo conquiste o seu espaço real e simbólico, pode também provocar reações violentas de insatisfação contra um mundo de matiz excludente. Esta retomada de um Estado que declara o fracasso da laicização, embora assuma um relevo todo especial entre as comunidades mais pobres, não

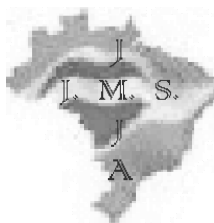


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



impede a existência de uma espécie de *alto clero*, entre as camadas sociais mais favorecidas economicamente.

9. Dentro deste movimento religioso, atacado pelo sentimento de que os males humanos são conseqüências do abandono do *verdadeiro caminho*, instituiu-se uma cultura que se coloca em posição de supremacia moral sobre as demais, pois a evolução teria um só percurso e um só modelo. Com a queda do comunismo, e com o fanatismo e o terrorismo adveio uma espécie de *crise de objetividade*, elegendo-se o Islã como um inimigo, esquecendo-se, porém, de que o Alcorão detém ensinamentos de respeito ao próximo, sendo necessário rever e aprofundar a sua leitura. É o próprio Alcorão que ensina: “*Não permita que seu ódio às pessoas o torne injusto. Seja amável; é o mais próximo de ser verdadeiramente consciente de Deus.*”
10. Acreditar que uma parte do mundo, quer seja a Ásia, a Europa, a África ou a América constitua o único berço da civilização é algo precário e hostilizante. Rejeitar as proposições e idéias do outro, marginalizando-o culturalmente, termina provocando reações de uma violência primitiva. As colonizações cultural e financeira minam as afirmações de pretensão real de um pluralismo democrático, de liberdade e de tolerância.
11. No *Estado fundamentalista econômico*, a economia é o principal fator vinculante da vida da sociedade e da política. Este tipo de Estado depara-se com um mundo onde a imigração assume uma estrutura toda especial, e particularmente numerosa. É natural, portanto, que a presença de imigrantes provoque tensões internas, e reações adversas de diferentes graus. Nestas circunstâncias, os princípios de cidadania, conquistados historicamente, e alardeados pela doutrina (liberdade, igualdade, etc.), sofrem um choque de insinceridade. Deixam de constituir paradigmas, e passam a conviver com a hipocrisia. Trata-se da aplicação do princípio utilitarista baseado na *lógica dos custos e dos benefícios*.
12. O fato de o *utilitarismo* ser injusto seria derogado pelas conseqüências de instabilidade que a presença do imigrante poderia provocar na qualidade de vida, interferindo negativamente no mercado de trabalho, nos serviços de saúde postos à disposição dos nacionais; enfim, no destino e no espaço vital do

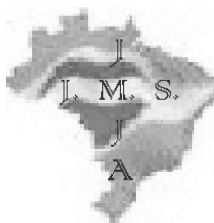


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

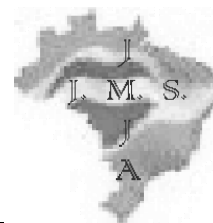


autóctone. O forasteiro seria um invasor trazendo mais custos do que benefícios. Logo, procura-se estabelecer uma evidente distância entre o “*nós*” e o “*eles*”.

13. Este perigoso fenômeno termina por legitimar o racismo e um exasperamento da xenofobia. Nesta nova “*Idade da Imigração*”, eclodem posturas preconceituosas não apenas quanto às raças, mas inclusive quanto à própria cultura alienígena. Trata-se, portanto, de um fundamentalismo estatal, no sentido de que o “*outro*” não deve ser aceito conforme a sua própria identidade.
14. Sem desconhecer o problema de estrutura, e este novo tipo de êxodo de escala mundial, desenvolvido entre os Países pobres e os ricos, é preciso adotar uma postura nítida, reconhecendo as suas conseqüências. Se, de um lado, pretende-se continuar resistindo ao fenômeno sem procurar reestruturar os problemas que configuram as suas raízes, ou se é possível refletir sobre o assunto, modificando as estruturas atuais. Não se pense que este dilema seja pouco preocupante, ou que apenas interesse aos Países pobres, que não pertencem ao *coração do mundo*.
15. Resolver a questão da cidadania em um sistema que reconhece direitos e deveres por categorias de imigrantes, transparecendo uma diferenciação social baseada em critérios mistos de nacionalidade e de potencial econômico, é um embate a que o Estado do século XXI não poderá fugir.
16. Tornar vulnerável ao mercado a cidadania nos Países pobres, mantendo-a indefesa contra os abusos, constitui uma forma de fazer padecer a democracia, em razão de um sentimento que o homem precisa se libertar: o egoísmo. Por outro lado, o imigrante, embora esteja querendo ser aceito, provavelmente não deseje, ou não consiga, desligar-se da sua identidade e da sua prática cultural.
17. Dentro do ponto de vista de um *Estado fundamentalista*, isto seria inconcebível. Aceitar o dessemelhante poderia implicar em violência contra a sua estabilidade interna. Permitir ao imigrante adquirir todos os direitos, conservando a sua identidade cultural, faria quebrar a *noção de pureza*, permitindo a mistura entre raças, credos religiosos, etc. Enfim, aboliria as formas de preconceitos e de discriminações. Evidentemente que isto requer convicção educacional e cultural,



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



e a ausência de receio de discutir a verdade que se entende como única. Portanto, educação, cultura e uma forte dose de evolução interior.

18. Superar a lei como limite do poder, e enxergá-la também como o impulso da atuação administrativa é algo que, na realidade brasileira e possivelmente mundial, ainda é uma ilusão. O poder costuma, de fato, ser exercido *com, sem ou contra* o direito. Para ele, o direito parece um entrave; ainda mais ao poder concentrado e com tendências ao absoluto.
19. Se o homem pensou um dia em dividir o poder para conquistar a liberdade; agora, precisa reorientá-lo senão em busca da igualdade, ao menos, para conferir condições dignas de subsistência.
20. Não desconhecendo a presença freqüente do Poder Executivo na seara legislativa, e não apenas nas situações de crise ou de absoluta excepcionalidade – que poderiam ser resolvidas mediante os regulamentos existentes para os estados de defesa e de sítio (Brasil), mas também atingindo a execução de programas de governo, é indevido deixar uma expansividade ilimitada para qualquer um dos Poderes, independentemente de serem três ou mais.
21. O equilíbrio democrático atual depende da resolução deste problema. Para alguns, poderia bastar a intervenção do Poder Legislativo suplementar e posteriormente, e a adoção do controle judicial nas hipóteses de superlativo excesso jurídico. Ocorre que a democracia não se limita ao sufrágio eleitoral, podendo ser estendida ao exercício do poder. Eis o caso bem sucedido, em alguns dos Estados do Brasil, do denominado “*orçamento participativo*”. Mas participação popular exige informação; e boa informação.
22. O problema não é o de ser o orçamento participativo, ou não. Mas o de saber **quem participa** ou deva participar na sua formulação e na sua execução. Discutir sobre o carácter impositivo ou autorizativo do orçamento significa esclarecer sobre o mau uso político que se faz do mesmo quando se o transforma em mera peça de ficção, autorizando algo que jamais se pretendeu realizar. Defende-se os princípios certos pelas causas erradas, investindo o direito financeiro na categoria de um *continente escuro* e aberto a indiferenças enfraquecedoras da democracia. A utilização social da informática, mediante o



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



oferecimento ao público dos chamados “*grandes números*” (pagamento de juros, gastos com servidores públicos, aposentados e pensionistas, transferências para Estados e Municípios, benefícios da previdência social, gastos com saúde, superávit primário, dispêndios com educação, fundo de combate à pobreza, etc.) é uma tentativa de combater este estado de coisas.

23. Em todo o mundo, o Poder Executivo, sob alguma alcunha, legisla. É o decreto com valor de lei ordinária, na Itália; o decreto-lei, em Portugal, na Espanha, na Argentina, no Chile, no Paraguai, no Uruguai; o estado de necessidade legislativo, na Alemanha; os poderes extraordinários presidenciais e o regulamento autônomo, na França, etc.
24. Com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca. Este raciocínio, também, aplica-se às medidas provisórias brasileiras, que não se tratam de delegação legislativa; mas de transferência constitucional do poder de legislar.
25. Cabe ao Poder Judiciário brasileiro tornar efetivas as normas constitucionais, o que é um encargo bastante honroso; e, muitas vezes, difícil. A Constituição foi feita para ser aplicada.
26. Não basta uma *boa Constituição* para que dela se faça bom uso. A obediência a princípios jurídicos depende e atesta o grau do estágio em que se encontra a sociedade. Isto vale não apenas para os que vêm em expresso, mas também para aqueles que podem ser, implicitamente, extraídos do sistema. A efetividade da Constituição, e de seus princípios, encontra-se em direta conexão com o grau de amadurecimento cultural do povo, pois é o que determina o ímpeto das pessoas na defesa dos seus direitos. Com o desprestígio à educação, não haverá consciência cívica ou jurídica.
27. A alardeada crise da Constituição escrita é um reflexo de um Estado que se demonstra inerte diante das carências que não consegue suprir, sendo perigoso uma *Carta apenas para juristas*, pois a indiferença manifestada pela população poderá inviabilizar a efetividade (*real concreção do comando normativo*) do Texto.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



28. Defendi uma *classificação móvel* para as Constituições, pois considero que, nos dias de hoje, normalmente, o que define uma Constituição não é o seu texto, mas a sua efetividade, que poderá variar no tempo. Dentro da classificação proposta, a *Constituição-ficção de Estado de Direito de Carta*, ou apenas de papel, seria aquela portadora de uma quase completa ausência de participação popular consciente. É a dotada do mais alto grau de inefetividade. A *Constituição-ficção de Estado de Direito de Expectativa* seria aquela que permite que se preveja um futuro de efetividade, em face do estágio em que se encontra a sociedade que regula. Quanto menos for alterada, maior será a possibilidade de se ver respeitada e acatada. A *Constituição Efetiva* seria aquela que funciona, não sendo conhecida, apenas, por juristas; mas por fração prevalente da sociedade.
29. A uma primeira vista, poder-se-ia dizer que, no parlamentarismo, o Governo, sendo responsável perante o Parlamento, depende da sua confiança e do seu apoio para governar. Haveria uma responsabilidade política do Governo perante o Parlamento, e deste perante os eleitores. O Parlamento retirando a sua confiança no Governo, este último, simplesmente, cairia. Seria uma espécie de investidura de confiança. Advindo um voto de censura ou uma moção de desconfiança, a consequência seria a necessidade de um novo Governo. Também poderia ocorrer que, em vez da exoneração dos membros do Governo, prefera-se apurar a confiança do povo, dissolvendo-se a Câmara, e se convocando eleições extraordinárias parlamentares. Assim, instalada a crise, a mesma poderia vir a ser resolvida com menores traumas para a democracia, em face da flexibilidade do sistema. Contudo, se este foi o modelo mais difundido, parece ser ele incompleto diante da efetiva prática parlamentar. O parlamentarismo contemporâneo convive com quedas de Conselhos de Ministros não por falta de confiança parlamentar, mas pelo mero desfazimento das coligações partidárias que sustentam o Governo.
30. Não se deve atribuir ao presidencialismo a razão das crises brasileiras, embora o parlamentarismo, aparentemente, pudesse apresentar-se como um instrumento prático com maiores alternativas. Faço esta afirmativa, inclusive porque não é possível o esquecimento de que o Brasil é, ao menos formalmente, uma Federação. Assim, a dominação dos vencedores sobre os vencidos não é total, pois o quadro político federal pode inverter-se nos âmbitos estaduais e municipais. Afora o fato de que os vencidos também podem vir a receber cargos

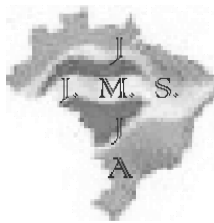


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

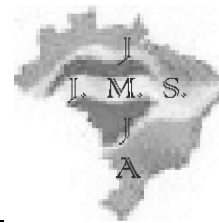


públicos como uma maneira de compensação pela derrota e manutenção da *fidelidade* com os detentores do poder.

31. Um dos problemas principais é que a escolha de um sistema de governo não deve ficar ao sabor de *ambições menores*. Os pequenos Partidos ou correntes partidárias alternativas buscam o parlamentarismo imaginando compensar a debilidade institucional pela articulação política. Os principais Partidos ou candidatos pretendem o presidencialismo, já tradicional no Brasil, confiantes no êxito eleitoral e na competência administrativa de com os seus poderes resolver os defeitos do governo herdado. Os desafetos dos principais candidatos, no âmbito do poder político ou na mídia, postulam a mudança da estrutura “*oligárquica presidencialista*”, a rejeitando mediante a apresentação de *exemplos históricos*. Enfim, defende-se interesses pessoais sob a aparência de atender às necessidades nacionais.
32. Contudo, no parlamentarismo, o menor grau de personalização facilitaria a superação de um Governo mal sucedido e esgotado. Imagine-se em que situação não estaria um Presidente da República, no sistema presidencialista, que, começando o seu mandato, e não tendo a maioria no Parlamento, encaminhasse um Plano de Governo, por medidas provisórias, que têm caráter urgente, e elas fossem rejeitadas.
33. Mesmo não havendo saído vitorioso o parlamentarismo, a Constituição de outubro de 1988 fortaleceu, ao menos formalmente, o Legislativo, ampliando as suas atribuições. Isto ocorreu, em grande parte, em face do trauma deixado pela ditadura militar pós-1964.
34. A primeira Constituição do Brasil que tratou de prever as *medidas provisórias* foi a de março de 1824 (art. 179, XXXV), mas as limitava a situações de *rebelião e de invasão de inimigos, assim pedindo a segurança do Estado*.
35. Na Constituição de 05 outubro de 1988 (art. 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), o decurso de prazo passou a ser motivo de rejeição dos Decretos-leis remanescentes à ordem jurídica anterior, desde que editados até 02.09.88. Os posteriores foram convertidos em medidas provisórias sem



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



qualquer previsão de reedição. Isto constituía um forte indício da necessidade de interpretação restrita que mereciam estas medidas.

36. Os exageros cometidos mediante o instituto do Decreto-lei, no Brasil, chegaram ao ponto de, durante a vigência da Constituição do Estado Novo, de novembro de 1937, haver sido editada a Lei Constitucional nº 09/45 (*epitáfio do Governo de GETÚLIO VARGAS*), exatamente com base no art. 180 desta Constituição, que regulava os Decretos-leis. Logo, a experiência dos intervalos autoritários, inclusive abaixo dos Atos Institucionais pós-1964, não serve de fundamento para a interpretação das medidas provisórias atuais, senão para advertir sobre os erros do passado.
37. O Decreto-lei surgiu, no Brasil, em um Estado de teor fascista (*Estado Novo*), onde o predomínio do Executivo saltava aos olhos. Era o Estado do Conselho Federal, uma espécie de Senado sem voto popular. Na verdade, governava-se sem Constituição. A Constituição seguinte (*setembro de 1946*) não os previu, havendo um intervalo sem os Decretos-leis. Foi desta época o Plano de Metas de JUSCELINO KUBITSCHEK (1956-1961), que fez com que o Brasil tivesse um crescimento efetivo, aproximadamente, três vezes maior do que o do restante da América Latina no mesmo período. Tudo isto sem os Decretos-leis ou as Medidas Provisórias. Assim, eles podem ser úteis, mas não são imprescindíveis, conforme demonstra a história nacional.
38. Os Decretos-leis, que surgiram e se extinguíram com o Estado novo, apenas retornaram com os Atos Institucionais do regime ditatorial pós-1964. Foram os Atos Institucionais nºs. 02/65 e 04/66, cujas origens autoritárias foram apontadas, que recobriram para eles um espaço que haviam perdido no ordenamento jurídico brasileiro.
39. A Constituição de janeiro de 1967 dispunha sobre as matérias passíveis de intervenção por Decreto-lei. Eram aquelas relativas às finanças públicas e à segurança nacional, desde que não resultasse em aumento de despesa. Além disto, advertia pela propriedade da sua adoção apenas em casos de urgência ou de interesse público, que são conceitos difíceis de serem definidos. No Brasil, pós-1964, foram expedidos 17 (dezessete) Atos Institucionais e 73 (setenta e três) Atos Complementares.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



40. Entre os Atos Institucionais brasileiros, merece especial destaque o Ato Institucional nº 05 (AI-05/68), que facultou ao Presidente da República decretar o recesso parlamentar quando julgasse conveniente, estando autorizado a legislar em todas as matérias neste período. Foi diante de tantos Atos Institucionais e Complementares que restou outorgada, por uma Junta de Militares, a Emenda Constitucional nº 01/69, sob o argumento de adequar a ordem jurídica nacional aos Atos existentes, fortalecendo o Executivo. Nesta Emenda, que pela sua dimensão e importância chega a ser chamada de nova Constituição, o Decreto-lei poderia ser empregado, desde que não houvesse aumento de despesa, em matérias sobre segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias; criação de cargos públicos e fixação de seus vencimentos.
41. Durante o período de vigência da Constituição de 1967/69, permaneceu o decurso de prazo como uma manifestação positiva de vontade do Congresso Nacional, porquanto havia norma expressa neste sentido. No entanto, merece ser referida a Emenda Constitucional nº 22/82, que conferiu a ele um período maior para que se pronunciasse sobre a iniciativa do Executivo.
42. Reconhecendo as circunstâncias históricas, a Constituição de outubro de 1988 chegou a fazer várias citações esparsas, que tinham por objeto impedir as medidas provisórias em determinados assuntos, ou a partir de certas épocas. Logo, não havia uma completa ausência de limites materiais. Além do que, na apreciação do Congresso Nacional de cada medida provisória, deve-se consagrar um juízo sobre a relevância e a urgência (requisitos de admissibilidade – art. 62, § 5º), para, posteriormente, partir-se para a averiguação prévia dos pressupostos de constitucionalidade.
43. Quanto ao estágio original do regime jurídico brasileiro, reconheci os seguintes limites materiais negativos:
- a) foi vedada a utilização das medidas provisórias para regular a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º, na redação da Emenda Constitucional nº 05, de 15.08.95);
 - b) foi vedada a utilização de medida provisória na regulamentação de artigo constitucional alterado por meio de Emenda promulgada a partir de 1995, o que

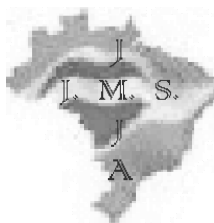


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



era bastante importante dado o grande número de Reformas Constitucionais (art. 246. Este artigo foi aprovado duas vezes. As duas aprovações, como foi dito anteriormente, decorreram das Emendas Constitucionais n^{os}. 06 e 07, ambas de 15.08.95. Atualmente, conta com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional n^o 32, de 11.09.2001, estando limitado no tempo, pois vigindo desde 1^o.01.1995 até 11.09.2001);

- c) foi vedada a utilização de medida provisória na regulamentação do Fundo Social de Emergência. Este Fundo implicava em recursos que, prioritariamente, deveriam ser recolhidos para o custeio das ações governamentais nos sistemas de saúde e de educação. Os Estados e os Municípios costumavam criticá-lo, fundamentalmente, porque ele retirava porção da receita que lhes deveria ser repassada (*art. 73, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Já foi objeto de duas Emendas Constitucionais, a saber: Emenda Constitucional de Revisão n^o 01, de 01.03.94 e Emenda Constitucional n^o 10, de 04.03.96*). É o mesmo que, atualmente, ocorre com a DRU – Desvinculação das Receitas da União (*Emenda Constitucional n^o 27, de 21 de março de 2.000*);
- d) não se pode mudar o Texto Constitucional por medida provisória;
- e) se o Presidente da República não dispuser de competência constitucional para a iniciativa de Projeto de lei sobre uma matéria, também não poderá sobre ela regular pela via da medida provisória;
- f) pelo caráter de urgência que deve investir toda medida provisória, tenho como incompatível a sua utilização nos assuntos constitucionalmente submetidos ao princípio da anterioridade tributária (*art. 150, inc. III, al. “b” e art. 195, § 6^o. Ver, ainda, o art. 35, § 2^o, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que fixa prazos de encaminhamento do projeto de plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento*). De onde se conclui não pela impossibilidade total de serem utilizadas medidas provisórias em matéria tributária; mas pela incompatibilidade da medida provisória toda vez que houver a exigência do prazo constitucional de espera. Ao contrário do que defendo, faço registrar que o Supremo Tribunal Federal vinha pacificando a sua posição de que o prazo requisitado pelo princípio da anterioridade tributária deveria computar o período a partir da primeira edição da medida provisória, acaso a



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



mesma viesse a ser convertida em lei. No regime jurídico atual, onde não subsiste o decurso de prazo, ainda, com maior vigor, será, quase sempre, uma incógnita a aprovação de uma dada medida provisória (vide a disciplina sobre o *sobrestamento* das Casas do Congresso Nacional – art. 62, §§ 6º);

- g) não faz sentido dizer que não caibam medidas provisórias em matérias passíveis de regulamentação até mesmo por decreto. A questão, aí, não é de descabimento; mas de falta de interesse por utilizá-la;
 - h) quanto à matéria criminal, defendo que não caiba a utilização de medidas provisórias para criar novos tipos penais, ou para aumentar as penas (vide direito penal tributário). Assim propugno não porque sejam impedidas às medidas provisórias as mesmas matérias que estejam defesas às leis delegadas, mas porque a liberdade perdida jamais será reparada, apresentando-se insuficiente qualquer reposição econômica. A perda da liberdade é algo definitivo, e as providências de caráter acautelatório, tal como vejo as medidas provisórias, não devem trazer conseqüências sem reposição equivalente. Pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, restou vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal e processual penal.
44. As dificuldades brasileiras não vão ser resolvidas a golpes de medidas provisórias, inclusive em matéria tributária, pois um dos principais problemas nacionais não está, simplesmente, na falta de dinheiro, mas, principalmente, na sua má distribuição. A heterogeneidade do Brasil reduz a representatividade das médias nacionais.
45. As exceções devem ser havidas como restritas (*segurança jurídica*). É com base neste adágio que se vem recusando a existência de medidas provisórias estaduais, distritais e municipais. A realidade nacional não pode ser desconsiderada pelo intérprete. O Brasil é um País com um número enorme de municípios, não sendo recomendável o incentivo à multiplicidade das medidas provisórias por disposição inexistente; ou, na melhor das hipóteses, implícita. Não reconheço esta possibilidade nem explícita, nem implicitamente.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



46. A Constituição da República brasileira foi formulada mediante a colaboração direta da cidadania, sendo preciso distinguir entre o uso e o abuso de qualquer instituto jurídico.
47. Não são necessárias, ao Brasil, tentativas de imitação, ou que se adote uma única matriz constitucional. O mundo precisa conviver com a multilateralidade, pode conviver sem excessivas padronizações escravizantes a um tom monocórdico, que, muitas vezes, desconhece as realidades sociais de incidência.
48. O fim político da Constituição de outubro de 1988 foi o da retirada dos amplos poderes do Executivo, prestigiando-se o Legislativo. A Constituição foi o instrumento a serviço deste fim.
49. É equivocado tratar a atual medida provisória como se fosse o antigo Decreto-lei, pois isto implicaria em postular igualdade para o que é desigual. Os ambientes de nascença foram, radicalmente, opostos. Com o excesso na edição destas medidas, mesmo os especialistas em temas cada vez menores não têm o exato controle do que está em vigor. Sendo reeditadas com sutis alterações, funcionavam tais como revistas que trazem o *jogo dos sete erros*; ocorre que compõem a legislação de um dos mais importantes países do mundo, o Brasil.
50. Não se pode atribuir à Constituição a manutenção dos excessos normativos quer do Judiciário (*resoluções*), quer do Executivo (*medidas provisórias*), pois ela garante ao Congresso Nacional a autoridade para zelar pela preservação da sua competência, em face da atribuição normativa dos outros Poderes (art. 49, inc. XI). E não é só, pois, além do instrumento do decreto legislativo, foram fornecidas imunidades materiais e processuais aos parlamentares. O Congresso Nacional deve ser um personagem ativo no Estado Democrático de Direito brasileiro, não se identificando com a estampa de mero aprovador de vontade.
51. Também o Judiciário poderá deter participação ativa no campo dos excessos cometidos através de medidas provisórias, não apenas pelo juízo negativo de constitucionalidade; mas também pela compreensão mais ou menos abrangente que vier a dar ao mandado de injunção, indo para além do aconselhamento moral, tal como, atualmente, restringe-se na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Já são vários os Acórdãos do Supremo



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



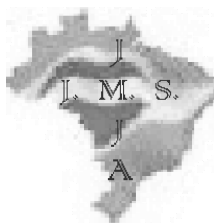
Tribunal Federal que, analisando mandados de injunções, fixam prazos para que se supra a omissão congressual, estabelecendo, desde logo, a possibilidade de ação econômica reparatória. O mesmo poderia ocorrer quanto à ausência de regulamentação sobre as medidas provisórias não convertidas em lei, mas que produziram efeitos desde a edição, especialmente no campo tributário.

52. Tive como vedada a reedição de medidas provisórias, na mesma sessão legislativa, quando rejeitadas, anteriormente, pelo Congresso Nacional (vide, agora, o art. 62, § 10). As medidas de repulsa a este procedimento devem ser tomadas pelo Congresso Nacional, através dos decretos legislativos; e pelo Judiciário, nas hipóteses em que for, processualmente, provocado. Afinal, até mesmo o Projeto de lei rejeitado não pode ser reapresentado na mesma sessão legislativa, senão por proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67).

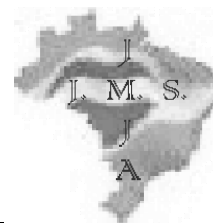
53. Não se conhece o direito de um lugar apenas passando por um estágio transitório de uns poucos meses. É necessário trabalhar com ele. Vê-lo desenvolvendo-se no seu dia-a-dia. Se não for assim, apenas se colherá impressões superficiais. É preciso colher o instituto no Brasil, no seu desenvolvimento conjunto com os demais problemas que assolam a sua sociedade. Isolá-lo é um equívoco. Isto não significa que o estudo dos direitos estrangeiros não possa fornecer úteis sugestões à interpretação e à aplicação de cada direito positivo nacional. Tanto as semelhanças, quanto também as diferenças terminam por ajudar o jurista na formulação dos seus juízos críticos. Se, antigamente, este raciocínio era válido, tanto mais será hoje com o fenômeno da globalização, que vem implicando na aproximação dos sistemas jurídicos. Nada é isolado no direito. A cada dia a sociedade tem o desafio de se superar, e o direito também.

54. Com o objetivo de sistematizar o histórico dos trabalhos legislativos, e de sugerir o que, em meu ponto de vista, ainda pode ser feito em torno das medidas provisórias presidenciais, relaciono:

38.1. Primeiro, o resultado da colheita histórica de *lege ferenda*, junto ao Congresso Nacional:



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



- a) apenas ficaria vedada a reedição de medida provisória, toda vez que o Congresso Nacional, por decreto legislativo, declarasse a cessação da sua eficácia, disciplinando os atos praticados na sua vigência;
- b) haveria a ampliação da Comissão Mista Permanente Única de Senadores e Deputados, respeitada a proporcionalidade partidária ou de blocos parlamentares, para a emissão de Pareceres sobre cada uma das medidas provisórias editadas, de maneira a orientar a votação pelo Plenário das Casas Legislativas (*Câmara dos Deputados e Senado Federal*);
- c) o Presidente da República deveria comunicar ao Presidente do Congresso Nacional a adoção de cada medida provisória com 48 (*quarenta e oito horas*) de antecedência. A exceção a isto deveria vir fundamentada na Exposição de Motivos de cada medida. Contra isto, há a refutação de que a comunicação com antecedência é incompatível com a natureza urgente e relevante da medida, que traria, em si, embutida a necessidade absoluta de sigilo prévio;
- d) interditar-se-ia, expressamente, a adoção de medida provisória versando sobre matéria penal, ou proibidas à lei delegada ou complementar;
- e) incluir-se-ia, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o abuso na utilização das medidas provisórias. Esta Proposta partiu de um ex-Presidente da República, quando ainda era Senador: ITAMAR FRANCO;
- f) fixar-se-ia um prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional viesse a editar o decreto legislativo necessário para a regulamentação das relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida em lei, total ou parcialmente. Já admitindo a hipótese deste prazo não vir a ser cumprido, determinar-se-ia que, neste caso, seriam conservados os efeitos decorrentes da medida provisória na parte não convertida. Sobre a necessidade da edição do decreto legislativo, há propostas mais radicais que advogam a paralisação dos trabalhos do Congresso Nacional, caso não deliberasse sobre as relações jurídicas advenientes da medida provisória que perdesse a eficácia;
- g) entre as matérias, expressamente, vedadas às medidas provisórias, incluir-se-iam as normas sobre processo penal;



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



- h) propõe-se que, expressamente, fique determinado que não se pode subordinar os efeitos jurídicos de uma medida provisória a eventos futuros, que estejam para além dos trinta dias constitucionais (Parágrafo Único, art. 62 – Texto originário), o que tem particular importância em relação aos tributos que se encontrem sujeitos ao princípio da anterioridade pelo exercício financeiro (art. 150, inc. III, al. “b”), ou ao princípio da anterioridade nonagesimal das contribuições em favor da seguridade social (art. 195, § 6º).

38.2. Agora, passo às sugestões que apresentei:

- a) a medida provisória, não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo que se estenderia para 60 (sessenta) dias, deveria, no dia subsequente ao do encerramento deste, poder ser reeditada. O prazo de eficácia da medida reeditada seria limitado a 30 (trinta) ou 60 (sessenta) dias. De algum modo, isto foi acolhido pela Reforma;
- b) a medida provisória rejeitada por haver o Congresso Nacional considerado como inexistentes os pressupostos da relevância e da urgência, deveria ser, automaticamente, convertida em Projeto de lei, ao qual ficaria assegurado o regime de urgência, tal como está consignado no § 2º, do art. 64, da Constituição de outubro de 1988;
- c) a medida provisória, rejeitada pelo Congresso Nacional por algum outro motivo, poderia, ainda na mesma sessão legislativa, ser reapresentada, desde que, obviamente, compatível com a Constituição; porém, expurgada dos defeitos encontrados pelo Congresso, se o fundamento permitir esta adequabilidade;
- d) outra alternativa seria aquela que chamei de “*rejeição construtiva*” pelo Congresso Nacional, exigindo-se dele, quando da rejeição de uma medida provisória, ainda mais quando não houvesse direito anterior, que, simultaneamente, aprovasse o decreto-legislativo correspondente.

55. Defendo que a utilização do termo *medida provisória* teve por objetivo esconder, em um nome sem tradição entre os brasileiros, este instrumento; pois, assim, reduzia-se os debates e as polêmicas que, naturalmente, seriam suscitadas pela sua inclusão constitucional. Forte indício neste sentido considero que seja a



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



sua não inclusão, entre as normas do processo legislativo, até a Redação Final da Constituição de outubro de 1988.

56. As medidas provisórias têm força de lei, mas não são leis. Não são leis completas, pois ainda estão em formação. No direito brasileiro, conforme larga jurisprudência, também têm força de lei alguns convênios tributários interestaduais, a sentença de mérito transitada em julgado, etc.
57. Quando a Constituição de outubro de 1988 quis falar em lei complementar, ela nem sempre o fez de maneira expressa, haja vista artigos como: art. 5º, inc. II; art. 174, § 2º. Para concluir isto, basta que se coteje outros artigos constitucionais, como, por exemplo, o art. 146, inc. III, al. “c”; art. 192, “caput” e inc. VIII. Assim o é porque não basta conhecer a norma isoladamente, é preciso conhecer o sistema em que ela se enquadra. Portanto, quando se afirmava que não cabia à medida provisória tratar de matéria reservada, constitucionalmente, à lei complementar, pelo fato de o art. 62, apenas fazer referência à *força de lei*; e não à *força de lei complementar*, esquecia-se de que, em várias outras oportunidades, a Constituição referiu-se ao termo *lei* no sentido de *lei complementar*.
58. No direito constitucional brasileiro, não é possível estabelecer uma hierarquia “*a priori*” da lei complementar em relação à ordinária com base no quórum qualificado de maioria absoluta (lei complementar), pois mais qualificado é o quórum constitucional dos três quintos. É a Constituição que determina se uma matéria deve ser expedida por lei complementar ou ordinária. Também o argumento topográfico não altera em nada esta conclusão, pois decidir por uma interpretação em face da mera localização de um preceito é uma visão estreita; e, não poucas vezes, errada. Além do mais, nem sempre o quórum qualificado é o maior obstáculo de formação de uma lei, cabendo perquirir sobre hipóteses em que a *iniciativa privativa* de um Órgão, verdadeiramente, impede o início do processo legislativo.
59. Não é possível, no sistema constitucional brasileiro, confundir a medida provisória com a lei delegada. Logo, não são extensíveis às medidas provisórias as proibições veiculadas, constitucionalmente, para as leis delegadas; pois ambas (*lei delegada e medida provisória*) constituem espécies legislativas



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



autônomas. Esta posição repercute, fortemente, no campo tributário, graças a uma série de matérias desta índole atribuídas ao âmbito da lei complementar; tal como, por exemplo, o fazem os arts. 146; 155, § 2º, inc. XII etc; todos da Constituição da República brasileira.

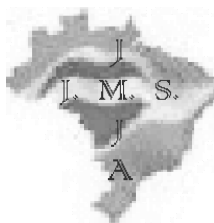
60. A medida provisória tanto poderia versar sobre matéria de lei ordinária, quanto também de lei complementar (vide a alteração do texto da Reforma, art. 62, § 1º, inc. III). Naturalmente, que, convertida em lei, a medida provisória deixa de ser provisória, e torna-se efetivamente lei. Isto porque se, dentro do prazo constitucional, o Congresso Nacional transformasse a medida provisória em lei, estaria, simplesmente, cumprindo com um procedimento de criação legislativa; o que seria, perfeitamente, regular. Esta nova lei deve ser tratada sem preconceitos ou perseguições hermenêuticas.
61. A proibição dos efeitos repristinatórios (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil) apenas se coloca quando se trate de lei revogando lei, o que não é o caso das medidas provisórias. Medida provisória não é lei senão após a sua conversão. De tanto, caso não seja convertida, não haverá de se falar em repristinação da lei revogada. Isto por um motivo singelo: não houve revogação. Medida provisória não revoga lei.
62. A medida provisória opera a sua eficácia desde a edição, suspendendo os efeitos da lei que lhe for contrária; isto porque opera sob condição resolutiva. A condição resolutiva é a sua não conversão, pelo Congresso Nacional, no prazo fixado constitucionalmente. A lei contraditada, no entanto, está sob condição suspensiva, pois, se a medida provisória não for convertida em lei, neste prazo, ela voltará a produzir efeitos. O marco é um só: a não conversão da medida provisória em lei no prazo constitucional.
63. Mesmo durante a vigência do regime jurídico do Decreto-lei, GERALDO ATALIBA já se referia aos seus *efeitos precários*, porque dependentes de aprovação. Com bem maior razão, resta concluir pelos tais efeitos precários no novo sistema, dado que as medidas provisórias não podem vir a ser aprovadas por decurso de prazo.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



64. Defendo a inexistência de responsabilidade objetiva por atos legislativos, dado que não há nenhuma referência constitucional a isto. De fato, todas as leis devem atender a critérios de isonomia, sob pena de incorrerem em vícios de favoritismos e perseguições. Desta ordem, mesmo não sendo necessário à lei ser geral e abstrata, precisaria ser isonômica; ou, dito de outra maneira, precisaria atender ao rumo constitucional.
65. Sobre a responsabilidade do Estado pela edição de medidas provisórias, postulo:
- a) a medida provisória é, normalmente, impessoal, não provocando, por si, prejuízos; ou, ao menos, estes não são concentrados em um só indivíduo. O que pode acarretar os danos é a aplicação da medida;
 - b) se a medida provisória for considerada inconstitucional pelo Poder Judiciário, tenho como, perfeitamente, possível, desde que se comprove o prejuízo concreto; a busca, na via judiciária, da reparação econômica;
 - c) se a medida provisória for considerada inconstitucional, quando da sua análise pelo Congresso Nacional, deve o mesmo, mediante decreto legislativo, dispor sobre as situações constituídas durante a medida. Em nome do princípio da segurança jurídica (irretroatividade), não poderá haver prejuízo. Em havendo, é devida a reparação;
 - d) se a medida provisória for havida, pelo Congresso Nacional, como não atendendo aos requisitos constitucionais da relevância e da urgência; em face de, atualmente, o Supremo Tribunal Federal considerar estes pressupostos como detendo, em via de regra, caráter meramente político, bastaria a recusa do Congresso Nacional, e a comprovação do prejuízo concreto, para habilitar uma ação indenizatória.
66. Os sucessivos Planos Econômicos, que vêm se multiplicando desde a década de 80 no Brasil, tiveram, ao menos, um ponto comum. Foram veiculados por Decretos-leis ou por medidas provisórias que, por vezes, eternizaram-se no tempo. Assim, mesmo que não tenham consciência disto, os brasileiros médios interessam-se, muito de perto, pelo tratamento que se venha a dar a este instrumento provisório presidencial; pois ele diz respeito às suas vidas diárias,



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



tal como ocorreu com o Plano Collor I, quando, repentinamente, promoveu-se o bloqueio de quase todos os seus recursos nos Bancos. Isto, evidentemente, para aqueles que tinham algum dinheiro depositado. Mais recentemente, com o racionamento de energia elétrica, novamente o mesmo veículo destacou a sua importância.

67. Os Planos Econômicos foram os responsáveis pela enorme contenciosidade que, hoje, atinge o Brasil. Vieram à tona palavras como tablita, desindexação, deflação, indexadores econômicos, absorção temporária do poder aquisitivo da moeda, inflação real; mas, também, direito adquirido, Constituição, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal.
68. As medidas provisórias já trataram sobre quase tudo no Brasil (*venda de veículos populares, por exemplo*), e continuam a ser editadas com grande velocidade, provocando um sentimento de permanente ignorância, erodindo o Estado de Direito. Melhorar isto é tarefa conjunta do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dos Advogados; enfim, de todos aqueles que se preocupam com o Brasil. É preciso combater a previsão de que a Constituição, embora continue com o corpo, vai perder a alma, tal como o excomungado das Ordenações Filipinas (Título VII, do Segundo Livro).
69. Merece receber reflexão a experiência brasileira do *orçamento participativo*, a democracia em exercício, e não limitada ao sufrágio eleitoral. Um contra-ponto da medida provisória, que, ao lado da democracia representativa, traz à baila esta outra fisionomia democrática. Trata-se de um modo próprio de pensar o poder, repartindo-o, inclusive em termos de responsabilidade pela opção escolhida. Esta prática pode provocar um crescimento na auto-estima das pessoas em geral, e especialmente nas mais necessitadas do amparo estatal, quebrando, assim, a indiferença e a certeza de que um Texto Constitucional, e as leis que o circundam, não passam de papéis autorizadores somente da descrença.
70. O orçamento participativo não deve ser uma construção que obstrua a democracia representativa. Bem ao contrário. Discutir a maneira de elaborar o orçamento e de executá-lo é um instrumento importante na função histórica de fiscalização parlamentar, evitando ou diminuindo a corrupção não apenas dos escalões administrativos inferiores, pois são eles que, na verdade, constroem



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



tecnicamente a peça orçamentária, mas também pode funcionar como um desestimulador das já famosas “*obras inacabadas*”. Se houve empenho do dinheiro público, em uma construção ou algo similar, simplesmente abandoná-la seria uma atitude irresponsável e prejudicial ao Erário. Por outro lado, se um governo subsequente justifica que não pretende continuar com a obra nos termos anteriormente avençados, e comprova que assim procede pois ela foi superfaturada, é preciso responsabilizar os corruptores e os corrompidos, não se tratando de desídia a descontinuidade da fraude.

71. Tudo isto tem a ver com a mídia (comunicação social), pois, na vida moderna, ela é uma importante formadora da opinião pública. Logo, se as empresas de comunicação mantiverem laços fortes com os corruptores, provavelmente advirá o silêncio sobre a realidade.
72. Portanto, ao se falar em orçamento participativo, nisto há uma necessidade de inclusão do próprio Parlamento, pois não é inusual um Parlamentar votar o orçamento desconhecendo-o, bastando para isto que haja sido contemplado em uma pretensão menor, de caráter meramente eleitoral.
73. Dentro desta idéia geral, é importante que não haja superposições de atribuições nem entre as pessoas políticas que compõem a Federação brasileira, nem tampouco entre os órgãos que integram uma mesma pessoa. Se não houver uma supervisão bem definida, a consequência será a destruidora concorrência entre os Ministérios e os seus Ministros, sobretudo entre aqueles que têm pretensões políticas. Portanto, organizar bem o Poder Executivo é uma prioridade para uma razoável execução orçamentária.
74. Outro problema é o “*subfaturamento*”. A questão é a de que, saindo de uma licitação um preço inexecutável, com justificativas que buscam esconder as circunstâncias, termina-se por estendê-lo no exercício posterior; o que provoca a dilatação de obras e serviços que estavam previstos para alguns meses, e terminam sendo executados, quando o são, após vários anos.
75. A dimensão territorial do Brasil e a sua organização política municipal podem funcionar como um excelente pano de fundo para a construção deste diferente ponto de vista do poder (democracia orçamentária). É possível a construção

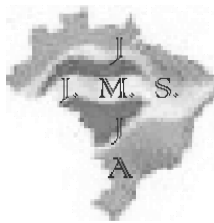


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

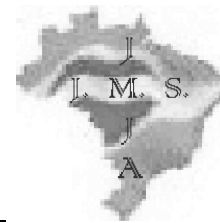


gradativa da experiência desde os Municípios, passando pelos Estados, para, só depois, acaso aprovada, atingir a União. Talvez, tão importante quanto achar a resposta seja procurá-la, aperfeiçoando o possível, evitando retrocessos por um poder absoluto, que tantos horrores já provocou. Vide, no Texto, a “*Linguagem do Orçamento Participativo – OP*”.

76. Seria possível imaginar que o Governo federal poderia dispor sobre os “*grandes números*” (macroaglomerados) a serem aplicados na saúde, na educação, na segurança pública, no saneamento, etc. Diante da realidade numérica, seriam fixados percentuais por Estado-membro. Ultrapassada esta etapa, viriam as Assembléias Legislativas estaduais e as Câmaras de Vereadores municipais a discutirem e fixarem obras prioritárias. Note-se que a manifestação social em todo este processo não é sinônimo de desordem. Apenas, procedendo com critérios mais democráticos, estaria-se evitando a vala comum de que aos amigos tudo, aos inimigos a morte, e aos indiferentes a aplicação equilibrada da lei.
77. Em alguns Municípios brasileiros, vem sendo possível o efetivo controle popular, durante o exercício do poder, à revelia de sistemas presidencialistas ou parlamentaristas. Até mesmo porque os Prefeitos municipais e os Governadores estaduais não dispõem de medidas provisórias que lancem os seus projetos de governo para posterior ratificação parlamentar. É a complementariedade da democracia representativa pela democracia participativa.
78. O esquema logístico do *orçamento participativo* vem, muitas vezes, permitindo que se faça mais com menores recursos, ao menos do ponto de vista da escolha popular. Ao que parece, o grau de êxito costuma variar com a menor ou maior continuidade da Administração, e também com o nível de expectativas que a comunidade mantém por resultados imediatos. Também deve ser dito que, quanto maior o envolvimento da comunidade, menor será o risco de frustrações, porquanto, sendo conhecedora das dificuldades enfrentadas, menos exigente e mais seletiva se torna.
79. Quanto mais permanente e habitual este sistema o for, maior será a possibilidade de esta participação evitar o compasso de uma crítica comum à democracia - o tumulto, evitando, também, os políticos que constroem as suas carreiras pelos



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



desvãos das minorias controladoras do Estado. Um dos divisores de águas do êxito global desta iniciativa, além da necessidade de apoio da mídia, certamente, será o recém-descoberto mundo da Informática. Contudo, não há uma fórmula pronta para cópias mecânicas e automáticas. É preciso planejá-la, tomando em conta as circunstâncias do seu meio de aplicação, descabendo a mundialização apática.

80. Sobre o Orçamento Participativo (OP), realizei uma pesquisa de campo, indo até algumas comunidades. Na maior parte dos municípios brasileiros, o lidar com o orçamento era algo, praticamente, inexistente. Por vezes, havia apenas uma cópia do Orçamento municipal, em algum lugar da Câmara de Vereadores (Poder Legislativo); e só. A peça orçamentária funcionava como uma simples ficção, o que colaborava decisivamente com o fisiologismo, pois se, de um lado, o Prefeito (Chefe do Executivo), nestes termos, poderia consagrar as reivindicações dos Vereadores, pois não havia compromisso com a realização da *promessa legal*; por outro, os Vereadores poderiam dizer aos seus eleitores que haviam feito as suas partes. Um *jogo de faz de conta*.
81. Esta maneira de agir retirou qualquer possibilidade de confiança no orçamento confeccionado. Primeiro, porque dele, quando muito, apenas se tinha notícia. Depois, porque ele era destituído de efetividade. Inexistindo o Orçamento Participativo (OP), salvo melhor juízo, as dificuldades de tornar o orçamento algo próximo da realidade serão ainda maiores.
82. De um certo modo, Chefes de Executivos municipais, que não hajam conseguido formar maioria no Legislativo para aprovar os seus Projetos, e não dispondo das medidas provisórias, terminam conseguindo governar pela pressão direta da população (*cidadania ativa*). É natural que isto possa incomodar os parlamentares eleitos, que podem se sentir reduzidos como interlocutores do povo. Uma espécie de lide pragmática entre a democracia representativa e a participativa. Em face disto, há propostas que defendem a participação popular direta não apenas até o encaminhamento da proposta orçamentária pelo Executivo para o Legislativo; mas que ela prossiga durante o próprio processo legislativo.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



83. De fato, a *cidadania ativa*, não estancando a democracia no sufrágio eleitoral, mas a estendendo ao exercício do poder, traz a possibilidade de os políticos continuarem em campanha durante todo o mandato. Isto traz riscos, como, por exemplo, de os opositores encaminharem para as Plenárias pessoas com o só objetivo de provocar entraves. Ocorre que a prática, por enquanto, vem demonstrando que, a despeito desta realidade, a maioria interessada nos projetos reais de melhoria termina por identificar a insincera cidadania participativa.
84. A democracia participativa é algo difícil, e exige trabalho bem planejado. Os problemas não são poucos. Como convidar a comunidade para as Plenárias? Onde fazer as reuniões? Como escolher os delegados-representantes? Como capacitar os delegados-representantes em uma população que pode ter um baixo nível educacional? Como formular os questionários que devem ser respondidos pela população? Todas estas perguntas foram enfrentadas em minha análise, concluindo que é preciso, para perseguir o propósito da democracia participativa, ter tenacidade, paciência e perseverança.
85. Na divulgação das Plenárias, a mídia de massa (televisões, rádios, jornais) não vem contribuindo de maneira tão decisiva, salvo melhor juízo, porque as despesas de divulgação são controladas, não se pretendendo transformar as Plenárias em comícios custeados pelos cofres públicos. É de ser frisado que os custos da consulta popular sobre o orçamento vêm sendo baixos.
86. A capacitação dos delegados eleitos é de vital importância para o êxito do procedimento. Neste aspecto, vislumbra-se uma plurivocidade impressionante, pois, ao lado de alguém semi-alfabetizado, é possível encontrar pós-graduandos compondo uma comunidade heterogênea, mas com um objetivo comum: discutir o que fazer com o dinheiro dos tributos, após pagar os encargos municipais. Vários Cursos sobre orçamento municipal, em linguagem simples, já foram ministrados, por Universidades e instituições congêneres, aos delegados escolhidos pela comunidade.
87. Tendo havido a capacitação, e divulgados os números, muitas vezes preocupantes, de previsão da receita pública, passa-se a pensar em como incrementá-los. Aqui, a Lei de Responsabilidade Fiscal vem apresentando uma efetividade impressionante, pois, embora haja repetido alguns comandos



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



constitucionais tradicionalmente inefetivos, pelo fato de a nova legislação subconstitucional conter sanções, vem recebendo um respeito atípico. É como venho dizendo: não se deve confundir hierarquia com efetividade.

88. Verificar as Plenárias discutindo como incrementar a arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU), do imposto sobre serviços (ISS), do imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI), a respeito das taxas, vem sendo uma experiência possível em alguns municípios do Brasil. Siglas como FPM, FUNDEF, ICMS, IPVA vêm deixando de ser palavras confusas, de conteúdo nebuloso, para pertencerem à coloquialidade necessária à construção de obras de saneamento básico, pavimentação de ruas, construção de escadarias nas comunidades de morro, iluminação pública, construção de unidades habitacionais, equipamentos de postos de saúde, equipamentos esportivos, etc.
89. Esclarecer o que seja o orçamento e as possibilidades e os limites de escolha das comunidades é uma tarefa em contínua construção. Logo, parece conveniente que, ao menos nas duas primeiras experiências de confecção dos orçamentos municipais, o mandato dos delegados prolongue-se por dois anos, de modo a aproveitar melhor a capacitação colhida nos Cursos que realizaram.
90. Entre o espaço de generalidade da plataforma eleitoral e a escolha concreta que se pretende fazer com o Orçamento Participativo (OP) estabelece-se um compromisso muito mais intenso entre o Executivo e a população. Assim, a menor generalidade poderia aprofundar a frustração na hipótese do não atendimento de uma determinada expectativa. Evitar que isto ocorra é uma tarefa que precisa ser cuidadosamente desenvolvida, inclusive porque a idéia do Orçamento Participativo (OP) não se esgota na confecção do orçamento, até mesmo porque um novo já começa a ser projetado, propiciando aos delegados a permanente cobrança de realização do anterior. Logo, se não for possível atender a uma ou mais prioridades, é imperioso que haja um diálogo sincero entre as partes. Quanto maior for a sinceridade, talvez possa ser menor a frustração.
91. A sinceridade é fundamental por uma questão ética e porque o incremento da receita também passa pelo orçamento, podendo a aplicação de institutos como o da progressividade, naturalmente antipatizados pelos atingidos, ser uma das



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



saídas possíveis. Também se considera que a natural apatia de alguns cidadãos poderia vir a ser reduzida quando vierem a verificar que a *cidadania ativa* vem produzindo resultados visíveis para aqueles que a exercem; bem como para as suas comunidades. Acredita-se que, evitando obras inúteis ou não prioritárias, e priorizando a soma de idéias com a população, permitiria-se um melhor planejamento em relação às despesas públicas.

92. Certamente, não é uma tarefa fácil apresentar as carências da Administração pública frente aos severos problemas da saúde e da educação no Brasil, por exemplo. Vencer o lugar-comum de que “isto não vai dar em nada” é algo tão ou mais difícil. Escolher, entre as prioridades, aquelas que atingirão, positivamente, mais pessoas, ou pessoas mais carentes, é algo que requer a colaboração do bom senso da democracia representativa, já tão esgarçada. Ocorre que, para aqueles que acreditam na democracia, este caminho parece merecer uma tentativa empenhada; e muito trabalho.
93. A opção por líderes messiânicos, quase religiosos, em muitas oportunidades não passa de uma questão de oportunismo, egocentrismo e ignorância. A aplicação gradual da democracia participativa no Brasil é um equipamento de ensaio que precisa ser acompanhado sem preconceitos e perseguições. Afinal, é possível dar certo.
94. Não se trata apenas de ter confiança no Presidente da República, ou no Congresso Nacional; é fundamental ter confiança no Poder Judiciário e no povo, aperfeiçoando um novo ponto de vista do poder. Afinal, nem sempre a Constituição é o que a Corte Suprema decide que é.
95. Incentivar a educação e desenvolver a consciência fiscal não se resume a despertar no cidadão a vontade de aprender sobre o sistema tributário em que está inserido. Trata-se de algo ainda maior, sendo fundamental desenvolver, nos próprios servidores da Receita (federal, estadual, distrital e municipal), a idéia da função social do tributo.
96. O controle social sobre a gestão dos recursos públicos em benefício da população e do pagamento voluntário dos tributos será tanto maior quanto menor o for a descrença e o desrespeito para com o patrimônio público. O bem

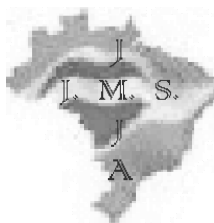


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE
DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO
DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO



comum e o bem privado não devem estar divorciados na cultura da comunidade. O cidadão precisa estar convencido da importância da sua contribuição. O empresário precisa verificar, na prática, que pagar a integralidade dos tributos que deve, e estimular os seus pares a assim proceder, não se trata apenas de uma política da própria subsistência, mas é a sua maior contribuição com fatores sociais como a educação, a saúde e a segurança. Logo, a informação sobre o destino dos recursos arrecadados funciona como um estímulo, por um lado, para o questionamento e para a verificação da utilidade e existência dos investimentos sociais (uma apropriação legítima de poder); e, por outro, para a voluntariedade da adimplência com o Fisco. É a interação da ética com a utilidade.

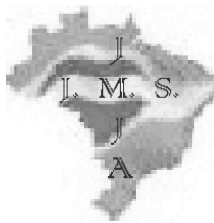
97. É na mente da criança que um País pode ser plantado. Entre os anos de 1971 e 1980, foi desenvolvido, no Brasil, o chamado “*Programa Contribuinte do Futuro*”, buscando conscientizar os estudantes através da educação fiscal, com a pretensão de construir uma nação justa e igualitária. Mesmo entendendo que a idéia sofreu e se enfraqueceu com a aplicação prática, não me parece que possa ser desconsiderada em um passado escondido da história. A divulgação foi extremamente tímida, passando quase despercebida das crianças da época. Contudo, havia, ao menos, um esboço de iniciativa. Atualmente, malgrado as boas intenções, a área federal ainda não conseguiu transformar em realidade os seus objetivos nesta área, permanecendo afastados do Brasil federal os *Brasis estaduais e municipais*.



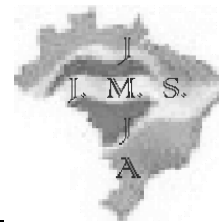
TÍTULO III

SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS. SILÊNCIO ELOQUENTE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

1. Sem a dogmática, qualquer debate torna-se alheio ao Direito e à Ciência Jurídica.
2. Temas difíceis como o das lacunas, dos silêncios eloqüentes (v.g.: reedição das medidas provisórias brasileiras em face do Texto originário de outubro de 1988), dos conceitos indeterminados (v.g.: relevância e urgência); e outros tantos mais, não podem desconhecer a garantia constitucional estampada, entre os direitos fundamentais, de que a segurança jurídica é um direito individual e coletivo, cujas expressões constitucionais são havidas como cláusulas irremovíveis do ordenamento jurídico nacional (*art. 5º, “caput” e art. 60, § 4º, inc. IV, ambos da Constituição de outubro de 1988*).
3. Na ponderação dos valores, na indagação das razões universais fundantes dos modelos possíveis e na perquirição sobre o significado da ação do jurista no ato interpretativo, encontro o grande relevo da Filosofia do Direito. É preciso superar as atitudes extremadas, onde o filósofo se vanglorie, enfaticamente, da quase inutilidade das suas pesquisas para o jurista; e este, por sua vez, encontre, na Filosofia, um mero adorno. A indagação da tábua de valores que fundamenta a ordem jurídica positiva garante uma íntima conexão entre a Ciência do Direito e a Filosofia.
4. A busca por uma Filosofia do Direito, que não seja exclusivamente acadêmica, não é uma iniciativa solitária. É devido evitar a *ventania romântica* de uma filosofia, meramente, acadêmica. Naquilo que escrevi, tentei tomar a orientação de procurar a experiência jurídica na sua integridade, esforçando-me por não estancar em pontos finais; reconhecendo que é próprio do homem não se



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO III - SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS. SILÊNCIO
ELOQUENTE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS



contentar com as precárias criações do seu engenho. Se assim o é fora do direito, também, em seu domínio, é natural que não se contente com as criações juspositivas, lutando por aperfeiçoá-las.

5. Afasto a idéia de que seja possível encontrar uma solução monocórdica para os problemas jurídicos, partindo de pseudototalidades que destaquem a realidade do seu contexto. É preciso evitar a obscuridade contemplativa, e admitir que o direito não costuma ser descoberto em deduções fáceis, e isto não se aplica tão somente às lacunas, aos silêncios legais e aos conceitos jurídicos indeterminados. A Ciência Jurídica não pode ser exata por inteiro, pois a exatidão absoluta, se é que ela existe, cabe aos deuses; e não aos homens. Até mesmo as leis da física remetem a cálculos de probabilidades (*sistema de probabilidades*).
6. Sem nenhuma segurança, não há direito, nem bom, nem mau; talvez de espécie alguma.
7. O estudo da pauta exemplificativa concreta das medidas provisórias fornece uma noção importante sobre as instabilidades por que passa o direito no Brasil.
8. As lacunas jurídicas apresentam duas funções básicas, que seriam a de impossibilitar os magistrados de dizerem que não julgam, porquanto não encontrem normas para regular o caso concreto; e a de tornar justificável a atividade do Legislativo, que, naturalmente, tem por função precípua a de legislar. Sublinhando que o direito não é apenas norma ou fato, postulo que o desencontro entre eles e os valores predominantes em um certo local e momento histórico também pode justificar a presença de lacunas. Isto porque o direito é aberto e mutável não apenas no campo da doutrina, mas no da própria ordem jurídica objetiva, permitindo a sua atualização pelo processo histórico.
9. Quando se defende a possibilidade de integração do sistema jurídico, por uma necessidade ético-política, é preciso que se esteja advertido de que se corre um outro risco, que é o de que a norma específica, criada pelo intérprete, seja, também ela, *injusta*.



10. O ondulamento de valores não implica em que não se possa pretender alguma previsibilidade, ou segurança, estando a idéia de sistema mais propícia a garantir este princípio do que a irregular multiplicidade de normas singulares e desconexas. Contudo, e exatamente em face da arguição do conceito de sistema, é que grande parte da Jurisprudência brasileira não parece tão tranquila quanto à aceitação das lacunas e contradições, remetendo ao Judiciário a harmonização. Quando muito, admite-se a lacuna na legislação, que seria suprida mediante a *analogia legis*, em nome do princípio constitucional da isonomia; pois casos semelhantes devem ser regulados por normas também semelhantes.
11. Quando se atribui ao Juiz a função subsidiária de preencher os espaços vazios ou *confusos*, não está-se igualando-o ao legislador, nem ferindo o princípio constitucional da distribuição das funções; mas, apenas, admitindo-lhe uma função subsidiária, no exercício da qual não poderá afastar-se das pautas que lhe são submetidas pelas normas legisladas. É função do Judiciário extrair da Constituição tudo o que dela pode ser legitimamente retirado, sendo ela o ponto de partida do direito estatal, e da sua interpretação ou integração.
12. O problema peculiar do Brasil é o de que, sendo tão elevado o número de Emendas Constitucionais, está-se a perpetrar um verdadeiro *desmonte da Constituição*. Assim, vem sendo enfraquecida a idéia de que, quando o Judiciário, processualmente, decide o caso concreto, com isto, firma um precedente que, mesmo o Supremo Tribunal Federal, reluta a dele se afastar. Este fenômeno eleva a instabilidade jurídica.
13. A freqüente mutação legal, e constitucional, reduz a previsibilidade do direito brasileiro, dando margem à constante possibilidade de espaços vazios. É um paradoxo. Quanto mais se legisla, maiores as possibilidades de lacunas no direito brasileiro.
14. À proporção em que o Presidente da República edita medidas provisórias em maior difusão, elas podem perder a eficácia, se não forem convertidas em lei, quer pela ultrapassagem do prazo constitucional, quer pela rejeição, resultando o dever do Congresso Nacional de editar um decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. No entanto, sem o decreto legislativo, e não havendo direito anterior, restaria o vazio, preenchível pela via do mandado de



injunção; ou continuaria em vigor a própria medida. Do contrário, comporta-se a referência da medida provisória como uma fábrica de lacunas jurídicas.

15. Destaco uma sugestão neste tema: a utilização do expediente processual do mandado de injunção, que, segundo alguns Acórdãos do Supremo Tribunal Federal, poderia resultar em uma ação econômica reparatória, acaso não fossem cumpridos os prazos fixados, sem que isto implicasse no prejuízo de o decreto legislativo ulterior vir a retroagir para beneficiar o indivíduo.
16. Ao menos em direito público, defendo que o dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico, que reside no enunciado de que *tudo aquilo que não está proibido, está permitido*, é algo que não merece ser aplicado, sob pena de se violar o princípio da legalidade. As normas de ordem pública residem no domínio do “*deve fazer assim*”, e não no do “*pode fazer assim*”. Para que o Estado possa agir, exige-se uma regulamentação permissiva positiva, conferindo-lhe uma competência vinculada ou discricionária. É esta a advertência que tenho em conta.
17. Quantas vezes um princípio constitucional for atacado, tantas vezes deve ser reafirmado na sua força axiológica, sendo a sua afirmação um vetor relevante do sistema.
18. No Brasil, em se tratando de reedição de medida provisória, e em face do Texto originário de outubro de 1988, quando a Constituição não disse foi porque não quis dizer, não cabendo às autoridades públicas reescrever a Constituição, senão pelo processo regular de Emenda Constitucional. É o silêncio como manifestação de vontade. A autoridade pública não tem o mesmo espaço de liberdade do cidadão comum na gerência do seu dia-a-dia.
19. A Constituição, como sendo a *lei mais robusta do sistema jurídico*, é que deve garantir as demais normas do mesmo sistema; e não o contrário. Interpretar a Constituição conforme as leis traz em si o perigo de a interpretação ser inconstitucional. Ora, se assim o é em relação à atividade hermenêutica, muito menos reconheço ao Judiciário a faculdade de se substituir ao Constituinte, até porque só há juiz nos limites da Constituição e das leis processuais, não havendo autoridade judiciária para ir além. No Brasil, estão proibidos os juízes e os



tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII). Pretender, explícita ou implicitamente, o contrário implica em advogar o absolutismo dos juízes; o que é tão reprovável quanto qualquer outro.

20. Ao se falar em lacunas constitucionais, é preciso tomar bastante cuidado com a usurpação inconstitucional do Poder Constituinte. O intérprete não se deve comportar como um *ventríloquo da Constituição*.
21. É especialmente relevante distinguir entre o silêncio intencional, remetendo a Constituição ao legislador dispor sobre uma certa matéria, daquele outro onde não se disse porque nada havia a dizer. No silêncio eloquente, a Constituição não disse porque considerou que nada havia a dizer. Assim, neste último caso, não cabem os mandados de injunções, as ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, não apenas em razão do pressuposto processual da legitimidade ativa; mas, também, porque se trata de hipótese de silêncio eloquente. Em direito público, tal como o Constitucional, com maior razão sublinho o silêncio como manifestação de vontade.
22. Na recente história constitucional brasileira, existia o decurso de prazo implicando em aprovação do Decreto-lei; o que veio a ser extinto na Constituição de outubro de 1988. A justificativa para tanto foi a de considerar que se tratava de uma manifestação autoritária proveniente de períodos de intervalos democráticos.
23. O Poder Constituinte originário, ao silenciar sobre o decurso de prazo e sobre a possibilidade de reedição das medidas provisórias, conhecia o assunto, e a sua alta relevância; e, mesmo assim, nada dispôs sobre a reedição. Foi o caso de um silêncio eloquente. Assim, nesta hipótese, subsistia uma fronteira intransponível à analogia, simplesmente porque não havia o que integrar.
24. Este impedimento do Diploma originário à reedição das medidas provisórias não significa que não se possa discutir a alteração do Texto Constitucional, de modo que sejam introduzidos, constitucionalmente, os casos e os limites da reedição destas medidas, se se reconhecer esta como a melhor via para a realidade nacional.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO III - SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS. SILÊNCIO
ELOQUENTE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS



25. Quando o silêncio implicou em autorização, a própria Constituição de outubro de 1988 esclareceu neste sentido, tal como o fez no art. 66, § 3º, permitindo a sanção presidencial tácita.
26. Segundo o que defendi, mesmo mantendo o Texto Constitucional originário, era possível reduzir, sensivelmente, a inflação normativa no Brasil, tornando a coerência do sistema e a previsibilidade das consequências das condutas dos cidadãos algo mais próximo da realidade. Mas a lógica jurídica não é autônoma, tomando em conta uma mediação de valores expandida no conflito de interesses que cerca cada caso. Contudo, na moldura apresentada originariamente na Constituição de outubro de 1988, defendi a impossibilidade teórica da reedição das medidas provisórias.
27. De *lege ferenda constitucional*, uma das soluções razoáveis seria aquela em que a vedação das reedições ocorresse nos casos em que houvesse sido aprovado o decreto legislativo declarando a cessação da eficácia, e disciplinando os atos jurídicos realizados durante a sua vigência. Isto diminuiria a possibilidade de obstrução das pautas das Casas Legislativas.
28. É intensamente discutida a tese de que se a medida provisória não foi apreciada no intervalo do prazo constitucional é porque o Congresso Nacional não considerou a matéria relevante e urgente. Portanto, o decurso de prazo funcionaria, agora, como uma forma de recusa. Contrapõe-se a isto o argumento de que se era autoritário o decurso de prazo como uma maneira de aprovação do Decreto-lei, também o seria como uma forma de rejeição de medida provisória.
29. Nos termos da Resolução nº 01/89, do Congresso Nacional, o silêncio no prazo dos cinco dias, quanto à relevância e a urgência (*requisitos de admissibilidade das medidas provisórias*) implica no reconhecimento dos mesmos pelo Congresso Nacional (art. 5º). Contudo, nos termos do art. 17, desta Resolução, o silêncio congressual, para além do prazo constitucional, implica em perda de eficácia da medida. Contra o silêncio como manifestação positiva da relevância e da urgência há Proposta de Reforma da Resolução nº 01/89, datada de 1996, alterando o critério; e fazendo prevalecer o Parecer da Comissão Mista incumbida de analisar cada medida provisória editada pelo Presidente da República.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO III - SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS. SILÊNCIO
ELOQUENTE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS



30. Defendo que o silêncio congressional, na aprovação das medidas provisórias, também pode vir a ser resolvido pela manutenção dos efeitos já ocorrentes, no período constitucional, e mediante a prevalência do Parecer da Comissão Mista, que teria a incumbência de colocar, em anexo ao seu Parecer, na hipótese de o mesmo ser contrário à medida, um Projeto de Decreto Legislativo, que poderia vir a ter efeitos retroativos, desde que não fossem prejudiciais aos indivíduos atingidos pela medida provisória sob análise. Com isto, haveria um estímulo para o próprio Presidente da República defender a apreciação no prazo constitucional. Afinal, se o Parecer lhe fosse favorável, a medida seria aprovada com o beneplácito do Congresso Nacional, conjugado pelo próprio Parecer. Se lhe fosse contrário, seria do seu interesse submetê-lo ao Plenário de cada uma das Casas Legislativas (*Câmara dos Deputados e Senado Federal*). Deste modo, evitaria-se o estratagema de impedir o escoamento do prazo constitucional, sempre reeditando a medida provisória antes do seu encerramento, tornando este prazo algo absolutamente indeterminado.
31. A posição vitoriosa, no Supremo Tribunal Federal, em favor da reedição das medidas provisórias fez com que estas medidas não estivessem submetidas a prazo algum. Creio que isto sabotou a determinabilidade e a calculabilidade jurídicas. A jurisprudência não deveria tornar indeterminado algo que, naturalmente, não o era. Não deveria a jurisprudência construir um novo prazo, que, pela sua indeterminação, provocou um conflito entre o processo prático e a previsibilidade constitucional. Os juízes não foram eleitos, não detendo poderes de criação jurídica tão largos.
32. As palavras não passam de rótulos das coisas. Foi o que me veio à tona com bastante intensidade, em Portugal, onde várias expressões que julgava conhecidas passaram a ter um significado completamente diverso. O nome que se atribui a algo não muda a sua natureza. No entanto, quanto maior for a determinação daquilo que se fala (*uniformidade*), maior também será a segurança na comunicação; especialmente, no campo tributário, que é repleto de expressões técnicas.
33. Esta é a trilogia que postulo: *uniformidade – determinabilidade – segurança*.



34. O uso comum ou convencional não deve ser afastado senão quando for realmente necessário, porquanto haja a exigência de tornar mais preciso algo que se apresenta vago e ambíguo. Para ser adotado o neologismo, exige-se, em minha análise, algumas circunstâncias, como:
- a) a inexistência de palavra, dentro do uso comum ou convencional, que diga aquilo que se quer falar;
 - b) existindo a palavra, verifique-se que ela detém tantos significados, ou é tão vaga e imprecisa, que provocará confusão no discurso.
35. É necessário, para diminuir a *luta de palavras* recorrer-se ao contexto; ou, melhor dito, ao sistema. Assim, caberá ao intérprete uma margem de atualização, o que não implica em uma *carta branca*, pois isto seria insensato e antijurídico.
36. A determinabilidade legislativa, conformada na uniformidade das interpretações, é um corolário do princípio do Estado Democrático de Direito. Não falo, aqui, na matematização dos raciocínios jurídicos, em jurimétrica ou em coisa que o valha, pois isto, ao contrário do que possa parecer, não eliminaria as dificuldades existentes.
37. A busca do contexto e da uniformidade deve ocorrer inclusive quanto a termos aparentemente simples, como “*pai*” e “*filho*”, pois a mesma pessoa pode estar como pai, em uma relação; e, como filho, em outra.
38. Exige-se o conhecimento da realidade normativa com a qual se trabalha, mesmo que isto possa resultar em frustrações (revogações constantes etc), embora o conhecimento da realidade positiva não deva implicar em servilismo a ela.
39. Defendo que a recepção acrítica de significados para termos ou leis é algo equivocado, pois todos os homens são imperfeitos e falíveis, ainda mais quando estão no exercício do poder. Governar ou decidir não melhora a natureza humana; pois, bem ao contrário, é comum trazer à superfície defeitos particulares ocultos, como o autoritarismo, a adoração de si mesmo etc.



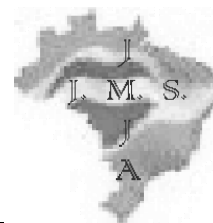
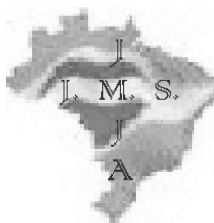
40. É preciso escolher um sistema de referência como tela de confronto para aquilo que se afirma. A lei é o ponto inicial do intérprete, e a Constituição é a norma em relação à qual todas as leis devem respeito. Realmente, não basta conhecer as leis; mas não se deve ignorá-las.
41. O meu sistema de referência foi o direito brasileiro, marcadamente o tributário, e concluí pelos perigos que podem decorrer da recepção automática de institutos de um outro sistema de referência, como, por exemplo, um determinado direito estrangeiro.
42. Destacando a importância do sistema de referência para a construção jurídica, tomei um caso de ALBERT EINSTEIN, que, agora, reproduzo:
- a) imagine-se um longo trem (*comboio*) com uma lâmpada ao centro, viajando à velocidade da luz;
 - b) nele, haveria um viajante, e, fora dele, um lavrador a observar o movimento do comboio;
 - c) quando a luz acende, as portas abrem.

Estes são os fatos.

Ocorre que, embora diante de fatos rigorosamente coincidentes, pela variação dos pontos de referência (passageiro e lavrador), as percepções são, materialmente, diversas. Através de cálculos matemáticos, consegue-se comprovar que o que foi simultâneo em um sistema (passageiro), foi sucessivo em outro (lavrador).

Em resumo, até o tempo relaciona-se com o sistema referencial.

43. *Nada é mais prático do que uma boa teoria, sendo o jurista o ponto de intersecção entre a teoria e a prática. Esta é a idéia-mãe: ou se conhece o objeto, ou não se conhece, não havendo diferença entre a teoria e a prática, pois o que existe é o conhecimento do objeto.*



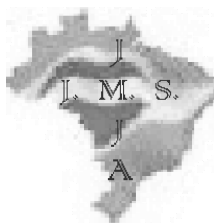
44. Um determinado dispositivo ou instituto jurídico pode funcionar em um país, e não funcionar em outro. Não se pode relegar a realidade histórico-social.
45. É, geralmente, necessária a utilização de várias normas, simultaneamente, para resolver um caso concreto. É de posse deste conjunto de normas que se forma uma nova *norma*, que busca resolver a contenda judicial. Por este enfoque, esta nova norma será sempre implícita ao sistema, porquanto não encontrada, expressamente, em nenhum artigo de lei.
46. Leituras diferentes do mesmo sistema jurídico serão possíveis, o que não é de provocar surpresa; pois o direito se apresenta como um objeto cultural, verificando-se, nele, a presença de valores realizáveis, não sendo um produto pronto em parte alguma.
47. A arguida indeterminação das palavras de hoje pode ser melhor conduzida acaso venha a ser pensada em torno dos debates do passado. O direito é tarefa que não se encerra historicamente, sendo até a Súmula de jurisprudência também interpretável, não se podendo punir o juiz porque a interpretou. As palavras da lei não são determinadas *a priori*, embora uma relativa previsibilidade não seja uma atividade para além do conhecimento do homem. Em certas situações, contudo, o esforço poderá ser maior, ao menos, considerando a expressão legal abstrata. Refiro-me aos chamados conceitos indeterminados, às cláusulas gerais e aos tipos menos densos.
48. Particularmente, quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, embora possa haver alguma vaguidade, não os vislumbro como expressões vazias; pois terminam garantidas pela uniformidade das decisões judiciais. É em face da fundamentação que se permite o controle da atividade do intérprete-aplicador. Haveria como que um tipo jurisprudencial real, que não é permanente; mas é previsível.
49. Quer através de conceitos determinados ou indeterminados, cláusulas gerais, tipos mais ou menos densos, etc. não pode o órgão julgador esquecer de que, dificilmente, ele aplicará uma norma isolada ao caso concreto. Terá de fazer o retorno do seu raciocínio à norma constitucional como um todo, pois é este o seu ponto de partida, a sua tábua de referência positiva.



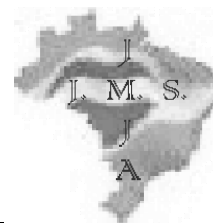
TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO III - SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS. SILÊNCIO
ELOQUENTE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS



50. Pensando assim, de logo se afasta o temor de transformar o Judiciário em um órgão acima dos demais, pois ele também deve obediência à Constituição, respondendo perante os seus termos. Sem a possibilidade de responsabilização, não cabem ser atribuídos poderes. Em um Estado Democrático de Direito (*art. 1º, da atual Constituição*), o *poder* depende da existência da *responsabilidade*. Um não vive sem o outro, sob pena de advir o arbítrio e a mais completa insegurança.
51. Na Constituição de outubro de 1988, *relevância* e *urgência* (*requisitos de admissibilidade das medidas provisórias*) são juízos políticos formulados conjuntamente pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, sendo inafastável a necessidade de uma Exposição de Motivos para cada medida a ser editada.
52. Contudo, as medidas provisórias estão sujeitas à sindicância geral de constitucionalidade, que poderá ser, normalmente, aferida pelo Judiciário. Nesta seara, defendi que a urgência exigida pela medida provisória ultrapassa àquela que pode ser atendida mediante a ordinária solicitação de urgência, pelo Presidente da República, para a análise de Projetos de leis de sua iniciativa. Se for suficiente a apreciação urgente do Projeto de lei, não haverá a urgência habilitadora da medida provisória. Isto porque o art. 62, da Constituição de outubro de 1988, que dispõe sobre as medidas provisórias, não pode ser visto isoladamente, merecendo o cotejo do art. 64, do mesmo Diploma.
53. Se a solução puder ser dada por lei, não cabe o recurso à medida provisória. Fazer o contrário, implica em fraudar a Constituição, salvo quando se estiver em períodos regularmente previstos de recesso do Congresso Nacional. Enfim, os conceitos jurídicos indeterminados (*a priori*), na análise de cada caso (*a posteriori*), podem ser melhor demonstrados.
54. A temperança da isenção da categoria de juízo político para os conceitos de relevância e urgência chegou a ser feita, em alguns poucos casos, pelo Supremo Tribunal Federal. Salientei três situações onde este Tribunal admitiu falar em censura jurisdicional da relevância e da urgência, argumentando pela possibilidade de discutir estes conceitos, no âmbito sistemático, e em hipóteses marcadamente excepcionais.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO III - SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS. SILÊNCIO
ELOQUENTE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS



Creio que o caso de maior destaque refira-se à alterabilidade do regime jurídico da ação rescisória, onde, por medida provisória, ampliou-se o prazo decadencial de dois para cinco anos, quanto à propositura desta ação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como pelas suas respectivas autarquias e fundações públicas.

Esta mesma medida criou, ainda, em favor destas entidades públicas uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças indenizatórias de expropriação, que trouxessem valores, flagrantemente, superiores aos preços de mercado (Medida Provisória nº 1577-6/97).

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inexistência da urgência quanto à ampliação, por medida provisória, das hipóteses de rescindibilidade; considerando-a duvidosa quanto à extensão do prazo de propositura da ação rescisória. Nestes termos, a liminar requerida foi deferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Discussões processuais como esta, normalmente, têm como pano de fundo o tema das receitas públicas, onde as tributárias merecem especial relevo.

55. É de receber repulsa o expediente que vem sendo apelidado de *enxerto*. Esclareço melhor o que digo. Um texto de uma medida provisória poderá, realmente, conter um assunto urgente, não se podendo aproveitar desta circunstância para se incluir, na mesma medida, um outro que não o seja. É a violação desta recomendação que se chama de *enxerto*. Trata-se de uma questão de boa fé legislativa.
56. Defendo que as medidas provisórias têm caráter acautelatório, não devendo trazer conseqüências sem reposição equivalente; pois a relevância da medida presidencial não poderá desconhecer os direitos constitucionais, que não podem ser afastados senão segundo as estreitas barreiras do próprio Texto Constitucional (vide Estado de Defesa – art. 136 e Estado de Sítio – art. 139). A Constituinte deixou os seus rastros de democracia, que não devem ser apagados com a instalação de um ordenamento jurídico provisório. Afinal, é preciso distinguir entre a regra e a exceção.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



TÍTULO IV

A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE FISCAL.

1. No Brasil atual, existe uma ânsia de mudar, gerando a aparência de que nem mesmo o que é bom presta. Tudo deveria mudar. Não é isto o que defendo.
2. A importância do Poder Legislativo, ou do Executivo quando legisla, não está no número de leis que produz. Um Poder com funções legislativas não é bom porque legisla muito, mas porque o faz na medida certa.
3. Para se tomar a iniciativa de elaborar uma norma, é preciso adotar a posição responsável de conhecer as já existentes. Um dos caminhos para se atingir a isto estaria em evitar o recurso a cláusulas gerais de revogabilidade, tais como “*e demais dispositivos em vigor*”. Para se mudar uma realidade normativa, é preciso adotar a posição responsável de conhecer o estágio das disposições vigentes sobre a matéria. Esta recomendação é imprescindível no campo tributário.
4. Mesmo sendo o direito uma expressão ativa do poder, nem por isto o grupo político vencedor, buscando realizar as suas intenções eleitorais, pode justificar as frequentes mudanças no ordenamento jurídico, devendo ver, na Constituição, ao menos, algo efetivo que merece uma interpretação conforme a cultura do povo ao qual se aplica.
5. A inflação normativa é perniciosa, inclusive para a composição das receitas públicas. Assim como o excessivo número de receitas não conduz o doente à solução do problema, o excessivo número de normas traz consigo as complicações que os muitos remédios podem provocar no organismo.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



6. Os labirintos jurídicos menos servem aos cidadãos, e só auxiliam na criação de nichos intransponíveis que dão espaço a linguagens cifradas, só compreensíveis entre aqueles que delas se beneficiam. A instabilidade do artefato normativo, tão incentivado pela inflação de normas jurídicas provisórias, normalmente não vai de encontro aos anseios do homem comum, que termina arcando com os encargos da máquina do Estado. Além dos clientes, são os profissionais altamente especializados “nas vírgulas e nos pontos e vírgulas” (vide o exemplo do Texto quanto à Reforma Constitucional Previdenciária) que saem ganhando. Via de regra, o que deve mudar não é a norma, ou, tão somente, a norma; sendo necessária uma reforma cultural da maneira de se fazer justiça.
7. No Brasil, vem sendo instituída uma cultura demandista, à frente dela o próprio Estado. As medidas provisórias estimulam e alimentam novas causas em Juízo - as tributárias, por exemplo, provocando um círculo vicioso. Novas medidas provisórias, novas questões em Juízo. A avalanche de normas provisórias não protege o cidadão, e passa a ser um castigo, dado que o mesmo deve comportar-se como se não as ignorasse. A cada trinta ou sessenta dias elas mudam. É uma instabilidade sem fim.
8. Mesmo mudando muito, não se muda o que, talvez, precise ser mudado, sobretudo no âmbito da reforma do sistema tributário nacional. No Título da “*Tributação e do Orçamento*”, da Constituição da República brasileira, já ocorreram 6 (seis) Emendas Constitucionais¹²⁶⁸, e muitos há que entendam que a Reforma Tributária ainda nem começou.
9. No direito brasileiro, convivem lado a lado a inflação normativa e a apatia de legislar. Esta é uma das contradições brasileiras. Se, por um lado, há excesso de normas; por outro, há uma evidente falta delas. Em outras palavras, há uma má distribuição quantitativa e qualitativa de normas jurídicas, havendo a necessidade de uma reforma cultural, para além das reformas jurídico-formais. Logo, conclui-se por uma legislação desbalanceada. É tal qual aquele glutão que come muito. Mas come o que não deve.

¹²⁶⁸ Foram as Emendas Constitucionais n.ºs. 03/93, 06/95, 19/98, 20/98, 29/00 e 33/01.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



10. A eclosão exagerada de normas, dentro das circunstâncias nacionais, traz consigo uma possível pressa e superficialidade nas redações; o que ainda mais incentiva a contenciosidade, sobretudo em um direito submetido às características da linguagem tributária.
11. Embora nem sempre o problema resida no instituto das medidas provisórias, o clima de intranquilidade e de açodamento que elas deixam permanecer termina por se transferir para a produção legislativa em geral. Legislar requer cautela, experiência. Legislar exige tempo.
12. Uma lei não deve ser feita por um simples impulso, ou tal qual um mero despacho presidencial. Se não chega a ser um produto acabado, não pode desconhecer a experiência ética em geral e a experiência jurídica em particular. É a *experiência integral* consoante a história, os fatos e os valores que fornecem sentido à transformação.
13. Períodos de globalização e a existência de áreas de homogeneização jurídica não justificam o menosprezo das características particulares de cada sociedade. Algo (um instituto, uma determinada norma ou regime, etc) pode funcionar bem em um País, e mal em outro. A corrida aos Diários Oficiais (Diários da República e congêneres) não creio que seja o caminho para provocar uma real sensação de autêntico desenvolvimento jurídico.
14. Ao desejo de renovação contínua é preciso superpor a necessidade real da mudança. Nem tudo o que é novo é bom, e nem tudo o que é antigo é necessariamente ruim.
15. A dimensão e a importância da legislação codificada não devem ser havidas como *coisas do passado*. Uma legislação sistematizada e organizada não deve ser um objetivo que teve o seu ponto final no passado. Como tudo na vida, também os Códigos apresentam vantagens e desvantagens. O correr dos anos permite alterações parciais, adaptações aplicativas, e, em hipótese derradeira, até mesmo a substituição da legislação codificada. A reforma poderá ser total ou parcial, conforme indiquem as circunstâncias da realidade social ao seu entorno. Entre as vantagens, tem-se o fato de que uma legislação codificada permite facilitar a interpretação e a aplicação do direito. Isto porque o aplicador, ao invés

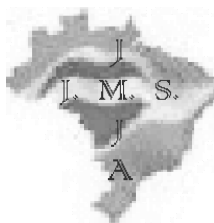


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



de se lançar em uma iniciativa exaustiva de pesquisa legal, onde pode encontrar leis confusas e contraditórias, já dispõe de um corpo orgânico e sistematizado; o que facilita, em muito, o seu trabalho, tornando-o mais rápido e eficiente.

16. Organizar uma vasta legislação esparsa em um Código não é uma tarefa fácil. No mínimo, exige pesquisa, competência e tempo. Em favor da idéia das codificações não se pode esconder o Direito Constitucional, o Civil, o Penal, o Processual, o de Defesa do Consumidor, o das Crianças e dos Adolescentes, etc., que, no Brasil, têm um documento base sistemático, e nem por isto deixam de evoluir. Penso que um documento básico tornaria mais difícil ao administrador trazer a desculpa de que ignorava a legislação violada, abrindo menores espaços para aquele mal intencionado agir arbitrariamente. Além do mais, o próprio administrado teria um acesso mais fácil a esta legislação.
17. Não se deve esquecer do que vem sendo chamado de refundição de leis. Emprego, aqui, o termo refundição no sentido de uma espécie de procedimento de integração ao texto codificado das alterações que lhe forem sendo feitas. Esta técnica legislativa de atualização do texto base teria consigo o mérito de deixar claro para aqueles que trabalham com aquela norma o que, realmente, encontra-se em vigor. No Brasil, isto teria uma profunda importância não somente no âmbito da legislação previdenciária e na relativa aos regimes jurídicos dos servidores públicos, por exemplo; mas também na própria esfera constitucional.
18. O expediente de aprovar textos esparsos, ainda não inseridos na lei que foi alterada, traz os inconvenientes das colagens e outros não menos importantes. Por isto, tenho no instrumento da refundição um aliado à possibilidade de estabilizar o volume legislativo, facilitando a leitura do que está em vigor. Não se diga que é impossível ao legislador, à medida em que fizer os ajustes da norma legal, vir também a republicá-la na sua nova fisionomia, mantendo, em nota de rodapé, ou em textos incidentais, os dispositivos substituídos. Isto não apenas é possível, como também é recomendável, sublinhadamente no campo tributário.
19. No Brasil, e talvez em outros Estados contemporâneos, não se sabe, ao certo, o número e a espécie de leis de que se dispõe no ordenamento jurídico. Os números são os mais dispersos possíveis. Isto ocorre não apenas pelas novas

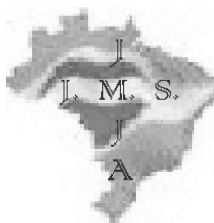


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL

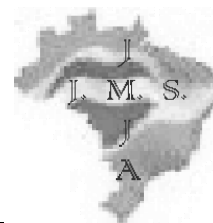


exigências da modernidade, mas também por não existir um predomínio estável de uma classe ou grupo social que controle o monopólio das fontes normativas. Assim, nos países em que isto for uma consequência da democracia, parece-me desejável reduzir os inconvenientes da instabilidade; ou, ao menos, é possível tentar encontrar expedientes de técnica de produção normativa mais compatíveis com um mundo que convive com a INTERNET, e com um volume imenso de informações de toda ordem. Eis um desafio para o direito. Defendo que o número de informações e a pluralidade normativa não devem trazer um destino certo de decadência para o ordenamento jurídico. Cada tempo tem os seus desafios.

20. O que preocupa é o déficit democrático; pois, com a democracia, a unidade e a sistematicidade do ordenamento jurídico, bem como a função educadora que a ele se deve atribuir, podem ser cultivados segundo os meios eleitos pelo corpo social. A clareza e a precisão da lei já feita não eliminam a necessidade de se ir aperfeiçoando o trabalho realizado. Contudo, os meios de técnica legislativa precisam ser desenvolvidos.
21. A disciplina “*Técnica Legislativa*”, no Brasil, ou não existe, ou ainda é incipiente nas Universidades. O desinteresse, pelo menos aparente, é injustificável, não podendo a doutrina abdicar do estudo dos processos de elaboração das leis. É recuperando a qualificação técnica, e havendo a sensibilidade social, que os juristas poderão colocar lado a lado a tarefa interpretativa/aplicativa e a tarefa de elaboração legislativa. Tornar obrigatória a disciplina de “*Técnica Legislativa*” é a minha proposta, de maneira que não se permita a formatura universitária sem antes cumpri-la. Apostar na improvisação e na intuição é pretender que o acaso seja o melhor caminho a ser seguido. Não o é.
22. Reduzindo o modo de legislar desordenado e anárquico, e fornecendo a devida importância para os trabalhos pré-legislativos, é natural que, gradativamente, o sistema jurídico vá adquirindo qualidade e sintonia. Portanto, não se deve adiar discussões sobre a melhoria técnica da produção de normas. Este é um caminho compatível e necessário à realização do princípio da segurança jurídica.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



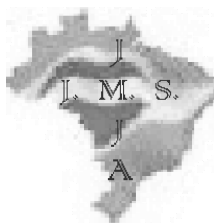
23. No Brasil, a impressão que se tem é a de que a tarefa de elaborar as leis fica mais por conta dos economistas do que dos juristas; o que significa um forte desprestígio para esta classe, com repercussões prejudiciais para os brasileiros e para aqueles que aqui residem. Não que os juristas não necessitem trabalhar lado a lado com outros profissionais, mas as tarefas de cada um devem ser demarcadas. A realidade, contudo, vem demonstrando um Estado nas mãos dos economistas. Ocorre que, descobrindo os cidadãos brasileiros que podem recorrer à Justiça, toda vez que se dá seqüência a mais uma “*revolução dos economistas*” (pacotes econômicos, e reformas provisórias de tributos, por exemplo), há uma enxurrada de questões em juízo.
24. Admitindo a existência de uma razoável litigiosidade contida, é de se constatar que o volume imenso de demandas seja apenas a ponta do *iceberg*.
25. No Brasil, muito se fala nas liminares, ou mesmo em “*guerra de liminares*”, travada entre o Governo e os maiores contribuintes do País. Para algumas autoridades públicas, as liminares vêm sendo o melhor instrumento para não se pagar impostos no Brasil. Para outros, elas seriam uma espécie de reação a uma seqüência de medidas provisórias e inconstitucionalidades advindas do Governo. Fala-se até, em tom de censura, que as liminares seriam as “*medidas provisórias editadas pelo Poder Judiciário*”.
26. A instabilidade legislativa brasileira, decorrente das medidas provisórias, termina por contaminar também as leis, quer aquelas oriundas das antigas medidas convertidas, quer não. Isto ocorre porque elas deixam um clima de tensão e ansiedade que propicia este movimento intenso e inesgotável de novas demandas. O raciocínio dos Governos parece ser o seguinte: se não é mais possível arrecadar tributos com base em uma lei inconstitucional, tenta-se uma outra. Eis um dos principais motivos da “*enxurrada de liminares*”, o que termina por interferir na própria elaboração dos orçamentos. Assim, as eventuais frustrações da Receita vêm sendo compensadas com novas leis, e novos tributos. Além do que, não sendo de 100% (cem por cento) as possíveis derrotas, ainda sobraria um resíduo no Caixa, ao menos porque alguns contribuintes não recorreriam à Justiça para reaver as parcelas já pagas do tributo inconstitucional.



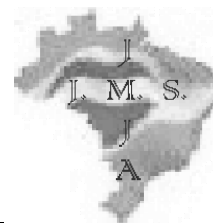
TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



27. O Poder Judiciário brasileiro encontra-se sob fogo cruzado, abaixo de uma interminável e alvoroçada fonte legislativa por um lado; e, por outro, diante de uma cultura demandista que se vem intensificando. As empresas, com os seus planejamentos fiscais arrojados, algumas vezes trabalham na linha divisória da evasão. Assim, conjugam-se, infelizmente, a má fé e o abarrotamento do Judiciário, provocado pela inflação normativa. O resultado é um só: insegurança.
28. A instabilidade legal, que já é um problema por si, também acarreta um efeito psicológico, que faz parecer ainda mais grave algo que já o é.
29. Não basta melhorar a Justiça, ou manter estável a Constituição, ou regulamentar as medidas provisórias. É preciso mais. Faz-se necessário investir, de maneira planejada e contínua, na educação.
30. Sem desconhecer que o Estado vem se tornando menor, por um imperativo de falta de recursos, pois parece incapaz de mobilizar as receitas necessárias; e, por isto, precisa selecionar as suas prioridades, é preciso ter em conta que os contornos dentro dos quais o mercado atua devem ser definidos politicamente, buscando atender aos interesses nacionais mais elevados. Infelizmente, no entanto, isto, muitas vezes, só se observa quando as potências econômicas invocam as suas influências para desrespeitar as regras multilaterais por elas próprias sugeridas ou fixadas. É o caso típico da agricultura.
31. Não adianta abrir mão do sentido da realidade, pois a globalização econômica constitui a ordem internacional em vigor. A questão é se é possível, e quanto o é, atuar politicamente na defesa de uma poupança doméstica, de uma força de trabalho capacitada, de um maior desenvolvimento das exportações, evitando uma lógica perversa de que existem países menores e atrasados que estão condenados a viver na miséria absoluta. Dependendo da ajuda externa, em um mundo com uma perspectiva pouco desenvolvida de ética e solidariedade, veriam, apaticamente, as suas instituições serem destruídas pela deficiência no nível de produtividade do seu povo.
32. É preciso reestudar a volatilidade dos capitais, uniformizar um tratamento ético sobre o capital financeiro especulativo, buscar uma forma de consenso viável



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



quanto aos interesses dos Estados ricos e pobres, não aprofundando as rivalidades.

33. Na selva brasileira de discussões judiciais, de leis e de medidas provisórias, se sobressai a Lei Complementar nº 101/2.000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Com tantas mudanças legislativas, é preciso ter em conta a necessidade de compatibilizar os novos Projetos de lei, as novas leis, as novas medidas provisórias com certos critérios pré-determinados de despesa e de receita. A Lei de Responsabilidade Fiscal tem esta motivação. Pretende ser um Código de Conduta para os administradores públicos de todo o Brasil, quer na esfera federal, estadual, distrital ou municipal. Tanto para o Poder Executivo, quanto também para o Legislativo e para o Judiciário. Com isto, imagina-se melhorar a administração das contas públicas.
34. Não deve haver despesa sem que se indique a fonte de receita, mesmo que isto implique em reduzir outras despesas já existentes. A compensação demonstrada não deve ser apenas para aquele exercício financeiro, caso a renúncia o seja por um período maior. Assim, uma despesa obrigatória de carácter continuado, para que seja aprovada, necessita de um aumento permanente de receita ou de uma redução permanente de outras despesas. Este mesmo mecanismo aplica-se às novas despesas da Seguridade Social, exceto nos casos de crescimento pelo aumento do número de beneficiários e para a manutenção do valor real do benefício. Trata-se de preservar a saúde das finanças públicas para o futuro. Além do mais, em anos de eleições, são firmados critérios adicionais de controle das finanças públicas. Certamente, estas tarefas não são fáceis.
35. Através das sanções que a Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal prevê, o seu grau de respeitabilidade vem provocando um certo otimismo em relação ao grande endividamento público. Evidentemente, é preciso distinguir entre punir a pessoa de direito público que, em última análise, pode implicar em punir a população local; e punir o administrador relapso no exercício das suas funções públicas.
36. Foram apresentadas as sanções institucionais e pessoais consignadas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Estas penalidades devem alcançar todos os responsáveis pela ação ou omissão, punindo as autoridades faltosas dos Poderes



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



Públicos, e permitindo a todo o cidadão a legitimidade para denunciar irregularidades. É a contribuição da sociedade vista como algo necessário e imprescindível para o êxito da Lei de Responsabilidade Fiscal.

37. As contas públicas, por imperativo legal, devem ser consolidadas e divulgadas para o povo em uma linguagem simples e objetiva, permitindo as suas aferições em relação a cada uma das entidades que compõem a Federação brasileira. Para que o acesso público seja amplo, advém a indiscutível colaboração da informática, aumentando a visibilidade do exercício do poder, particularmente, no que atine aos gastos públicos e às renúncias de receitas.
38. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem, em regra, instituir e arrecadar todos os tributos que lhe pertencerem segundo a competência constitucional que lhes foi atribuída. Dito de outro modo, devem utilizar a base tributária que lhes pertence, estimando adequadamente a receita. Arrecadar bem implica em cumprir melhor com as suas metas fiscais, alocando recursos existentes para as suas diversas despesas. É a auto-sustentabilidade da pessoa política. Logo, para renunciar a uma receita, é preciso mais do que um bom motivo. É fundamental estimar o impacto orçamentário da abstenção.
39. É importante não apenas que o Poder Executivo disponha de um corpo técnico preparado para realizar e fiscalizar as operações financeiras públicas, sendo de vital importância, para a efetividade da Lei de Responsabilidade Fiscal, que também o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas encontrem-se com uma infra-estrutura suficiente para operar. Do contrário, o Orçamento e a Lei de Responsabilidade Fiscal poderão não passar de meras peças de ficção, com existência exclusivamente formal.
40. É com o acompanhamento do exercício financeiro, confrontando dados em favor do equilíbrio das contas públicas, que haverá maior segurança quanto ao atendimento dos limites, das condições e dos objetivos e metas assinalados no Orçamento. Firmando responsabilidades, não permitindo desvios não justificados, definindo prazos para a liberação de recursos ou para a correção do planejamento proposto, e dando acesso ao público sobre o sucesso ou o insucesso de um plano de governo, é que, provavelmente, abandonar-se-á um



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À RESPONSABILIDADE
FISCAL



controle meramente burocrático, e se passará para um controle social mais efetivo.

41. Os Tribunais de Contas precisam destacar-se na tarefa de auxiliar a construção da cidadania orçamentária. Verificando a obediência às normas e aos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal, auxiliando o Poder Legislativo na sua tarefa histórica, adotará uma posição preventiva contra os desvios que existem ou que apontam existir no futuro. Se o nível de gasto está próximo do limite, advertem. Se passou do limite, também advertem.
42. Estas advertências não significam dizer que deva haver o relaxamento no controle interno. Bem ao contrário, com a possibilidade destes alertas, e com a probabilidade da aplicação de sanções individuais e institucionais, é bem mais provável que os sistemas de controle interno de cada Poder e do Ministério Público sejam cada vez mais atuantes.
43. No Brasil, ultimamente, o desequilíbrio fiscal vem sendo tratado de uma maneira mais responsável, e se espera que as consequências bastante negativas de um passado não tão distante, e que deixou raízes no receio de uma inflação descontrolada, endividamento público crescente, carga tributária alta para os adimplentes, não permitam que as novas gerações abandonem o dia-a-dia das finanças públicas, propiciando o atendimento das necessidades fundamentais relativas à saúde, educação, saneamento, habitação, etc.
44. Se a inflação foi um *arremedo de tributo* de aplicação profundamente injusta, dado que os mais pobres não tinham condições de se socorrerem de contas bancárias e de aplicações no mercado financeiro de modo a se protegerem do seu efeito corrosivo; nem tampouco sendo conveniente ao Governo buscar empréstimos no mercado financeiro, emitindo títulos públicos e aumentando a taxa de juros, é preciso agir de acordo com limites claros de administração das finanças públicas. Respeitar a disciplina conforme um planejamento sério e efetivo pode implicar na *utopia concreta* de um desenvolvimento econômico sustentado, sem inflação e sem endividamento, ambos vícios que podem decorrer da ineficiente administração fiscal.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



TÍTULO V

O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS DESCARTÁVEIS" NO BRASIL.

1. Diante do fenômeno da globalização, e da publicidade que se faz em torno do *desenvolvimento sustentado*, tenho como importante a advertência sobre as pressões de mudanças constitucionais e subconstitucionais, tendo em vista que as empresas, inclusive as transnacionais, demonstram pretender um direito do trabalho *flexível*, um sistema tributário que custe pouco, um sistema de empréstimos com juros baixos, um reduzido gasto com as despesas dos processos.
2. A cultura de integração não pode resumir-se a um pequeno espaço de mundo, não devendo implicar em substituição (ou convivência) de uma opressão de classes por uma opressão de Países ou blocos econômicos. A liberdade de trânsito das pessoas não pode ser algo subsidiário. No período que vai de 1870 a 1914, interrompido pela brutalidade de uma Grande Guerra, ocorriam intensos fluxos de migração de pessoas; o que poderia concorrer para a criação de um sentimento de aproximação entre os povos. Atualmente, porém, ao passo em que o capital pode circular pelo mundo, o trabalhador parece detido, caprichosamente, fora dos Países ou blocos da vanguarda econômica.
3. Sendo, portanto, a globalização pautada em um forte grau de liberdade de capitais, e particularmente do financeiro, creio que seja natural a proposta de conectá-lo com um certo compromisso social. É preciso lançar debates com o objetivo de constituir um consenso, ou algo próximo disto, na comunidade internacional, no sentido de fixar uma *tributação humanitária sobre o capital especulativo*. A distribuição desta receita poderia ficar ao encargo de algum



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



órgão já existente na ONU, ou mesmo ser constituída uma nova estrutura executiva, que trataria da administração e da fiscalização dos recursos.

4. A *tributação humanitária sobre o capital especulativo* não deveria, ou precisaria, deter uma alíquota elevada. Afinal, é tão alto o volume de dinheiro migrante, nas Instituições financeiras, que, mesmo uma alíquota pequena, provocaria uma arrecadação absoluta capaz de dar início a um efetivo combate à miséria e à fome. Note-se que não se está, aqui, tentando substituir por políticas compensatórias a grave situação estrutural por que passa o mundo, ou substituir uma economia real por outra virtual. É que, por vezes, não basta ensinar a pescar, se não há tempo hábil para isto.
5. Para que uma conjunção de fatores concretos possa recuperar o otimismo na globalização, em Países como o Brasil, inclusive pela via da *tributação internacional humanitária*, é necessária a mídia. É importante que os meios de comunicação, uma área fundamental na sociedade de hoje, adotem esta bandeira. Contudo, isto também não é fácil. Afinal, no Brasil, e provavelmente em todo o mundo, são uns poucos os que controlam as televisões e as rádios. E não provocaria surpresa que estes novos detentores de poder estivessem em desacordo com a iniciativa de uma *tributação internacional humanitária*.
6. Como venho dizendo, provavelmente, a maior crise não seja a econômica, e nem mesmo a financeira; mas a crise ética, uma crise de valores.
7. A mobilização pela melhoria de vida da população mundial poderia trazer a consequência de um futuro onde a maioria silenciosa passasse a ter um espírito mais analítico, projetando a história por mudanças estruturais, onde um novo modelo econômico provocasse uma real cultura de integração. E nada é mais radical do que educação, saúde, comida e trabalho.
8. Globalizar não deve significar uma forma de fazer surgir uma nova “*guerra fria*”, agora, entre blocos econômicos, ou entre Países ricos e pobres. Globalizar deve significar a aproximação da utopia de um projeto desenvolvimentista da espécie humana. Capacitação e educação para todos. Globalizar os museus, a assistência às crianças de todos os Países, a dignidade humana.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



9. Para que um País apresente perspectivas reais de desenvolvimento humano, faz-se necessário, embora naturalmente não seja suficiente, que demonstre um grau considerável de estabilidade em seu direito. O imediatismo não o conduz positivamente.
10. Este novo mundo da globalização e da informática vem reduzindo o espaço de liberdade do Poder Executivo, e quase eliminando o do Legislativo, restando ao Judiciário a difícil tarefa de fazer cumprir a Constituição sem antes ter de consultar o Ministério da Fazenda ou das Finanças, grupos de empresas ou blocos *transnacionais*, para saber como deve, ou pode, decidir.
11. Nas circunstâncias atuais, a “*lógica das conseqüências*” vem perigosamente revogando a “*lógica dos princípios*”.
12. Não basta lamentar e obedecer, é preciso procurar uma nova mensagem. Criar uma civilização não baseada na cópia, superando os obstáculos práticos. Para o desenvolvimento, não se pode instalar uma guerra entre o utópico e o trivial. Uma utopia pode ser construída de pequenas coisas. É um sofisma imaginar que um conjunto de pequenas coisas não pode compor uma grande conquista.
13. A realidade não tem apenas uma face objetiva. Ela é objetiva e subjetiva. É fundamental compor uma *identidade emocional* do brasileiro com o Brasil. Este é um processo pedagógico, o de parar de falar em nome do povo, e passar a governar com ele. É um projeto difícil, e que não se resume aos políticos, pois é uma questão de cultura e de disciplina geral.
14. Proponho um planejamento de médio e longo prazos quer no campo constitucional, quer no da legislação que lhe é subalterna, inclusive tributária, procurando coibir a desmotivação de investimentos na economia real, levando empreendedores a buscarem lucros fáceis e de momento, através de um sistema financeiro que estimula o capital volátil, cuja tendência é a de aprofundar a crise.
15. A principal dificuldade que a civilização contemporânea atravessa é a forte crise de valores. No caso do Brasil, o País cresceu, mas não se desenvolveu na mesma medida. Se mudar o direito fosse a solução, não se defrontaria com vergastantes



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



índices de violência de todos os tipos. É preciso pensar até que ponto as mudanças constantes na nossa legislação não decorrem dos interesses das grandes empresas internacionais, das potências estrangeiras e dos blocos econômicos, vindo mais em prejuízo da nossa população do que em seu benefício. Assim, quando se fala em uma nova gestão da economia mundial, é preciso ter em conta o direito e a ética.

16. A globalização, pelo menos para o brasileiro médio, traz, imediatamente, a idéia de globalização econômica. Mesmo se tendo consciência da necessidade das mudanças, inclusive legislativas, elas precisam ter limites, de modo a preservar a identidade nacional.
17. Evitando a implacabilidade ou a arrogância primárias, não se pode deixar de reconhecer como oportuno e necessário que o Brasil não se torne um barco à deriva em um mundo organizado em blocos. Não se pode deixar de refletir sobre os mais de dez anos de MERCOSUL, sobre a aproximação com o Caribe e com a África; além, naturalmente, sobre a possibilidade de aproximação equitativa com a União Européia, com a ALCA e com a Ásia. Este é um tema que precisa ser tratado sem fanatismos, de um modo sincero e prático.
18. No Brasil, o importante é que o tema da globalização vem recebendo reflexões cada vez mais sérias, inclusive no âmago do Congresso Nacional, que, em face da sua composição eleitoral, costumava abdicar da profundidade. Explico melhor o que digo. Grande parte dos congressistas foram eleitos como candidatos de organizações profissionais (professores, policiais civis, policiais militares, funcionários públicos), candidatos de mídia (crônica esportiva, assistencialismo), evangélicos, políticos com influência para obter verbas orçamentárias. Assim, precisavam atender às suas bases eleitorais, que detinham interesses bem específicos e precisos. Logo, temas como o da globalização, comércio e direito internacional não eram da pauta imediata de discussão.
19. Não pretende, nem pode, o Brasil isolar-se no mundo; o que não se quer é um comércio desequilibrado contra o Brasil, embora admita-se a aproximação dos povos não apenas como um vetor econômico, mas também político e humanitário. Parece, perfeitamente, viável, por exemplo, instituir uma espécie de Ministério brasileiro do Cone Norte, especializando o contacto com o Caribe.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



20. Não sendo a globalização um fenômeno linear, e sendo o nome que, ultimamente, vem propulsionando uma economia de escala mundial, é preciso tomar em conta que o seu ritmo é bastante acelerado, produzindo, por um lado, interdependência e integração; mas, por outro, fragmentação e antagonismo. Reformas tributárias, judiciárias, previdenciárias, etc. podem, na verdade, estar vindo a ser feitas em favor da conquista de novos espaços para as grandes empresas. Estímulos fiscais, empréstimos a juros baixos e por longo prazo, por vezes, são a elas concedidos, sob a justificativa de ser este o melhor caminho para o desenvolvimento.
21. A necessidade de mercados cada vez maiores para os seus produtos vem impelindo o capitalismo para a escala mundial, criando vínculos em toda a parte, embora precários e transitórios. Parece que se está partindo para um “Mercado Máximo” com um “Estado Mínimo”.
22. Os processos de uniformização e globalização econômica podem ter se originado na Europa pós-medieval. Ocorre que, agora, o ritmo é extremamente acelerado, e há o fenômeno intenso do capital especulativo, bem como uma enorme velocidade nas comunicações e nos transportes, tornando normal a mobilidade no mundo. Em outras palavras, o mundo tornou-se mais rápido; mas as pessoas não devem se transformar em *coisas descartáveis*. Assim também o seja com o direito, com a Constituição e com as leis, que não podem ser descartáveis, a depender do humor e dos interesses desta nova ordem mundial, devendo-se combater a caracterização como inferiores das culturas que não pertençam às economias das nações industrializadas.
23. Não se deve permitir à dinâmica do capital que manipule as Constituições e a legislação subalterna, incluindo a tributária, criando estruturas de poder sem uma localização nítida, destruindo laços históricos com os quais não mantém qualquer compromisso. O enfraquecimento dos Estados-Nação atinge, ainda mais particularmente, os menos desenvolvidos, que precisam se advertir de que não podem ficar submissos às grandes empresas, que, naturalmente, querem ampliar regiões de influência, definindo políticas que facilitem o exercício de uma estratégia de dominação. Não sendo possível se ensimesmar, faz-se necessário estabelecer programas de médio e de longo prazos.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



24. Sem estes programas, este tipo de globalização termina por lançar o gérmen do fragmentário, acentuando desníveis econômicos, sociais e culturais. A consequência é a de ampliar uma população de excluídos, que, se já é grande, pode tornar-se ainda maior.
25. Com um arsenal jurídico bem posto e estável, e com o mercado potencial que tem o Brasil, não se defende, aqui, que se busque deter o processo avassalador da globalização. Não é isto. Contudo, pode-se tentar reorientá-lo, tornando-o mais civilizado e humano. A qualidade de vida cotidiana das pessoas, com o respeito à identidade e à cultura das mesmas, é o caminho para o qual é essencial que se dirija a globalização. O direito funciona como um importante instrumento neste sentido.
26. O poder político não deve deixar que a globalização e os interesses das grandes empresas fixem, ao seu bel prazer, as normas jurídicas e as suas alterações. Para combater que assim o seja, é essencial que o Estado estabeleça um planejamento, inclusive tributário, para o seu desenvolvimento a médio e longo prazos, fazendo emergir uma consciência pelos caminhos do desenvolvimento nacional e regional.
27. O desenvolvimento humano e a ética precisam estar juntos. Estabilidade e segurança são requisitos básicos.
28. Embora o sistema econômico e a sua ideologia dêem um enorme relevo para o valor econômico, talvez como o mais importante dos valores, a civilização pós-moderna não deve deixar em plano inferior outros valores com conteúdos nitidamente morais. A segurança como um instrumento a serviço da justiça é um deles.
29. A posição ideológica de “desvalorizar” os outros valores que não o econômico, não se compadece com o verdadeiro desenvolvimento, pois exclui o homem, e o condena a uma imersão em crises sociais, que não atingem apenas o campo econômico, mas se lança no institucional (crise do Estado), no ético (corrupção, impunidade, tráfico de drogas etc), no social (desemprego galopante, criminalidade), no ambiental (poluição desenfreada, manipulação genética), no



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



cultural (quebra de tradições com a imposição de valores externos) e no espacial (desequilíbrios regionais), etc.

30. A violência, a corrupção, a fome estão intimamente vinculadas ao rumo que vai receber o movimento globalizante, que não pode ser gerido pelas grandes empresas ao ponto de não receber balizamentos oriundos dos Estados-Nação. Se as barreiras constitucionais cederem a esta violência corrosiva, as conseqüências não serão apenas econômicas, tal como fiz demonstrar. Se assim não o for, os Estados mais vulneráveis, e, dentro deles, as populações mais excluídas serão condenadas a uma versão moderna de escravidão.
31. No estágio atual do mundo, o progresso técnico vem permitindo pensar que as conquistas tecnológicas estão acima dos valores éticos. Isto porque é assim que se difunde. O conhecimento de uma técnica sem uma utilização ética termina por permitir o uso, simplesmente, simbólico das conquistas. Não é muito diferente o que se vê no direito, quando as normas existem, mas a efetividade delas não. Um exemplo do que digo é a fome. Atualmente, existem meios técnicos, e mesmo normas jurídicas, para afastá-la do planeta. Contudo, dentro do atual sistema de dominação, ela não apenas continua, mas se aprofunda e se intensifica entre os territórios excluídos.
32. Se assim ocorre com os alimentos, não é de se esperar que no mais seja diferente. E não me refiro aqui, apenas, ao extraordinário mercado das drogas, das armas ou dos paraísos fiscais, que vêm avaliados em trilhões de dólares, e se encontram espalhados em todo o mundo. A deficiência mundial é distributiva, e menos econômica que moral. As buscas cegas do lucro e do predomínio dos mercados precisam ser reorientadas mediante um paradigma jurídico estável. Se este não é o único caminho, ao menos é um dos caminhos em um País onde grassa a democracia política.
33. Sem a consistência de um ordenamento jurídico estável, que consiga tornar visível as vicissitudes do poder estatal e da macro atividade empresarial, não haverá desenvolvimento, restando espaços, talvez, para um atabalhado crescimento econômico, que poucos rastros deixará em termos de melhoria de condições de vida. É preciso propiciar o encontro entre a Ciência e a Tradição. É preciso fazer dialogar a globalização com os direitos humanos.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



34. Hoje, fala-se tanto em globalização, mas também se continua a dizer que há um Primeiro Mundo, pressupondo a existência de uns tantos outros. Este é um desafio para o novo milênio. Aproximar os mundos. Globalizar o respeito à dignidade do ser humano. É preciso colocar em curso uma revolução dos valores, extirpando o convencimento geral de que, entre os valores, primeiro vem o dinheiro. Via de regra, a supervalorização da economia acarreta o nanismo do desenvolvimento humano.
35. A *desvalorização dos valores* que não o dinheiro é um dos principais elementos desencadeadores da violência, da corrupção e da fome. Um mínimo de estabilidade para o direito é um caminho ético para este novo Estado.
36. Às vezes, surge-me a idéia de que a realidade brasileira pode não coincidir com a de outros Países, criando uma sensação de que, mesmo em um mundo globalizado, as diferenças de posições podem ser tão acentuadas que tornam difícil a apreensão das dificuldades e dos problemas que se enfrenta.
37. É preciso planejamento nas mudanças, incluindo as tributárias, e que estas não sejam tão contínuas, que, só por isto, violem o mínimo de estabilidade e segurança que se exige do Estado.
38. Não se pode restringir, em um mundo globalizado, um raciocínio estanque em modelos passados, onde um direito posto por terceiros exige o seu cumprimento. É preciso refletir se a instabilidade jurídica em Países como o Brasil, e em outros ainda mais desfavorecidos, não repercute um fenômeno que se não é novo na sua essência, parece novo em sua dimensão.
39. Para o Brasil, é fundamental a questão de saber se caberia cogitar de um sistema tributário do MERCOSUL. Se é possível e conveniente falar em um processo de harmonização das legislações tributárias do Brasil, da Argentina, do Uruguai e do Paraguai, considerando que, por enquanto, são estes os Países que o compõem. É preciso ter em conta que, embora apenas o Uruguai e o Paraguai sejam Estados unitários, a Argentina, mesmo sendo uma Federação, mantém o seu IVA – imposto sobre valor agregado no campo nacional; o que, de algum modo, facilitaria a homogeneidade. É verdade, contudo, que cada um destes três Países diferenciam-se no modo como disciplinam este imposto.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



40. Falo no IVA – imposto sobre valor agregado - porque, procurando ser o MERCOSUL um mercado comum, com a abertura do comércio aos Países que o compoñham, a harmonização prioritária parece-me ser a dos tributos incidentes sobre o consumo, deixando-se a tributação patrimonial para os próprios sistemas nacionais. A respeito do imposto sobre a renda, talvez bastasse evitar a dupla tributação, através de Tratados internacionais sobre o assunto.
41. Considerados os impostos sobre o consumo vigentes na Argentina, no Paraguai e no Uruguai, há uma evidente similitude de características estruturais. Contudo, no Brasil, não se verifica a mesma coincidência. Creio que isto ocorra, por um lado, pelo fato de o Brasil ser um Estado Federal, com a necessidade de Estados, Distrito Federal e Municípios manterem uma receita própria, de maneira a assegurar-lhes um mínimo de autonomia financeira. Por outro, porque o ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior – termina sendo o principal imposto dos Estados federados brasileiros, e com uma repercussão importante nos cofres municipais, dado o seu percentual de repasse para estes últimos entes.
42. Sendo o ICMS um imposto tão importante no sistema tributário brasileiro, é natural que toda alteração que sobre ele se pretenda fazer receba a desconfiança e o temor de Estados e Municípios, que costumam alegar inconstitucionalidades nas mudanças, argumentando que as alterações fulminam a cláusula pétrea da forma federativa de Estado.
43. A realidade histórica demonstrou que, no Brasil, não podem Estados e Municípios subsistirem de repasses de receitas federais. É o que a prática política brasileira convencionou chamar de “*pires na mão*”. Isto deu margens a desvios de recursos com evidentes repercussões não apenas no campo tributário estrito, mas também no campo ético.
44. Não sendo viável politicamente federalizar o ICMS, ou criar uma espécie de IVA federal, haveria a alternativa de mantê-lo na competência dos Estados-membros da federação brasileira, mas sob a obediência de uma legislação nacional unificadora. Tão somente de direito ela já existe, no mínimo desde

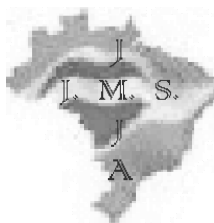


TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



1975. Ocorre que não vem sendo observada. Isto provoca o que alguns juristas e a mídia chamam, no Brasil, de *guerra fiscal*. É um conflito interno entre os Estados federados, que procuram, com a concessão de incentivos, benefícios e isenções tributárias, atrair empresas nacionais e estrangeiras. É uma concorrência predatória. Talvez, este seja o maior obstáculo para uma uniformização legislativa tributária no MERCOSUL. Não se trata, portanto, de procurar diferenças técnicas acidentais. A questão é de mérito.

45. A uniformização interna do ICMS, no próprio Brasil, não se trata de uma peleja fácil, pois diz respeito à organização do Estado brasileiro. A oposição não seria tal como ocorre com a privatização de uma empresa pública não estratégica, onde os maiores antagonistas são os próprios funcionários e uma fração pequena do povo. E friso que não estou, aqui, posicionando-me a favor das privatizações, tal como ocorreram no Brasil. Mas me refiro a uma questão pragmática.
46. O que vem impossibilitando a iniciativa de uniformização interna do ICMS é um antigo problema brasileiro, que parece estar-se agravando. São as diferenças regionais no próprio Brasil. Pior do que isto. É que as diferenças não são apenas entre as regiões, pois, se assim o fosse, poder-se-ia contrabalançá-las através de repasses de recursos, tais como o Fundo de fomento das regiões menos desenvolvidas (Norte, Nordeste e Centro-Oeste); o que já está presente na Constituição brasileira, e poderia ter os seus percentuais reanalisados.
47. A uniformização interna do ICMS sofre oposição no Congresso Nacional, e, mais fortemente, nas diversas governadorias dos Estados mais desenvolvidos, sob o argumento de que, mesmo nestes Estados, existem bolsões de miséria. E seria discriminatório tratar a pobreza, nos Estados membros mais desenvolvidos, de uma forma mais rigorosa do que aquela presente nos menos desenvolvidos. A polêmica é daquelas intensas. Ou seja, todos afirmam que pretendem combater a miséria. O problema é saber quem paga a conta.
48. O sistema de aproveitamento de créditos do ICMS vem dando margem a um número grande de fraudes tributárias. Não se trata somente de falsificações grosseiras de notas fiscais ou de omissão na entrega das cotas-partes dos Municípios. Mas de um possível conluio entre a administração de alguns Estados e certos contribuintes que procuram ser mais espertos do que outros.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



Lamentável, contudo, é observar que, quando esta falsa esperteza produz resultados pecuniários positivos, isto provoca uma evidente concorrência desleal, que pode levar à falência o contribuinte sério e adimplente.

49. O ponto fundamental em favor de uma futura harmonização tributária parcial ou plena não está só em saber se o IVA, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai seja um imposto de consumo, que permite a constituição de créditos quer seja pela compra e venda de bens, quer pela prestação de serviços em geral; e que o ICMS, do Brasil seja uma espécie de IVA de produto, tendo, ao seu lado, o ISS (imposto sobre serviços) municipal, não podendo ser compensável com o mesmo. A questão é se é possível, na prática tributária brasileira, impedir a *guerra fiscal*, e se o Brasil, realmente, entende como necessária uma maior uniformização, em face das diferenças de tamanho das economias dos Estados-Partes do MERCOSUL, uniformizando os critérios de imposição e o volume de tributo imposto. Nos termos do Tratado de Assunção, é conforme que se o interprete pela harmonização dos impostos sobre o consumo, pois detêm uma íntima conexão com a livre circulação de bens e com a coordenação de uma política fiscal entre os Estados-Partes.
50. Neste novo mundo da informática, é bastante possível que, logo adiante, critérios como o da origem e do destino venham a ser relativizados. Dou um exemplo para justificar o que digo. Imagine-se uma compra pela INTERNET. O comprador, digitando o seu computador no Estado de Pernambuco, faz a compra de um produto que se encontra na empresa vendedora em São Paulo. De fato, a compra foi feita em São Paulo. Ou em Pernambuco? Enfim, o direito tributário não pode adotar uma posição apática frente à nova tecnologia.
51. Talvez, tudo isto funcione como aquela história do príncipe e do sapo. Um modelo teórico pode, no mundo ideal, parecer um príncipe; mas, quando se depara com a realidade, mostra a sua real natureza. Para evitar as surpresas, em um campo tão delicado como o tributário, pode parecer preferível que a harmonização legislativa seja apenas restrita. Evitando reformas constitucionais, que poderiam confrontar cláusulas pétreas, como a Federação, creio que a gradual eliminação de tratamentos discriminatórios e a efetiva e estável implantação de uma Tarifa Externa Comum (TEC); tudo isto aliado à uniformização do ICMS brasileiro, sejam alguns ajustes necessários para seguir



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



um curso que se, ao final, não pareça com o tal príncipe das fábulas, ao menos não provoque inconvenientes técnicos, políticos e econômicos que desfavoreçam o comércio no MERCOSUL.

52. Qualquer política de desenvolvimento, no Brasil, precisa manter compatibilidade de planos e de ações entre a administração pública e a iniciativa privada. Precisam o público e o privado estarem articulados. Assim, se é necessário planejar conforme as carências de cada região, é imprescindível concentrar esforços para identificar as verdadeiras vocações econômicas regionais, conforme o material, inclusive o humano, de que se disponha. Parece-me que a União, os Estados e os Municípios brasileiros subsistem como compartimentos estanques; o que, em muito, demonstra-se prejudicial ao difícil equacionamento da Federação.
53. O êxodo interno no Brasil, o baixo nível de vida de grande parte da população e a escassa capacitação profissional terminam provocando um aprofundamento do desequilíbrio regional e intra-regional. É fundamental formular e executar políticas que permitam ao homem não sair da sua terra, senão por opção própria, ao invés de compelido por fatores perante os quais a sua vontade sucumbe. Reestruturar o mundo rural, estimular o turismo, desenvolver uma cultura universitária adequada ao País em que se insere, fomentar atividades culturais e esportivas em cada Região, estar atento às necessidades de infra-estrutura são prioridades sem as quais não haverá desenvolvimento.
54. Destaco, entre as prioridades brasileiras, o problema da terra; ou melhor, da concentração de terras. Veículos como o *Banco da Terra*, o leilão de terras e a tributação progressiva do Imposto Territorial Rural (ITR) são elementos importantes nesta discussão; mas não podem ser excludentes de uma política de desapropriação.
55. O investimento do Banco Mundial, no Programa Agrário brasileiro, embora haja reduzido o número de invasões de terras e de mortes daí conseqüentes, vem recebendo muitas críticas quanto ao modo como vem sendo realizado. Entre elas, destaco:



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



- a) da maneira como o programa *Banco da Terra* vem sendo executado (sistema de compra e venda de terras), a reforma agrária passaria a ser algo opcional para o dono da terra, que a venderia apenas se o quisesse;
- b) premiaria os donos da terra que, ao invés de receberem Títulos da Dívida Agrária (TDAs), a serem liquidados em até 20 (vinte) anos, como predica a Constituição brasileira de 1988, receberiam o dinheiro à vista pelas terras vendidas. Passariam as grandes propriedades, embora improdutivas, a constituir verdadeiros ativos financeiros;
- c) haveria o aumento do preço das terras por uma questão mercadológica e pela formação de cartéis pelos latifundiários, especulando-se;
- d) o financiamento da compra da terra e da própria produção posterior poderiam compor custos proibitivos para os chamados “sem-terra” e minifundiários;
- e) o programa poderia estimular a formação de *currais eleitorais*, pois as oligarquias rurais, alimentando a submissão política, poderiam utilizar do programa, acaso não haja uma efetiva fiscalização dos compradores e dos meios de acesso à compra e ao financiamento da produção daí conseqüente. Portanto, poderia funcionar como uma confirmação do controle político pelas antigas lideranças;
- f) o fracionamento da média propriedade, incentivando a inconveniente formação dos novos minifúndios;
- g) as terras vendidas costumam possuir baixa qualidade;
- h) desarticulária os movimentos sociais que lutam pela terra e pela reforma agrária, através de campanhas na mídia, jogando a opinião pública contra a reforma agrária.

56. No tema do desenvolvimento brasileiro e da globalização, independentemente da postura política por que se pretenda optar, é destacada a participação da dívida externa e da dívida pública total. Os números e a história de formação da dívida externa do Brasil foram apresentados, demonstrando que, se o País ainda dela não é refém, precisa acautelá-lo.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



57. O assunto da dívida externa começou a preocupar o mundo, mais precisamente o Terceiro Mundo, na década de 70, com os investimentos da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) nos Países do Primeiro Mundo, que trataram de conceder empréstimos a vários Governos dos Países menos desenvolvidos, principalmente na América Latina, onde, provavelmente, sofreram com desvios e corrupções. Além disto, nos anos 70, os Estados Unidos mergulharam no enfrentamento do seu problema inflacionário interno, elevando, em 1979, abruptamente, as taxas de juros americanas (de 6 para 20%), fazendo desaparecer a inflação neste País, mas também fazendo com que o custo da dívida externa explodisse; o que repercutiu diretamente, por exemplo, no México, na Argentina e no Brasil.
58. Registrados os números da dívida, há de se reconhecer que se os recursos internos não eram suficientes, ou não estavam disponíveis, para alavancar o desenvolvimento brasileiro, e daí o endividamento externo, atualmente, a dívida compõe um importante fator de preocupação.
59. Provavelmente, a intensidade negativa da dependência do capital financeiro internacional remonta, no Brasil, às suas características, entre elas:
- a) não houve consulta ou outro tipo de autorização popular para a sua constituição;
 - b) o Governo contratou uma dívida sob juros flutuantes, de acordo com a vontade dos banqueiros credores;
 - c) o Governo vem assumindo as dívidas contraídas pelas empresas, por vezes, porque, sendo idéia dele que as empresas contraíssem empréstimos externos, para, depois, exportarem produtos manufaturados, com resultados comerciais suficientes para pagar as dívidas contraídas, tratou de avalisá-las. Logo, na hora do pagamento, a dívida já era estatal;
 - d) nos últimos 15 (quinze) anos, os valores dos recursos enviados ao exterior foram superiores aos que se recebeu;
 - e) na última renegociação, não houve auditoria pública;



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS "LEIS
DESCARTÁVEIS" NO BRASIL



f) os últimos empréstimos tomados pelo Governo têm o destino de pagar os juros dos empréstimos anteriores.

60. A dependência que decorre deste processo de endividamento termina por dificultar, ou mesmo impossibilitar, os investimentos nos setores de energia elétrica, transporte, saúde, capacitação profissional, entre outros. Na verdade, e reconhecendo que esta questão não diz respeito a um País isoladamente, computados os cerca de 126 bilhões de dólares pagos pelo Brasil desde o final de 1994 até o final de 1998, a título de juros e amortização do principal, algumas coisas poderiam ser feitas, tal como exemplifiquei, entre elas evitar o corte dos “*gastos sociais*”. Entre 1995 e 1998, entraram, no Brasil, cerca de 66 bilhões e 537 milhões de dólares de investimentos líquidos estrangeiros. No mesmo período, 126 bilhões de dólares foram ao exterior, conforme os dados relativos à dívida externa brasileira disponíveis no Banco Central do Brasil.

61. É importante destacar que nenhum País do mundo deve tornar-se excessivamente dependente de fluxos de recursos externos para financiar as suas contas externas, mesmo que na forma de investimento externo direto (IED). Independentemente de haver crises, não há a garantia de que estes investimentos continuarão existindo no volume necessário. No caso do Brasil, ainda há o problema da concentração destes investimentos em setores de bens não comercializáveis e as remessas de lucros e dividendos; o que confirma a idéia de que, a longo prazo, a expansão contínua de nossas exportações é algo fundamental.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



TÍTULO VI

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS.

1. O Brasil é um país continental, mas adolescente, e cheio de arroubos legislativos. Muitas vezes, pretende-se retomar o direito anterior, ocorre que ficam as marcas da instabilidade legal, da descartabilidade das leis.
2. Tanto o Constituinte federal, quanto, também, os estaduais levaram a fio os seus trabalhos olhando para o passado; o que se, de um lado, foi positivo, pois não se pode relegar a experiência; por outro, não o foi, pois funcionava como uma forma de dificultar, sobretudo, o Governo da época. É preciso, também, olhar para o futuro; embora sempre respeitando o passado.
3. Investigando os trabalhos constituintes, verifica-se que foi uma Emenda presidencialista (Emenda Coletiva nº 1830) que trouxe para o interior da Constituição brasileira, de outubro de 1988, o instituto das medidas provisórias. Constitui um equívoco acadêmico desprezar as atividades parlamentares em concreto, menosprezando os trabalhos regimentais.
4. O problema nuclear, nas medidas provisórias, não é o de retirá-las da Constituição da República brasileira; mas o de transformar as suas aprovações em um ônus do Presidente da República. Um dos caminhos neste sentido é o da fixação de prazos preclusivos.
5. É preciso encontrar um modo de estimular o Governo brasileiro a querer que se vote a medida provisória editada, sob pena de se submeter a algum tipo de consequência. Daí, parecer adequada a modificação do regime constitucional das medidas provisórias, inclusive porque vige o sentimento de que se o Supremo Tribunal Federal brasileiro viesse a mudar os seus Arestos a respeito



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



delas, adviriam importantes problemas do passado, pois várias são as medidas provisórias que já estavam bem avançadas em reedições.

6. A possibilidade de reeditar medidas provisórias é um poderoso incentivo já para a primeira edição. Estabelecer a proibição de várias reedições implica em estimular o Governo a não adotar as medidas provisórias, senão aquelas, realmente, essenciais. Haveria, assim, a necessidade de negociações prévias à primeira edição. E negociar é algo natural a um Estado Democrático de Direito.
7. A questão das medidas provisórias no Brasil não é só jurídica, mas também é política e prática. Tanto assim o é que cerca de seis anos de salário mínimo deve-se às reedições de sucessivas medidas provisórias. Um problema político e prático, pois um erro de reedição, ou a não aprovação, poderia instalar uma verdadeira balbúrdia no âmbito do próprio salário mínimo, como também no campo previdenciário, dado que os benefícios estiveram atrelados ao salário mínimo como medida de valor (art. 58, das Disposições Transitórias) e como piso (art. 201, § 5º, do Texto Permanente).
8. São os motivos práticos que vinham justificando a constante não votação das medidas provisórias brasileiras:
 - a) esperava-se que entrassem em acordo o Parlamento e o Governo;
 - b) o Congresso Nacional não pretendia assumir o ônus político da aprovação do conteúdo da medida provisória. Evitava o risco, e lavava as mãos;
 - c) o Congresso Nacional adotava a decisão política de barganhar com o Governo. Assim, poderia vincular matérias que se, no ponto de vista jurídico, não tinham conexão; no ponto de vista político, passavam a ter. Certas matérias que são, constitucionalmente, da iniciativa privativa do Presidente da República (a tributária, por exemplo, nos termos do art. 61, § 1º, inc. II, al. “b”), e, quanto a elas, portanto, o Congresso Nacional nada poderia fazer, são vinculadas à aprovação de medidas provisórias do interesse do Governo;
 - d) o Governo obstruía a votação da medida provisória. É necessário ter em conta que a Reforma Constitucional das medidas provisórias deveria preocupar-se por



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



não incentivar este expediente, ou outros análogos. Legislando-se no sentido de que, rejeitada uma medida provisória, ou perdendo ela a sua eficácia por decurso de prazo, mesmo assim, deva prevalecer sobre o direito anterior, enquanto não for aprovado o decreto legislativo regulamentador das relações jurídicas firmadas na sua época de vigência, poderia vir o Governo, que saiu derrotado na votação, passar a obstruir o decreto legislativo, que iria disciplinar o assunto, mantendo a medida provisória rejeitada ou prejudicada pela passagem do tempo;

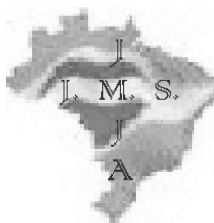
- e) a medida provisória funcionando no lugar, ou como uma alternativa ao veto presidencial, pois vulgarizou-se a aprovação, pelo Congresso Nacional, de medidas provisórias no vigésimo nono dia. Assim, diante do dilema do prazo de quinze dias para o veto presidencial (art. 66, §§ 1º e 3º), e a distância de um dia apenas para a aprovação da medida provisória, preferia o Presidente da República sancionar o Projeto de conversão no intervalo de um dia, para, logo após, emitir uma nova medida provisória, suspendendo os efeitos do texto que julgasse contrário ao interesse público. Para evitar isto, bastava estabelecer que, mesmo em casos como tais, ficaria preservado o prazo presidencial para o exercício do seu direito de veto;
 - f) o desinteresse do Congresso Nacional.
9. Está distante da realidade atribuir à desídia congressual o exclusivo motivo da necessidade das reedições: o que não afasta a memória histórica de que, em tema de reedição, o Congresso Nacional pronunciou-se pela sua permissibilidade antes mesmo do Supremo Tribunal Federal.
10. A simples alternância de Casas, no bicameralismo brasileiro, poderia implicar em distribuição dirigida das medidas provisórias para aquela Casa Legislativa que melhor importe para o Governo. Proponho que se adote para as medidas provisórias um sistema de distribuição análogo àquele empregado para os processos judiciais. Assim, mesmo mantidas as sessões separadas, o problema do retardo do prazo de conversão em lei não teria importância. A opção feita pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, foi a de todas as medidas provisórias terem as suas votações iniciadas na Câmara dos Deputados (art. 62, § 8º).



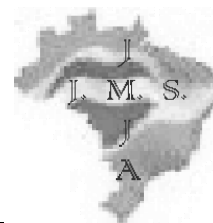
TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



11. Não parece aconselhável a chamada “*promulgação fatiada ou por fatias*” das Emendas Constitucionais em geral, inclusive para a alteração do regime jurídico das medidas provisórias. A “*promulgação fatiada*” traria, em seu interior, uma possibilidade maior de traições políticas. Além do mais, o julgo sobre a chamada “*relação de pertinência*”, que fica ao encargo do mais Alto Tribunal do País, penso que, inevitavelmente, seja dotado de um alto teor de indeterminabilidade.
12. É predominante, no Congresso Nacional brasileiro, o entendimento de que se atribuir ao Poder Judiciário a prerrogativa de definir o que seja *relevância e urgência* seria transferir *responsabilidade política* do Parlamento e do Governo. Seria transferir para o Poder Judiciário *responsabilidade política*.
13. Um dos inconvenientes desta transferência, segundo o apontado pelos Parlamentares, é o de que o Supremo Tribunal Federal, pela via de liminar, poderia vir a paralisar o processo legislativo, para, só muito tempo depois, vir a se pronunciar sobre o mérito. Com isto, diz-se que a urgência ficaria inviabilizada pela morosidade do Poder Judiciário.
14. Parece que o entendimento predominante, no Legislativo nacional, é o de que discutir *relevância e urgência*, atribuindo-lhes, ou não, à verificabilidade judicial é, na verdade, uma discussão sobre *espaços de poder*. Entende-se que se a matéria ficasse sob o julgo do Poder Judiciário estaria havendo uma conquista de *espaços de poder* não apenas por Ministros e Juízes, mas também por todos os operadores ou profissionais que militam junto ao Poder Judiciário, e em razão do qual auferem os seus rendimentos.
15. Quanto à emissão de medidas provisórias um pouco antes do recesso congressional - dado que, durante o recesso, o Congresso Nacional seria convocado extraordinariamente (art. 62, da Constituição da República brasileira – Texto originário), defendi que o prazo para a conversão em lei deveria ser suspenso. A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, conferiu ao art. 62, § 4º, a confirmação desta tese, ao determinar a suspensão do prazo constitucional durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.
16. Quanto à extensão de qual deva ser a iniciativa presidencial para dar início ao processo legislativo (art. 61, § 1º, da Constituição da República brasileira), vale



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



destacar que uma importante parte dos Parlamentares a entende exagerada, embora por dois motivos que se contrapõem, a saber:

- a) o *hall* de iniciativas privativas de leis do Presidente da República, que inclui as matérias tributárias (art. 61, § 1º, inc. II, al. “b”), de tão extenso que é , transforma, especialmente a Câmara dos Deputados, em um órgão chancelador das iniciativas presidenciais;
 - b) o *hall* de iniciativas privativas de leis do Presidente da República é demasiado extenso, ao ponto de algumas delas não dever sequer ser matéria de lei, ficando mais confortáveis no âmbito dos Decretos. Argumenta-se dizendo, por exemplo, que nem a Câmara dos Deputados, nem o Senado Federal admitiriam que a regulamentação dos seus próprios serviços ficasse ao encargo do pronunciamento do Poder Executivo. Logo, seria inadequado, como matéria de lei, a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e dos órgãos da administração pública (art. 61, § 1º, inc. II, al. “e”, da Constituição da República brasileira – texto alterado pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001). Lembra-se de que foi nesta matéria que ocorreu a primeira reedição de medida provisória no Brasil.
17. A experiência parlamentar e a acadêmica completam-se. Os esforços devem ser conjuntos.
18. Em um mundo globalizado, onde as informações atingem velocidades incríveis, defendo que haja a necessidade de instrumentos legislativos ágeis para fazer face a hipóteses de efetiva urgência. Reconhecer isto não significa defender a simpatia excessiva da burocracia governamental brasileira pelas medidas provisórias.
19. O uso deturpado das medidas provisórias poderia vir a ser reduzido com algumas providências simples, dentre elas:
- a) a da recuperação da verdadeira urgência constitucional para os Projetos de lei da iniciativa presidencial, com o bloqueio da pauta parlamentar, inclusive nas sessões extraordinárias do Parlamento;



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



- b) a da exigência, por parte do Parlamento brasileiro, de que sempre que o Presidente da República faça uso do expediente da medida provisória, esclareça o porquê de não haver adotado o pedido de urgência nos Projetos de lei da sua iniciativa;
- c) a da efetiva análise, pelo Parlamento brasileiro, dos requisitos da relevância e da urgência, não bastando a mera referência a estes termos a título de justificativa presidencial. A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, parece haver consagrado esta exigência no art. 62, § 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.”*
20. A Constituição brasileira de 1988, no art. 64, §§ 2º e 3º (discussão e votação dos Projetos de lei de iniciativa do Presidente da República), estabelece 45 dias para a manifestação da Câmara dos Deputados, mais 45 dias para a manifestação do Senado Federal, realizando um total de 90 dias, aos quais podem ser acrescentados mais 10 dias para a apreciação, pela Câmara dos Deputados, das emendas acaso propostas pelo Senado Federal. Um total, portanto, de 100 dias. Logo, a urgência para além deste período apenas deveria ser consagrada em Projeto de lei. Para os que admitiam a possibilidade jurídica da reedição, ela somente poderia ser implicitamente justificada, no Texto originário, desde que não se superasse este intervalo, salvo se, durante o transcurso temporal, fossem agravadas as condições que provocaram as medidas reeditadas.
21. Atualmente, no Brasil, os requisitos da relevância e da urgência, de fato, não vinham sendo analisados por ninguém. O Presidente da República apenas a eles se referia, em grande parte das vezes, sem motivá-los; o Legislativo não os analisava, preferindo ingressar imediatamente no mérito da medida provisória, isto quando a votava; e o Judiciário, em regra, os vem considerando como ato de discricionariedade política.
22. A retomada da urgência presidencial para os Projetos de lei de sua iniciativa, é medida que, se tomada isoladamente, não implicará em um fatal recuo no encaminhamento das medidas provisórias. Isto porque o hábito do exagero já foi adquirido, e será difícil voltar atrás. Daí, a importância do crivo parlamentar



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



rigoroso sobre os pressupostos de admissibilidade das medidas provisórias (relevância e urgência).

23. O art. 246, da Constituição da República brasileira, alterado pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, poderia funcionar como um importante desestimulador da edição das medidas provisórias. Tratou-se de uma reação parlamentar ao excesso de medidas provisórias. Foi um dispositivo de vedação geral. Por ele, entre as tantas matérias que ficavam defesas às medidas provisórias, estava uma eventual Reforma Tributária, que sempre se diz está por vir.
24. Várias foram as sugestões de estabelecer um termo final para a vigência deste art. 246, da Constituição da República brasileira, de modo a permitir que novas Reformas Constitucionais, como a tributária, não encontrassem nele mais um obstáculo de regulamentação. Pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, ficou limitado no tempo, entre 1º de janeiro de 1995 até 11 de setembro de 2001.
25. Todos os problemas até aqui apresentados atacam diretamente as medidas provisórias tributárias, pois, no direito tributário, a legalidade e a anterioridade costumam completar-se como barreiras à imposição. Caso admita-se a utilização das medidas provisórias em matéria tributária, amenizando o rigor histórico destas reservas, é de se ter especial atenção quanto ao termo inicial do prazo da anterioridade, objetivando evitar a surpresa.
26. As medidas provisórias tributárias também defrontam-se com obstáculos bem especiais, considerando que todo o planejamento das empresas é formulado incluindo o “*custo dos tributos*”, e a surpresa provocada com um aumento imediato nos tributos prejudica a segurança jurídica; e opõe, de maneira drástica, os interesses arrecadatórios do Poder Executivo contra os interesses da atividade produtiva. Os próprios preços dos produtos já vendidos tomaram em conta valores tributários que precisam permanecer com um mínimo grau de estabilidade no tempo.
27. De fato, o Poder Executivo federal resiste contra uma Reforma em que não mais possa utilizar das medidas provisórias no campo tributário, pelo menos do modo



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



amplo como, atualmente, vem empregando. Esta é uma das suas principais resistências.

28. No Brasil, entre grande parte dos operadores do direito, e nas bancas universitárias, ainda há a ilusão de que a seara tributária é vedada às medidas provisórias, e de que o Governo pouco delas se utiliza. É claro que o profissional militante nesta natureza de causas não tem como nutrir esta fantasia, embora, talvez por dever de ofício, sempre destine um Capítulo da petição que formula em Juízo para reivindicar o possível vício no emprego de medidas provisórias tributárias.
29. São reiteradas as manifestações contrárias às medidas provisórias tributárias em Congressos e Seminários jurídicos. Insisto em que de nada adianta um Juiz de uma Corte Superior ou Suprema vir a defender a regra da improcedência da utilização das medidas provisórias em causas tributárias, reconhecendo o abuso na utilização, para, mais adiante, curvar-se à maioria do Tribunal; e fornecer o seu voto no sentido de se permitir a adoção de uma cachoeira de medidas provisórias quanto, por exemplo, ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.
30. Por vezes, em uma mesma medida provisória, foram alterados vários tributos, e elas eram em muitas oportunidades reeditadas, criando um forte clima de ansiedade e dúvida de aprovação.
31. Como o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem admitindo este procedimento, parece haver um sentimento orientado para que se houve equívoco, ou não, da parte deste Tribunal, não importa. A realidade é a de que ele, mesmo que agora pretendesse mudar, dificilmente assim o faria, em face da herança de medidas provisórias tributárias passadas, e do transtorno que isto provocaria. Uma questão pragmática.
32. O argumento de que a reedição de medidas provisórias tributárias provocaria um aprimoramento de textos, caso fosse aceito como razoável, tenho comigo que jamais poderia passar de um fundamento secundário.
33. O direito tributário não pode conviver com um estado permanente de dúvida.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



34. Em um País continente como o Brasil, onde em vários rincões estão Juízes que não têm acesso fácil à INTERNET, ou a outros meios de informações jurídicas ágeis, podem os mesmos estar convictos de que estão aplicando o direito vigente, embora estejam reproduzindo vícios e prejuízos tanto para o Governo, como também para os cidadãos e empresas que se socorrem do Poder Judiciário nacional.
35. Da parte do Governo, parece que ele entende que o antídoto para tal estado de coisas esteja nas próprias medidas provisórias; pois vinha, claramente, legislando sobre o direito processual em uma linha de atribuir à Fazenda Pública uma grande quantidade de vantagens processuais, fazendo uma releitura discutível do princípio da isonomia. De acordo com a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito processual (art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”).
36. A utilização das medidas provisórias tributárias, tal como vem ocorrendo no Brasil, implica em uma lógica perversa; pois o Governo termina apostando no prejuízo do mais fraco.
37. Defendo que o Governo aposta no prejuízo do mais fraco porque a grande empresa ou contribuinte dispõe de recursos para judicializar a questão, abrindo um conflito de interesses com o Governo quer no campo administrativo, quer no do próprio Poder Judiciário. Promovida a ação, e diante da morosidade do Poder Judiciário, mesmo que haja a derrota, em face dos baixos juros judiciais, comparados com os juros de mercado, termina por auferir vantagem o contribuinte litigante. Termina saindo mais barato uma questão judicial demorada do que a obtenção de um empréstimo com o pagamento de juros de mercado perante as Instituições financeiras. É um estímulo ao litígio.
38. Em se tratando do pequeno contribuinte, este, obviamente, não dispõe de um aparato jurídico habilitado, preferindo, muitas vezes, não litigar com o Governo.
39. Se, sem o obstáculo da instabilidade tributária, a concorrência, no estágio de globalização em que se encontra o mundo, já é um tanto desleal, imagine-se com o aprofundamento das diferenças pelas práticas instáveis na via tributária.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



40. Independente de o Supremo Tribunal Federal considerar constitucional, ou não, mudanças de procedimentos de direito processual em favor do Governo e a fixação de juros escorchantes em favor das Instituições financeiras, terminam as medidas provisórias, que funcionaram como veículos destas iniciativas, por intensificar uma concorrência selvagem entre os maiores e os menores, cujos resultados o tempo vem demonstrando.
41. A linguagem tributária é complexa, quase que restrita a alguns iniciados. Assim, os operadores do direito que lidam nesta área, normalmente, são caros, e inacessíveis na vida ordinária do cidadão comum. Logo, é de boa conduta procurar a estabilidade e a simplicidade, pois este, ao meu sentir, seria um caminho para se atingir a isonomia, para a Justiça.
42. A experiência de mais de uma década de uso das medidas provisórias não pode ser relegada, pois as coisas precisam ser amadurecidas, e a medida provisória também.
43. O quadro tributário ainda é mais agravado no Brasil, pois, diante da crescente tributação indireta, a conclusão é simples e mesquinha: é o brasileiro que vive do salário mínimo, ou com um pouco mais do que isto, que, tal como um super-homem, suporta quase toda a carga tributária brasileira efetiva.
44. Seria preciso investigar os contribuintes para evitar que o Sistema Tributário brasileiro terminasse sendo, na prática, regressivo, incidindo mais sobre aqueles que menos têm: os mais pobres.

Por exemplo, para investigar uma Instituição Financeira, é necessário mão de obra bastante especializada, que consiga encontrar eventuais fraudes, despesas fictícias, etc. Naturalmente, isto requer estudo, competência e tempo. Enfim, trabalho. Até porque é natural que os bem equipados departamentos jurídicos destas Instituições exijam mais apuro na detecção de equívocos nos chamados planejamentos fiscais (elisões), que, por vezes, mantêm fronteiras cinzentas com a sonegação. Sem dúvida, parece ser mais fácil fugir de tudo isto, simplesmente tributando aquele mais desprotegido pelo aparato técnico-formal. Sofrem os mais pobres. Assim, começa-se a reclamar de um sistema que não está sendo fiscalizado, nem sendo arrecadado a contento. Pior, ocorrendo as mudanças,



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



muito provavelmente, elas continuem na mesma direção; ou seja, na da efetiva tributação regressiva.

45. Se a base de arrecadação aumentar, a sonegação diminuir, o próprio Sistema tiver tempo para amadurecer e se estabilizar, talvez, até mesmo por inércia, a carga tributária individual possa reduzir sem retirar recursos dos cofres do Estado. Afinal, assim como a pessoa natural tem o instinto de sobrevivência, também o tem a pessoa jurídica, cujo primeiro compromisso é o de se manter existente.
46. Para impedir a concorrência desleal entre aquele que paga os seus tributos e aquele que não paga, é necessário um cruzamento de informações entre as Administrações tributárias das entidades que compõem a Federação brasileira. Este contribuinte pode haver sido domiciliado em mais de um Estado e em vários Municípios.

Logo, o federalismo fiscal exige trabalho articulado. União, Estados e Municípios não podem funcionar como compartimentos estanques e avessos à troca de informações. Só assim seria possível êxito, seria possível tributar mais aquele que mais possui, evitando a *lei do menor esforço*, que consiste em tributar mais aquele que menos pode responder à tributação. Infelizmente, parece-me que a solução mais fácil, aquela de escolher atingir o cidadão mais desfavorecido economicamente, ainda pode prevalecer por muito tempo. Basta verificar que este praticamente não recorre ao Poder Judiciário para reivindicar os seus direitos constitucionais e tributários.

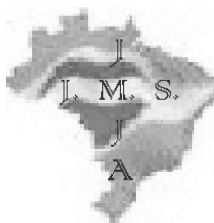
47. Um Diploma Constitucional sem estabilidade, que muda toda hora, transmite medo e insegurança, tanto maiores quanto menores forem as informações de que se dispõe.
48. Não é desarrazoada a afirmação de que o Governo Federal brasileiro vem fazendo a *Reforma Tributária* que queria (*ajustes fiscais*). Os exemplos da ampliação da alíquota da COFINS e da CPMF, entre outros, ratificam o que digo. Ou seja, a instabilidade tributária é uma evidência, e se mudanças fossem soluções, o Brasil estaria cheio delas. Não está.



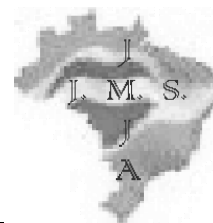
TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



49. É preciso simplificar o acessório para arrecadar mais. É preciso simplificar a burocracia. Não vejo, portanto, a necessidade de retirar direitos constitucionais do contribuinte brasileiro, não apenas por conta da possível inconstitucionalidade desta iniciativa, pois apresentam-se, entre as cláusulas pétreas, os direitos e as garantias individuais; mas também porque não encontro nesta providência a melhor medida para o incremento da receita tributária.
50. Creio que a inflação legislativa, no campo tributário, promove não somente o acirramento da elisão, enquanto um planejamento para pagar menos tributos sem que se pratique infrações, mas apresenta amplas possibilidades para abusos de formas e simulações. É preciso consolidar a Jurisprudência, dentro da trilogia que venho defendendo: uniformidade – determinabilidade – segurança. Para conseguir isto, é necessário estabilidade da legislação.
51. Sobre a chamada *cláusula geral anti-elisiva*, se, por um lado, o Estado pretende não ser lesado; por outro, parece legítimo, caso configurado o caminho da *manipulação de formas*, que ele deva exigir do contribuinte faltoso mais do que o tributo escondido, cabendo perquirir sobre a aplicação de multas, que intimidem o comportamento evasivo. Evidentemente que tudo isto precisaria estar submetido ao devido processo legal, ou ao “*justo procedimento*”, sob pena de se atribuir à Administração tributária o monopólio da interpretação da norma, tornando o Fisco insindicável senão por ele mesmo.
52. Ainda sobre a mesma cláusula, uma maneira de provocar a tranquilidade fiscal é a de incentivar as consultas prévias, da parte dos contribuintes, às Administrações tributárias, fixando-se prazos não muito longos. A consulta feita dentro do período para pagamento do tributo deve desonerar o contribuinte ao menos da correção monetária, dos juros de mora e das multas, mesmo que respondida para além do prazo originário de adimplemento. Afinal, se o responsável pelo atraso é a Administração, não pode, ela própria, impor exações pela demora por ela provocada. No entanto, se for comprovado o conluio do funcionário da Administração e o contribuinte consulente, não caberia falar em preclusão contra o Estado, ou em institutos afins, pela passagem do tempo; pois não se computaria, para estes efeitos, este transcurso decorrente de dolo, fraude ou simulação, tal como já ocorre com a moratória, parcelamento, remissão,



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



isenção e anistia. É a aplicação do adágio de que *ninguém deve se beneficiar com a sua própria fraude*.

53. A técnica da substituição tributária não é apenas uma questão jurídica formal. É preciso, também, considerar as condições de adequação ao mercado, pois o direito tributário brasileiro não pode funcionar como um elemento destrutivo das empresas que procuram ser adimplentes com o Fisco. Se não houver uma relativa uniformidade de tributação nos Estados e nos Municípios, poderia advir uma profunda concorrência desleal. Para agravar a situação, é também preciso considerar o mercado internacional, pois, mesmo que haja esta tal uniformidade interna, o preço final do produto, ainda assim, poderia atingir patamares não aceitos pelo mercado, diante da concorrência estrangeira.
54. A substituição tributária existe e é constitucional, mas também é preciso tê-la em conta diante da realidade de um mundo globalizado e de um Brasil que possui regiões em situações de desenvolvimento tão desequilibradas.
55. Se, no Brasil, há uma “*guerra fiscal*”, ela é interna e externa, havendo necessidade de preservar as empresas nacionais de um processo predatório de competitividade, sob pena de se destruir algo que se levou tanto tempo para construir, substituindo importações, e vendo crescer o parque fabril brasileiro. Creio que nada seria tão eficiente contra a “*guerra fiscal*” do que planejar, trabalhar e executar.
56. Se o Brasil de hoje é um País de evasões, talvez esta seja a principal “*guerra fiscal*”: combater as evasões, e não mudar as normas, favorecendo o evasor.
57. Uma questão judicial tributária dura, em média, mais de cinco anos. Daí, pode parecer natural a um Administrador público, cujo mandato não se estende por um período tão longo, que ele se desinteresse por adotar medidas cujos resultados não será ele quem desfrutará.
58. De fato, não basta fiscalizar, é preciso cobrar eficazmente. Não deixar eternizar a dívida. É preciso repensar o processo de execução no Brasil, agilizando-o.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA
EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS



59. É imperiosa uma política nacional de desenvolvimento, advinda da União Federal. Afinal, parece ser o objetivo de qualquer Federação o de evitar que os mais fortes esmaguem os mais fracos. Por enquanto, a União Federal garante o que é dela. Digo isto, pois, ao invés de intensificar a administração tributária no setor dos tributos repartidos com as demais entidades da Federação brasileira, prefere ampliar as contribuições especiais, ou impostos cujos resultados não partilhe, tal como ocorre com a contribuição social sobre o lucro líquido e com o imposto sobre operações financeiras. É a política subconstitucional do “*salve-se quem puder*”.
60. Fundamental é tirar do Texto Constitucional o princípio da *eficiência*, e colocá-lo em prática. Na verdade, rememore-se a Emenda Constitucional nº 19/98, chamada de Reforma Administrativa, que acrescentou, entre os princípios vetores da Administração pública brasileira, a *eficiência*. Esta é mais uma prova de que o problema não está na Constituição, mas fora dela. Na atual Constituição da República brasileira, está escrito que a Administração precisa ser eficiente. Ocorre que não o é.
61. Do modo como está, há um enorme hiato entre o Sistema Tributário normativo e o prático, culminando por fazer com que, diante da concorrência de mercado, termine ganhando quem não paga os tributos.
62. É preciso mudar. Não a Constituição, mas o impulso de não querer cumpri-la.



TÍTULO VII

DE 2.001 EM DIANTE

1. No Brasil, há um forte sentimento de rejeição contra as medidas provisórias, pelo modo como vinham sendo utilizadas. Logo, falar contra elas seria algo *politicamente* correto. Ocorre que, com este espírito, é natural que se procure, de um lado, aprimorar o seu regulamento e o seu exercício; e, de outro, lançar-se simpaticamente perante a população, sobretudo em períodos próximos das eleições.
2. Não se tratou apenas de buscar modificar o art. 62, o dispositivo central de regulamentação das medidas provisórias brasileiras. Houve uma relativa preocupação sistêmica, alterando uma série de dispositivos constitucionais atinentes à equação dos Poderes constituídos. Evidentemente que o tema da organização dos Poderes não é daqueles de fácil resolução, permitindo-se, em uma sociedade democrática, a abertura a polêmicas e renovadas discussões.
3. Alternativamente ao que foi aprovado, entendo que coubesse a tramitação alternada entre as Casas Legislativas federais. Contudo, o sistema da Reforma parece haver tomado em conta que o Senado Federal vem sofrendo uma reprovação em todos os níveis. Um outro motivo para que a Casa de origem seja sempre a Câmara dos Deputados é o de que a Constituição de outubro de 1988 já estabelece que os Projetos de lei encaminhados pelo Poder Executivo têm a sua tramitação iniciada sempre na Câmara (art. 64, “caput”).
4. A mensagem que se tentou passar com a Reforma Constitucional das medidas provisórias foi a da construção de uma nova organização dos Poderes, mais equilibrada, não permitindo a nenhum deles sobressair-se exageradamente. Procurava-se demonstrar que não se estava objetivando prejudicar as prerrogativas do Poder Executivo, mas apenas delimitá-las. Afinal, ampliava-se



a possibilidade dos decretos presidenciais, e não se proibia a *prorrogação*, mas se condenava as formas como as reedições vinham sendo feitas. A reforma veiculava-se como uma medida de contenção ética do Poder Executivo, prestigiando a Câmara de Deputados frente ao Senado Federal, então com membros envolvidos em escândalos e corrupção.

5. No Senado Federal, houve alguma resistência, anunciando-se, pejorativamente, que a Reforma tratava-se de um texto conciliatório, mantendo o Senado como uma “*casa de carimbos*” dos Projetos apresentados pelo Poder Executivo.
6. Ainda durante a tramitação da Reforma no Senado Federal, afluíu a preocupação no sentido de evitar que a pauta da Câmara dos Deputados fosse obstruída com as normas que estavam sendo aprovadas, caso não houvesse a votação das medidas provisórias então em vigor. Em suma, o risco da obstrução foi debatido.
7. Os debates em torno da Reforma Constitucional das medidas provisórias estimulou a disputa entre as Casas Legislativas federais, parecendo instalar, ou recrudesce, um certo clima de competição sobre a maior ou menor operosidade no Legislativo bicameral brasileiro.
8. É o resumo dos principais destaques da Reforma Constitucional:
 - a) houve uma preocupação por manter, na reserva de lei, aqueles atos que implicassem em aumento de despesa. Assim, embora se tenha ampliado o espaço constitucional do decreto presidencial¹²⁶⁹, manteve-se a criação de cargos, de Ministérios e outros órgãos administrativos como matéria de lei;
 - b) procurou-se estimular a efetividade da urgência presidencial no processo legislativo ordinário, inserindo a inclusão automática das medidas provisórias na pauta de votações;

¹²⁶⁹ Faculta-se ao Presidente da República, por decreto, dispor sobre “a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos.”



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VII - DE 2.001 EM DIANTE



- c) optou-se por estabelecer, no próprio art. 62, da Constituição da República Federativa do Brasil, algumas matérias sobre as quais não poderiam incidir medidas provisórias. Logo, ao invés de adotar a técnica de fixar quais as matérias quanto às quais caberiam medidas provisórias, fez-se o contrário. Entre as matérias vedadas, encontram-se os direitos penal, processual penal, processual civil e eleitoral, partidos políticos, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, matéria orçamentária, poupança popular e aquelas reservadas à lei complementar;
- d) procurou-se estabelecer, expressamente, a possibilidade da utilização das medidas provisórias em matéria tributária, atendendo, contudo, ao princípio da anterioridade, de modo que ao intérprete não cabe formular uma nova engenharia jurídica recusando-se ao cumprimento;
- e) fixou-se um prazo de 60 (sessenta) dias para a conversão das medidas provisórias em lei, facultando uma única prorrogação por igual período. Estes prazos são suspensos durante o recesso do Congresso Nacional. Não havendo a apreciação da medida provisória no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da sua publicação, instala-se, subsequente, o regime de urgência nas Casas Legislativas do Congresso Nacional, restando sobrestadas todas as demais votações, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, como a votação do veto presidencial. Enquanto não advier o decreto legislativo correspondente, permanecerá em vigor a medida provisória rejeitada expressamente ou por decurso de prazo;
- f) estabeleceu-se que o juízo prévio dos pressupostos constitucionais da relevância e da urgência deve ser exposto e formulado separadamente em relação ao juízo de mérito;
- g) fixou-se que todas as medidas provisórias devem ter as suas votações iniciadas na Câmara dos Deputados; o que demonstra uma certa supremacia entre as Casas Legislativas brasileiras, tal como já ficou demonstrado;
- h) estabeleceu-se a permissão de as medidas provisórias regulamentarem artigos constitucionais que venham a surgir decorrentemente de futuras Revisões. Em face do volume de Emendas por que passa a Constituição da República Federativa



brasileira, provavelmente, este dispositivo irá abrir muitas novas possibilidades de edições de medidas provisórias (por exemplo, em matéria tributária);

- i) firmou-se um dispositivo transitório, onde se predica que as medidas provisórias editadas, em data anterior à da publicação desta Emenda regulamentadora, continuam em vigor até que medida provisória posterior as revogue explicitamente, ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.
9. Cabe observar a manutenção da possibilidade da utilização das medidas provisórias no âmbito das contribuições sociais (seguridade social); o que significa dizer que a anterioridade nonagesimal, como dispositivo específico que é, mantém a sua vigência também em relação a estas exações. Não caberia aplicar outro prazo por conta do § 2º, do art. 62, simplesmente porque este último trata-se de um dispositivo geral que não logra afastar a aplicabilidade da norma específica. A dúvida é a de que se será preciso observar a exigência dos noventa (90) dias, contados da publicação da primeira medida provisória editada ou daquela convertida em lei (medida prorrogadora). Entendo que a contagem começa da última, ao bem da segurança das relações jurídicas. Assim, continua em vigor a anterioridade nonagesimal mediante lei, independentemente de o tributo ser veiculado por medida provisória. Também em socorro desta interpretação está o fato de que o § 2º, do art. 62 refere-se a *imposto*, que, conforme defendi anteriormente, não se confunde com contribuição; pois, embora ambas as exações sejam tributárias, não mantêm identidade de espécie.
10. Em relação aos impostos, o texto da Reforma foi expresso ao afirmar que a medida provisória só produzirá efeito, ressalvadas as exceções ao princípio da anterioridade que indica, no exercício financeiro seguinte, se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. Daí concluir que o princípio da anterioridade mereceu reforço, não devendo o intérprete reduzir este dispositivo de relevante clareza.
11. Quanto ao art. 246, do Texto Constitucional, que já foi tantas vezes citado, constituiu-se em um dos principais pontos de debate no Congresso Nacional. A solução encontrada foi limitá-lo no tempo, fazendo-o valer desde 1º.01.1995 até 11.09.2.001; ou seja, até a data da promulgação da Emenda regulamentadora das medidas provisórias. Uma solução de matiz nitidamente político, inclusive tendo



em vista uma futura Reforma constitucional tributária. De um lado, não foi simplesmente revogado. Por outro, com a sua eficácia limitada no tempo, não impediria o Governo de realizar novas Reformas, disciplinando-as por medidas provisórias.

12. No campo tributário, não foram tão sensíveis as modificações, permitindo dizer que se tratou de algo bastante sutil, caso a jurisprudência e a prática parlamentar não houvessem permitido, à revelia do Texto Constitucional originário, as hipertrofias de uma *Constituição real* para tão distante da *Constituição normativa*.
13. Quanto às medidas provisórias em vigor, e ainda não votadas quando da promulgação da Reforma, decidiu-se que elas deveriam seguir as novas normas. Ocorre que, no período imediatamente anterior ao segundo turno de votação no Senado Federal, começaram a eclodir boatos sobre uma eventual remessa de inúmeras medidas provisórias ao Congresso Nacional. Isto porque vislumbrava-se a possibilidade de que estas medidas provisórias remanescentes estivessem dispensadas, até mesmo, da reedição, permanecendo em vigor sem estarem submetidas a prazo algum (art. 2º, da Reforma). Reagindo a isto, boa parte dos Juízes federais anunciaram defender a possibilidade do exame judicial dos critérios constitucionais da urgência e da relevância, rememorando um precedente do Supremo Tribunal Federal em relação à extensibilidade das hipóteses materiais para as ações rescisórias.
14. Só o tempo dirá se as sessões congressuais sem quórum, destinadas à votação das medidas provisórias, serão substituídas por eficazes e ágeis sessões separadas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que logo decidiriam sobre as medidas provisórias, para não trancar a pauta.
15. A idéia da Reforma é a de dificultar a *reedição* (art. 62, §§ 7º e 10), permitindo, apenas, a *prorrogação* por mais 60 (sessenta) dias, caso não seja votada a medida provisória pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal. Nesta *prorrogação*, a medida provisória passará a ter prioridade sobre as outras matérias em discussão, trancando a pauta de votações. Portanto, pretende-se distinguir os conceitos de “*prorrogação*” e de “*reedição*”. Se, na “*reedição*”, era



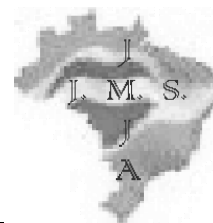
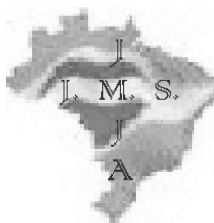
TESES E CONCLUSÕES GERAIS
TÍTULO VII - DE 2.001 EM DIANTE



possível incluir, ou mesmo alterar, alguns assuntos; na “*prorrogação*”, isto não poderia haver.

16. Acompanhando-se os trabalhos do Congresso Nacional brasileiro, verifica-se que a discussão sobre a regulamentação das medidas provisórias está longe de ser encerrada, já havendo Parlamentares anunciando que, imediatamente após a aprovação da Emenda¹²⁷⁰, será apresentada uma outra sobre o mesmo assunto.

¹²⁷⁰ A Emenda Constitucional nº 32 foi promulgada aos 11.09.2001.



(...)

Eis a história de um pai tranqüilo e de um filho de gênio forte.

Certo dia, os dois chegaram a um acordo. Toda vez que o adolescente sentisse que o seu gênio iria transmudar-se em atitudes precipitadas, deveria encaminhar-se até o quintal da sua casa e afixar um prego na cerca dos fundos.

No primeiro dia, foram mais de 40 pregos. Com o tempo, e aos poucos, o número das afixações dos pregos foi diminuindo, até que chegou o dia em que o adolescente chamou o seu pai e lhe disse que, a partir daquele instante, ele havia domado o seu próprio gênio, e não mais precisava de afixar prego algum.

Neste dia, o seu pai lhe deu uma nova tarefa. O filho adolescente deveria, agora, retirar, a cada dia, um prego da cerca.

O tempo foi passando, até que foi retirado o último prego.

Neste dia, o adolescente comunicou ao seu pai que não existiam mais pregos na cerca.

*Foi aí que o pai levou o seu filho até o quintal e lhe disse: - está vendo, os pregos foram retirados; mas olhe como ficou a cerca. Jamais ela será como era antes. Na sua vida, também será assim. Toda vez que fizer algo que machuque ou incomode alguém, por mais que se esforce depois para reparar o seu erro, sempre ficará uma cicatriz, uma marca. **(História popular e de autor desconhecido)***

Brasil – um País adolescente, e cheio de arroubos legislativos.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
QUADRO SINÓPTICO DO SISTEMA
TRIBUTÁRIO BRASILEIRO



QUADRO SINÓPTICO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

UNIÃO FEDERAL					
I. Impostos (art. 153, CF/88)			II. Taxas e Contribuição de Melhoria (art. 145, II e III, CF /88)	III. Contribuições Especiais (art. 149, CF /88)	IV. Empréstimos Compulsórios (art. 148, CF /88)
A) Competência Ordinária (art. 153, I/VII, CF /88)	B) Competência Extraordinária (art. 154, II, CF /88)	C) Competência Residual (art. 154, I, CF /88)	Competência Comum	• Sociais (art. 195, I/III e § 4º, CF /88) • Interventivas • Corporativas	
• Importação de produtos estrangeiros (I.I) • Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (I.E) • Renda e proventos de qualquer natureza (IR) • Produtos industrializados (IPI) • Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativos a títulos ou valores imobiliários (IOF) • Propriedade Territorial Rural (ITR) • Grandes fortunas, nos termos da lei complementar (I.G.F)		Na iminência ou no caso de guerra externa, a União pode instituir impostos compreendidos, ou não, em sua competência tributária.		Impostos não cumulativos, e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na CF /88. Exercida através de lei complementar.	

ESTADOS E DISTRITO FEDERAL		
I. Impostos (art. 155, CF /88)	II. Taxas e Contribuições de Melhoria (art. 145, II e III, CF /88)	III. Contribuição cobrada de seus servidores para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social (ART. 149, Par. Único., CF /88)
• Transmissão <i>causa mortis</i> e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCM/D); • Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS) • Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA)	Competência Comum	

MUNICÍPIOS		
I. Impostos (art. 156, CF /88)	II. Taxas e Contribuições de Melhoria (art. 145, II e III, CF /88)	III. Contribuição cobrada de seus servidores para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social (ART. 149, Par. Único., CF /88)
• Propriedade predial e territorial urbana (IPTU) • Transmissão <i>inter vivos</i>, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direito à sua aquisição (ITBI) • Serviços de qualquer natureza, não compreendidos no ICMS, definidos em lei complementar (ISS)	Competência Comum	



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
QUADRO SINÓPTICO DO SISTEMA
TRIBUTÁRIO BRASILEIRO



REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS		
UNIÃO	ESTADOS E DISTRITO FEDERAL	MUNICÍPIOS
• O Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, quando cobrado na fonte, dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pertencem a estas próprias Pessoas políticas. • 47% do Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e do Imposto sobre produtos industrializados são encaminhados para os Fundos de Participação dos Municípios, dos Estados e de Desenvolvimento das Regiões menos desenvolvidas do Brasil (Norte, Nordeste e Centro-Oeste). • O Imposto sobre operações de câmbio, créditos, seguros, títulos e valores mobiliários, quando incidentes sobre o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial, é repartido 70% para o Município de origem e 30% para o Estado, Distrito Federal ou Território de origem. • 50% do Imposto sobre a propriedade territorial rural são destinados ao Município de origem. • 20% do exercício da competência residual tributária da União devem ser destinados aos Estados e ao Distrito Federal.	• 25% do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior pertencem aos Municípios do Estado, à razão de, no mínimo, $\frac{3}{4}$ em face do valor adicionado; e, no máximo, $\frac{1}{4}$ em face de lei estadual, salvo se se tratar de Território federal, onde a lei será federal. • 50% do Imposto sobre a propriedade de veículos automotores são destinados ao Município de matrícula.	

(*) Observe-se, também:

- a) desvinculação de receitas de impostos e contribuições sociais da União – Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2000;
- b) aplicação de recursos mínimos para a saúde – Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000;
- c) fundo de combate à erradicação da pobreza – Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000.

⁽¹⁾ Vide, ainda, Repartição das Receitas Tributárias (arts. 157/162, da Constituição da República Federativa do Brasil)

⁽²⁾ Por **CF/88**, entenda-se: Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
QUADRO SINÓPTICO DOS IMPOSTOS DO BRASIL



QUADRO SINÓPTICO DOS IMPOSTOS DO BRASIL

Impostos de Competência Federal

Denominações	Bases de Incidência	Fatos Geradores	Bases de Cálculo	Contribuintes
CF/88, art. 153, inc. I CTN, arts. 19/22 IMPORTAÇÃO (II)	Produtos de precedência estrangeira	Entrada de mercadoria no território nacional, arrematação	Peso/quantidade. Valor	Importador, arrematante de mercadoria abandonada
CF/88, art. 153, inc. II CTN, arts. 23/28 EXPORTAÇÃO (IE)	Produtos nacionais ou nacionalizados	Saída de produto do território nacional	Peso/quantidade valor	Exportador
CF/88, art. 153, inc. VI CTN, art. 29/31 PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL (ITR)	Imóvel, por natureza, fora da zona urbana do município	Propriedade, domínio útil, posse	Valor fundiário	Proprietário, titular do domínio, possuidor
CF/88, art. 153, inc. III CTN, arts. 43/45 RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA (IR)	Disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e proventos	Aquisição da disponibilidade	Montante real, arbitrado ou presumido	Titular da disponibilidade
CF/88, art. 153, inc. IV CTN, arts. 46/51 PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)	Produtos industrializados	Desembaraço aduanheiro, saída do estabelecimento, arrematação	Preço normal + II + encargos; valor da operação; preço corrente	Importador, industrial, comerciante, arrematante da mercadoria abandonada
CF/88, art. 153, inc. V CTN, arts. 63/67 OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO E SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS (IOF)	Operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários	Entrega de moeda nacional ou estrangeira, emissão de apólice e a emissão, transmissão ou resgate de títulos ou valores mobiliários	Montante da obrigação ou moeda, prêmio, valor nominal ou cotação em bolsa e o preço	Qualquer das partes, conforme a lei estabelecer
CF, art. 153, VII GRANDES FORTUNAS (IGF)	Grandes fortunas, conforme definido em lei complementar	Propriedade das grandes fortunas	Valor do patrimônio considerado grande fortuna	Declarante proprietário das grandes fortunas



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
QUADRO SINÓPTICO DOS IMPOSTOS DO BRASIL



Impostos de Competência Estadual

Denominações	Bases de Incidência	Fatos Geradores	Bases de Cálculo	Contribuintes
CF/88, art. 155, inc. I, a TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS (ITD)	Bens ou direitos transmitidos por herança ou doados	Transmissão <i>causa mortis</i> e doação	Valor dos bens ou direitos	Herdeiro, legatário ou donatário
CF/88, art. 155, inc. I, b CIRCULAÇÃO DE MARCADORIAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE TRANSPORTES E COMUNICAÇÃO (ICMS)	Mercadoria nacional e estrangeira, alimentação e bebida e transporte interestadual e intermunicipal e comunicação	Saída ou entrada no estabelecimento e fornecimento por bares e similares e prestação dos serviços	Valor da operação, valor de transação + II + IPI + despesas aduaneyras e preço dos serviços	Comerciante, industrial, importador ou arrematante e prestador dos serviços
CF/88, art. 155, inc. I, c PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA)	Veículos automotores	Propriedade do veículo	Valor venal ou preço de venda ou de arrematação	Proprietário de veículo ou arrematante

Impostos de Competência Municipal

Denominações	Bases de incidência	Fatos Geradores	Bases de cálculo	Contribuintes
CF/88, art. 156, inc. I CTN, arts. 32/34 PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA (IPTU)	Imóvel por natureza ou por acessão física, na zona urbana do município	Propriedade, domínio útil e posse	Valor venal	Proprietário, titular do domínio e possuidor
CF/88, art. 156, inc. II TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS (ITBI)	Bens imóveis e direitos relativos a imóveis	Transmissão da propriedade e cessão de direitos	Valor venal dos bens e direitos	Adquirente dos bens e direitos
CF/88, art. 156, inc. III SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISS)	Serviços	Prestação de serviços	Preço do serviço	Prestador de serviços

Veja-se, também, os Quadros Econômicos do Brasil no Título V, Capítulo 15.¹²⁷¹

¹²⁷¹ 1. Dívida Líquida do setor público. 2. Dívida interna dos Governos federal, estaduais, municipais e das estatais. 3. Reservas internacionais do Brasil. 4. Relação entre os Títulos da Dívida Pública interna e o Produto Interno Bruto brasileiro.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
QUADRO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS
EDITADAS E REEDITADAS POR GOVERNO



**QUADRO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS
EDITADAS E REEDITADAS POR GOVERNO**

Medidas Provisórias

Edição e Reedição por Governo

Atualizado em 03.09.2.001

Governo	José Sarney (3.1985 a 3.1990)	Fernando Collor (3.1990 a 10.1992)	Itamar Franco (10.1992 a 12.1994)	Fernando Henrique 1º Governo (1.1995 a 12.98)	Fernando Henrique 2º Governo (12.98 a *)	Total Geral
Originárias	125	87	141	160	93	606
Reeditadas	22	73	364	699 ⁽¹⁾ 1.750	137 ⁽¹⁾ 2.464	5.509
Convertidas	109	66	121	82	86	464
Revogadas	2	5	5	11	6	29
Sem Eficácia	5	5	15	3	1	29
Rejeitadas	9	11	-	1	1	22
Em Tramitação	-	-	-	38	24	62
Editadas	147	160	505	2.609	2.667	6.088

(1) Reedições de Medidas de Governos anteriores



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
PRINCIPAIS MUDANÇAS NA EDIÇÃO DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS BRASILEIRAS



Principais Mudanças na Edição das Medidas Provisórias Brasileiras

TEXTO ORIGINAL		EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001
30 dias	Prazo de Vigência	60 dias, prorrogáveis por mais 60
Podem ser reeditadas várias vezes	Reedição	Proibida
Não podem tratar de matéria penal nem assuntos que tenham sido objeto de emendas constitucionais, entre outros	Conteúdo das MP's	Além dos atuais, não poderão versar sobre orçamentos, ativos financeiros, poupança popular, seqüestro de bens, temas regulamentáveis por meio de lei complementar, entre outros
30 dias, podendo ser reeditada	Prazo para Votação pelo Congresso	45 dias, sob pena de trancar a pauta de votações
As MP's são analisadas no Congresso por comissão mista de senadores e deputados	Tramitação	A tramitação sempre se iniciará pela Câmara e a votação será separada nas duas casas

- (1) Conforme a Emenda Constitucional nº 32/11.09.2.001, a cobrança de impostos, criados ou majorados por medida provisória, apenas poderá ser realizada no ano seguinte, se houver a conversão em lei no exercício anterior.
- (2) Esta Emenda Constitucional não mencionou as contribuições sociais para a seguridade social, que constituem a maior fonte de receita do Governo federal, mantendo-se quanto a elas a anterioridade nonagesimal; nem tampouco referiu-se às contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE), que estão crescendo em importância.¹²⁷²

¹²⁷² Exemplos recentes: a) a CIDE sobre a remessa de royalties para o exterior, que foi criada no ano de 2.000; b) o Projeto de Emenda Constitucional que pretende criar a CIDE nas importações de petróleo, em substituição à atual Parcela de Preço Específica (PPE), que a Petrobrás paga ao Governo federal.



TESES E CONCLUSÕES GERAIS
PRINCIPAIS ASPECTOS DO ORÇAMENTO 2.002



Principais Aspectos do Orçamento 2.002

	Em bilhões de reais	
Arrecadação total		308,3
Gastos totais		280,5
– Pagamento de juros		72,1
– Servidores da ativa		38,1
– Aposentados e pensionistas		31,1
– Transferências para estados e municípios		47,2
– Benefícios da Previdência Social		83,8
– Gastos com saúde		21,0
– Arrecadação do Imposto de Renda		63,5
– Receita da CPMF		25,7
– Superávit primário (sem juros)		36,7
– Dispendios com educação		8,2
– Fundo de Combate à Pobreza		5,0



BIBLIOGRAFIA

A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada – São Paulo, Price Waterhouse, 1988.

ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. Vol. II (trad. António Borges Coelho); Vol. III (trad. Armando da Silva Carvalho); Vol. VI (trad. António Ramos Rosa); Vol. VII (trads. António Ramos Rosa e António Borges Coelho). 3ª. ed., Lisboa, Editorial Presença, 1984 (Vols. II e III), 1982 (Vols. VI e VII).

_____. **Teoría de la Argumentación Jurídica - La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica**. Trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri, Suhrkamp, 1989.

ABREU, Florencio de. **A Constituição e o Projecto de Constituição da República Rio-Grandense**. Porto Alegre, Typ. do Centro, 1930.

ACCIOLY, Aristófanes. **Contribuição de Melhoria e Valorizações Imobiliárias**. Rio de Janeiro, Ed. Finanç., 1951.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.

ACCIOLY, Mário. **Execuções Fiscais**. Rio de Janeiro, 1936.

ACUANÁ, Andueza. **Los Cambios Constitucionales en America**. México, UNAM, 1977.

ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade - no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária, 1989.

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

ADLER, John. **Recursos financieros y reales para el desarrollo**. México, 1961.



BIBLIOGRAFIA



- ADROGUÉ, Carlos. **Poderes impositivos federal y provincial sobre los instrumentos de gobierno**. Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1943.
- AFTALIÓN, Enrique. **Los principios generales del Derecho y la Reforma del Código Civil**, in Anales de la Fac. de Ciências Jurídicas y Sociales de la Plata, 1940.
- AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA. **Introducción al derecho**. 6ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1960.
- AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires. Abeledo – Perrot, 1988.
- AGIRREAZKUENAGA, Inaki. **La coacción administrativa directa**. Madrid, Ed. Civitas, 1990.
- AGUIAR DIAS, José de. **A Equidade é Poder do Juiz**, in RF, vol. 164, fasc. 633, 1956.
- AGUIAR, Roberto A R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo, Alfa-Omega, 1980.
- _____. **O que é justiça; uma abordagem dialética**. São Paulo, Alfa-Omega, 1982.
- AHUMADA, Guillermo. **Tratado de finanzas públicas**. Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1969.
- ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência**. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.
- ALDER, John. **Constitucional and Administrative Law**. London, Macmillan, 1989.
- ALEMANN, Roberto. **Reflexiones sobre el gasto publico**. Buenos Aires, 1971.
- ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960.
- ALESSI, Renato e STAMMATI, Gaetano. **Istituzioni di Diritto Tributario**. Torino, Unione Tipografica s.d.



BIBLIOGRAFIA



ALLORIO, Enrico. **Diritto Processuale Tributario**. 4ª ed., Torino, UTET, 1962.

_____. **Diritto Processuale Tributario**. 5ª ed., Torino, UTET, 1969.

ALMEIDA, Antônio Figueira. **A Constituição de Dez de Novembro, explicada ao povo**. Rio de Janeiro, DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), 1940.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Competência na Constituição de 1988**. São Paulo, Ed. Atlas S.A, 1991.

ALMINO, João. **Era uma vez uma Constituinte; Lições de 1946 e as Questões de hoje**. São Paulo, Brasiliense, 1985.

ALMIRO, Afonso. **Controle Financeiro das Autarquias**. Rio de Janeiro, Ed. Financ., 1953.

_____. **Técnica Orçamentária**. São Paulo, Ed. Atlas, s/d.

_____. **Questões de Técnica e Direito Financeiro**. Rio de Janeiro, Ed. Financ., 1957.

ALTERINI, Atilio Anibal. **La inseguridad jurídica**. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1993.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, A Política e a História**. Trad. Luiz Cary e outro, Lisboa, Presença, 1972.

ALVES, João Luís. **Reforma Constitucional**. Belo Horizonte, 1902.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra. Livraria Almedina. 1986.

_____. **Direitos fundamentais dos administrados** in Nos Dez Anos da Constituição (organização de Jorge Miranda), Lisboa, Imprensa Nacional, 1986.

_____. **Direito Administrativo**. Vol. II. A edição corresponde à revisão das suas lições de 1983/84, levando em conta a publicação do primeiro volume do Curso de Direito Administrativo (Coimbra 1986). Lisboa, 1988.



BIBLIOGRAFIA



- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 1ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1997.
- AMOROS, Narciso. **Derecho Tributario (Explicaciones)**. Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1963.
- ANDRADA, José Bonifácio Olinda de. **Empréstimos Públicos nas Relações Internacionais**. Belo Horizonte, 1927.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico - Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- ANDREOZZI, Manuel. **Derecho Tributario Argentino**. Buenos Aires, Tipográfica Ed. Argentina, 1951.
- ANDRIOLI, Virgilio. **Studi sulla Giustizia Costituzionale**. Milano, Giuffrè, 1992.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, 7ª ed. Parte Generale. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1975.
- ANTONINI, Euclide. **La soggettività tributaria**. Napoli, Morano, 1965.
- ANZON, Adele. **La corte costituzionale e il diritto vivente**. In onore de Vezio Crisafulli. Padova, CEDAM, 1985.
- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor. 1998.
- ARANOVICH, Manuel Horacio. **Integración económica: ALALC y la posición argentina**, in La Ley, 1970.
- ARAÚJO, Castro. **A Constituição de 1937**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1941.
- ARDANT, Gabriel. **Théorie sociologique de l'impôt**. Paris, SEVPEN, 1965.



BIBLIOGRAFIA



- ARGAÑARÁS, Manuel. **La prescripción extintiva**. Buenos Aires, 1966.
- ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida, 2ª ed., São Paulo, Perspectiva, 1988.
- _____. **Da Revolução**. Trad. Fernando Dídimo Vieira, 2ª ed., São Paulo, Editora Ática, 1990.
- _____. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo, 5ª ed., São Paulo, Editora Forense Universitária, 1991.
- ARISTÓTELES. **Éthique à Nicomaque**. Trad. J. Tricot. 2ª ed., Paris, L. Philosophique Vrin, 1967.
- _____. **Tratados de Lógica**. 5ª ed. México, Porrúa, 1979.
- ARRUDA, Teresa e ALVIM, ARRUDA. **Mandado de Segurança contra ato judicial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- ARZUA, Heron. **Contribuição ao Estudo dos Tributos Parafiscais**. São Paulo, Ed. Resenha, IBT, 1974.
- ASCARELLI, Tulio. **Il Problema delle Lacune**. Archivo Giurídico, 94, 1925.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Tipicidade dos Direitos Reais**. Lisboa, Minerva, 1968.
- _____. **O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira**. 10ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.
- ASSIS, José de. **Do mandado de segurança contra ato judicial: pressupostos de admissibilidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989.
- ASÚA, Luis Jimenez de. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II e III. Buenos Aires, Losada, 1951.
- ATALIBA, Geraldo. **O Decreto-lei na Constituição de 1967**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. **O Decreto-lei na Constituição de 1967**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967.
- _____. **O Decreto-lei na Constituição de 1967**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971.
- _____. **Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1969.
- _____. **Lei Complementar na Constituição**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971.
- _____. **Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico**. São Paulo, 1972.
- _____. **República e Constituição**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. **Hipótese de Incidência Tributária**. 4ª. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. **O Município e os Municípios da Constituição Federal de 1946**. São Paulo, 1947.
- _____. **Natureza Jurídica da contribuição de melhoria**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.
- AUGUSTO, José. **O anteprojeto da Constituição em face da democracia**. Rio de Janeiro, Schmidt, 1933.
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. New York, The Noonday Press, 1954.
- AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, Ed. H. Laemmert & Cia. 1881.



BIBLIOGRAFIA



- AYALA, Perez de. **Derecho Tributario**. Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1968.
- AYALA, José Luiz Perez de e GONZALEZ, Eusebio. **Curso de Derecho Tributario (I)**. Madrid, EDERSA, 1975.
- BACHOF Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra, Atlantida Editora, 1977.
- BAGNOLI, Bruno. **Imposizione sul valore aggiunto**. Milano, Giuffrè, 1964.
- BALEEIRO, Aliomar. **O imposto sobre a renda: prática, doutrina, legislação**. Salvador/Bahia, Livraria Editora Baiana, 1938.
- _____. **A Tributação e a Imunidade da Dívida Pública**. Bahia, Liv. Ed. Bahiana, 1939.
- _____. **Alguns Andaimas da Constituição**. Rio de Janeiro, Aloísio Maria de Oliveira Editora, 1950.
- _____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1955.
- _____. **Clínica Fiscal – questões de finanças e de direito tributário**. Bahia, Liv. Progresso, 1958.
- _____. **O Direito Tributário da Constituição**. Rio de Janeiro, Ed. Finanças, 1959.
- _____. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- _____. **Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1964.
- _____. **Uma introdução à ciência das finanças**. 4ª ed., revista e adaptada à Constituição de 1967 e ao Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1968.
- _____. **Supremo Tribunal Federal esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1968.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª ed., revista e atualizada pela Dra. Misabel Derzi. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997.
- _____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Atualizador: Dejalma de Campos. 15ª ed.. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. São Paulo, Malheiros, 1992.
- _____. **Elementos de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1992.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. Ed. Resenha Tributária, 1979.
- _____. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte, FUMARC, 1982.
- _____. **Processo Constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984.
- BARATA, Júlio. **O Espírito da nova Constituição**, Rio de Janeiro, Mandarinino e Molinaro Ltda, 1938.
- BARBALHO, João Uchoa Cavalcanti. **Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia, 1924.
- _____. **Novo Processo Civil brasileiro**. vol.II. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1976.
- BARBOSA, Ruy. **A Constituição de 1891**, in Obras Completas. Ministério da Educação e Saúde.
- _____. **O art. 6º da Constituição e a Intervenção de 1920 na Bahia**. Rio de Janeiro, A J. de Castilho, 1920.
- _____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coleção Homero Pires. vol. II. São Paulo, Editora Saraiva, 1933.



BIBLIOGRAFIA



- BARCELLOS, Milton. **Evolução Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933.
- BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e processo economico**. Napoli, Jovene Editore, 1973.
- BARRÉ, Raymond. **Economía política**. Barcelona, Ed. Ariel, 1964.
- BARRETO, Carlos Xavier Paes. **A Constituição do Estado Novo**. Rio de Janeiro, A Coelho Branco Filho, 1938.
- BARRETO, Lauro Muniz. **Direito Bancário**. São Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito, 1975.
- BARROS FILHO, Theotônio Monteiro. **As Taxas e seus Principais Problemas Teóricos**. São Paulo, Ed. Resenha dos Tribunais, 1941.
- BARROS, Buys de. **Ensaio sobre a Parafiscalidade**. Rio de Janeiro, Konfino, 1956.
- BARROS, José Maurício Fernandes Pereira de. **Apontamentos de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1855.
- _____. **Situação Financeira do Brasil**. Rio de Janeiro, 1867.
- BARROS, Luiz Celso. **Ciência das Finanças – Direito Financeiro**. 4ª ed., São Paulo, Edipro, 1991.
- BARROSO, José Liberato. **Observações sobre o art. 61, da Constituição Política do Império**. Fortaleza, Typ.Brasileira de Paiva & Cia., 1861.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1990.
- BASCIU, Antonio Ferdinando. **Contributo allo studio della obbligazione tributaria**. Napoli, Ed. Jovene, 1966.



BIBLIOGRAFIA



- BASSAS, J. J. Perulles. **Leciones de Derecho Fiscal**. Barcelona, José Maria Bosch, 1957.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. São Paulo, Editora Saraiva, 1991.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.
- BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. **Manual de Direito Público e de Direito Constitucional Brasileiro**. Bahia, 1914.
- BATTIFOL, Henri. **A Filosofia do Direito**. Trad. Eugénio Cavaleiro, 6ª ed., Lisboa, Editorial Notícias, 1981.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo, Editora Saraiva, 1963.
- _____. **A Interpretação das Leis Tributárias e a teoria do abuso das formas jurídicas e da prevalência do conteúdo econômico**. Porto Alegre, 1965.
- _____. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1972.
- _____. **Carnaval Tributário**. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- BECKER, Enno. **La elaboración autónoma de los principios del derecho tributario**, in Estudos del Centro de Investigaciones de Derecho Financiero, 1941.
- BELSUNCE, Horácio A Garcia. **La interpretación de la ley tributaria**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.
- BELTRAN FLOREZ, Lucas. **Lecciones de derecho fiscal**. Valladolid, 1968.
- BERFORD, Alvaro Bittencourt. **O Estado Nacional e a Constituição de Novembro de 1937**. Rio de Janeiro, DIP, 1944.



BIBLIOGRAFIA



- BERLIRI, Antonio. **Principi di diritto tributario**. Milano, Giuffrè, 1952.
- _____. **L'ordinamento tributario della prima metà del sec. XIV nell'opera di Bartolo di Sassoferrato**. Milano, Giuffrè, 1952.
- _____. **Principi di diritto tributario**. Milano, Giuffrè, 1964.
- _____. **Principios de derecho tributario**. Trad. Fernando Vicente Arche Domingo. Vol. 1º, Madrid, Editorial de derecho financiero, 1964.
- _____. **Corso istituzionale di diritto tributario**. Milano, Giuffrè, 1965.
- _____. **Princípios de Derecho Tributário** (Vol. II). Traducción por Narciso Amorós Rica y Eusebio González Garcia. Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1971.
- _____. **Corso Istituzionale di Diritto Tributario**. T. I, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1974.
- _____. **Corso Istituzionale di Diritto Tributario**. Volume Primo. Milano, Giuffrè, 1985.
- BERLIRI, Luigi Vittorio. **El Impuesto Justo**. Trad. Fernando Vicente e Arche Domingo. Madrid, Edita Instituto de Estudios Fiscales, 1986.
- BERTINI, Alessandro. **Norma e situazione nella semantica giuridica**. Milano, Giuffrè, 1958.
- BETTELHEIM, Charles. **Problemas teóricos y prácticos de la planificación**. Madrid, 1962.
- BETTI, Emilio. **Interpretazioni della Legge e Degli Atti Giuridici**. Milano, Dott. A Giuffrè, 1949.
- _____. **Teoria Generale Della Interpretazione**. 1ª ed. Milano, Giuffrè, 1955.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil** (Vol. I). 2ª. ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed., Brasília, Ministério da Justiça, 1972.
- BIDART CAMPOS, Germán. **Manual de derecho constitucional argentino**. Buenos Aires, 1972.
- BIELSA, Rafael. **El orden politica y las garantias jurisdiccionales (Separacion de Poderes y vigencia del Derecho)**. Buenos Aires, 1943.
- _____. **Estudios de derecho público**, T. I. Buenos Aires, 1950.
- _____. **Derecho fiscal**. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1951.
- _____. **Estudios de derecho público**. Vol. 2, Deerecho Fiscal. Buenos Aires, Depalma, 1951.
- _____. **Compendio de derecho público, constitucional, administrativo y fiscal**. Vol. 3º, Derecho Fiscal. Buenos Aires, Depalma, 1952.
- _____. **Democracia Y Republica**. Edición póstuma. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1985.
- _____. **Los Conceptos y su Terminologia**. 3ª edición aumentada – reimpresión. Buenos Aires, Depalma, 1987.
- BIENVENU, Jean-Jacques. **Droit Fiscal**. Paris. Presses Universitaires de France, 1987.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1971.
- BLUMENSTEIN, Ernst. **System des Steuerrechts**. 2ª ed., revista. Zürich, Poligraphischer Verlag A G, 1951.
- _____. **Sistema di diritto dell'imposte**. Trad. Francesco Forte. Milão, Giuffrè, 1954.
- BOBBIO, Norberto. **L'Analogia nella logica del Diritto**. Turim, Istituto Giuridico, 1938.
- _____. **Teoria della scienza giuridica**, Turín, 1950.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant**. Turín, 1957.
- _____. **Teoria della Norma Giuridica**. Torino, Viretto, 1958.
- _____. **Studi per una Teoria Generale del Diritto**. Torino, Giappichelli, 1970.
- _____. **Dalla Struttura alla Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto**. Milano, Edizioni di Comunità, 1977.
- _____. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1986.
- _____. **Dicionário de Política**. Tradutores João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1986.
- _____. **Teoria General del Derecho**. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. Bogotá, Editorial Temis, 1987.
- _____. **Estudos sobre Hegel**. 1ª. ed., São Paulo, Brasiliense, 1989.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Ap. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo, Polis, Brasília Editora Universidade de Brasília, 1989.
- _____. **El Existencialismo**. Trad. de Octavio G. Barreda. Versão de Lore Terracini. 90ª reimpressão. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- _____. **Principi Generali di Diritto**, in Nuovissimo Digesto Italiano, t. XIII, Turim, UTET, s.d.
- BOCHENSKI, J. M. **Diretrizes do Pensamento Filosófico**. Rio de Janeiro, Editora Herder, 1961.
- BOECHAT RODRIGUES, Leda. **A história do Supremo Tribunal Federal**. vol. I (1965) - vol. II (1968) – vol. III (1991). Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.



BIBLIOGRAFIA



BONAVIDES, Paulo. **Direitos Políticos e Partidos Políticos na Constituição brasileira de 1967**, em Estudos sobre a Constituição de 1967. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1968.

_____. **Reflexões: Política e Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1991.

BORGES, Arnaldo. **O Sujeito Passivo da Obrigação Tributária**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.

BORGES, José Souto Maior. **Iniciação ao Direito Tributário**. Recife, 1966.

_____. **Reforma do Sistema Tributário Brasileiro**. Recife, CAM, 1967.

_____. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **Isonções Tributárias**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais e Educ, 1975.

_____. **Isonções Tributárias**. 2ª.ed., São Paulo, Sugestões Literárias S.A., 1980.

_____. **Obrigação Tributária - Uma Introdução Metodológica**. São Paulo, Editora Saraiva, 1984.

BORJA, Célio. **A Federação na Constituição do Brasil**, em Estudos sobre a Constituição de 1967, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1968.

BORRÁS, Gabriel Giampietro. **Las tasas en la hacienda pública**. Montevideo, 1959.

BRACHET, Bernard. **Le Système Fiscal Français**. 2 édition. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.

BRAGA, Leopoldo. **Imunidades Diplomáticas em matéria tributária**. Rio de Janeiro, 1960.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.
- BRANDÃO, Alonso. **Contabilidade Pública**. 3ª ed., Rio de Janeiro, 1952.
- BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. **Do mandado de segurança**. 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1965.
- _____. **Tratado de Direito Administrativo**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Livraria Freitas Bastos, 1964.
- BREVES, Artur. **A Revisão da Constituição Federal de 24 de fevereiro**. São Paulo, Typ. a Vapor Paupério & Comp., 1901.
- BREWER, Allan R. **Estado de Derecho y Control Judicial**. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
- BRUN, Jean. **Os Pré-Socráticos**. Trad. Armindo Rodrigues. Lisboa, Edições 700, Biblioteca Básica de Filosofia.
- BRYCE, James. **Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas**. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- BUCHANAN, James. **Hacienda pública**. Madrid, Ed. de Derecho Financiero, 1968.
- BUGARIM, Bento. **Taxa no Sistema Tributário Brasileiro**. Brasília, Universidade de Brasília, 1968.
- BÜHLER, Ottmar. **Princípios de Derecho Internacional Tributário**. Trad. Fernando Cervera Torrejon. Madri. Derecho Financiero, 1968.
- BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho**. Madrid, Estudios Políticos. Vol 1º, Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo, 1962; Vol. 2º, Estudios de derecho financiero, 1962; Vol. 3º, Estudios de derecho financiero, 1963; Vol. 4º, Estudios de derecho financiero, 1966.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **XI Semana de estudos de derecho financiero**. Vols. 1º e 2º. Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1964.
- _____. **Lecciones de derecho financiero**. Madrid, Sección Publicaciones Universidad Complutense, 1979.
- _____. **Lecciones de Derecho Financiero**. Sexta Edición. Madrid, Universidade Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1988.
- CABIEDES, Eduardo Gutierrez. **Elementos essenciais para un sistema de medidas cautelares** – in El Sistema de Medidas Cautelares de Leonardo Prieto – Castro y Ferrándiz e outros. Pamplona, EUNSA, 1974.
- CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Tomo I, 1ª ed. brasileira, Ed. Forense, 1970.
- _____. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, vol.1. Lisboa, Coimbra Editora, 1972.
- _____. **Direito Constitucional**, vol. I. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1977.
- _____. **Direito Constitucional**. vol. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978.
- _____. **Constituições Portuguesas**. 5ª. ed., Lisboa, Verbo, 1981.
- _____. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª ed. revista e ampliada por Miguel Galvão Telles. Coimbra, Livraria Almedina, 1983.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso Civil**. vol. III – Proceso Civil y Constitucional. Buenos Aires, EJE, 1973
- CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico – lezioni di storia del diritto italiano** 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1959.



BIBLIOGRAFIA



CALMON, Pedro. **A Constituição**, in História do Brasil; o Império; 1800-1889. Cia. Editora Nacional, 1947.

_____. e outros. **Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislação do Império do Brasil**. Brasília, 1972.

CAMPANHOLE, Adriano e LOBO, Hilton. **Constituições do Brasil (1988, 1969, 1967, 1946, 1937, 1934, 1891, 1824)**. 10ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 1989.

CAMPOS, Cândido H.. **Planejamento Tributário**. 4ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 1987.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito Financeiro e Orçamentário**. São Paulo, Editora Atlas, 1995.

_____. **Direito Processual Tributário**. 4ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 1996.

CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. **Direito Tributário**. Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. **Direito Constitucional**. vol. II. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1956.

_____. **Introdução crítica à filosofia do direito**. Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais

_____. **O Espírito do Estado Novo; interpretação da Constituição de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, Serviço de Divulgação da Polícia Civil do Distrito Federal, 1937.

_____. **O Estado Nacional, sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro, Ed. José Olympio, 1941.

_____. **O Poder Judiciário na Constituição de 1937 - discursos proferidos pelo Ministro Eduardo Espínola, Presidente do Supremo Tribunal Federal e Professor Francisco Campos, Ministro da Justiça, na solenidade de abertura dos trabalhos do Tribunal, em 02 de abril de 1941**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1941.



BIBLIOGRAFIA



CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. **A "Crise" no Direito**. Recife, 1990.

_____. **Efetividade Constitucional (Princípio) Capacidade Contributiva**. Recife, 1990.

_____. **Princípio de Efetividade Constitucional**. Recife, 1990.

_____. **Isonomia: Princípio**. Recife, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra, Livraria Almedina, 1974.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1982.

_____. **Direito Constitucional**. 3ª. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1983.

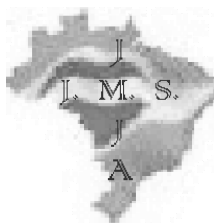
_____. **Direito Constitucional**. 4ª. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1987.

_____. **Direito Constitucional**. 5ª. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

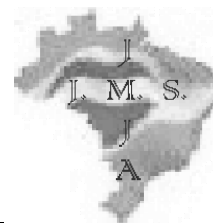
_____. **Direito Constitucional**. 6ª. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa – Lei do Tribunal Constitucional**. 5ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. **Temas de Direito Tributário**. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Financ., 1955.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **A Causa da Obrigação Tributária. Temas de Direito Tributário.** Vol. I, Rio. Alba, 1964.
- _____. **O Processo Tributário.** Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1964.
- _____. **Estudos e Pareceres de Direito Tributário.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- CAPELLA, Juan Ramon. **El derecho como language.** Barcelona, Ariel, 1968.
- CAPPELLETI, Mauro. **Dimensione della Giustizia nella Società Contemporanea.** Bologna, Il Mulino, 1984.
- _____. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 1ª ed. Porto Alegre, Sergio A Fabris, 1984.
- _____. **La Responsabilidad de los Jueces.** Argentina, Fundação para a Investigação das Ciências Jurídicas. 1988.
- CARDOSO, Newton. **Tributação do Ato Ilícito.** Recife, Editora Regis, 1956.
- CARDOSO, Virgílio de Oliveira. **Poderes Implícitos ou a Intervenção Federal dos Estados estudadas à luz da doutrina, da legislação comparada e em face da Constituição brasileira.** Pará, Typ. da Imprensa Oficial.
- CARNEIRO, Erimã. **A Nova Lei sobre Lucros Extraordinários.** Rio de Janeiro, Ed. Aurora, 1946.
- _____. **Lei 4.506-A Nova Lei do Imposto de Renda.** Rio de Janeiro, Ed. Financeiras, 1965.
- CARNEIRO, Levi Fernandes. **Conferência sobre a Constituição.** Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1936.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito.** Trad. A Rodrigues Queiró e outro. São Paulo, Editora Saraiva, 1942.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Teoria Generale del Diritto**. 3ª ed., Foro Italiano, 1951.
- CARONE, Edgard. **A Terceira República – 1937 - 1945**. São Paulo, Editora Difel, 1976.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2ª ed. revista e ampliada e atualizada pela Constituição Federal de 1988. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- CARREIRA, Castro. **História Financeira e Orçamentária do Império do Brasil desde a sua Fundação**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889.
- CARRIÓ, Alejandro. **Garantias constitucionais en el proceso penal**. Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1984.
- CARRIÓ, Genaro R. **Algunas Palabras sobre Las Palabras de La Ley**. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1971.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988**. 4ª. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1991.
- _____. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo, Editora Saraiva, 1998.
- _____. **Dificuldades Jurídicas emergentes da adoção dos chamados "Tributos Fixos"**. São Paulo, CEAD- AIT - CEET - Resenha Tributária, 1975.
- _____. **Teoria da Norma Tributária**. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Vol. I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1977.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Los Principios Generales del Derecho Administrativo**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.
- CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 2ª ed./2. t., São Paulo, Editora Atlas, 1990.



BIBLIOGRAFIA



- CASTAGNINO, Antônio Souto. **A Nova Constituição brasileira promulgada aos 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, A Coelho Branco Filho, 1938.
- CASTRO, Antonio Olímpio Viveiros de. **Tratado dos Impostos**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910.
- CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989.
- _____. **O Congresso e as Delegações Legislativas – Limites do Poder Normativo do Executivo**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986.
- CASTRO, José Antônio Pedreira de Magalhães. **Algumas Notas à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, precedidos de Introdução e Paralelo ou Comparação da Constituição Política do Império de 1824 com a Constituição Decretada pelo Governo Provisório da República de 1890**. Rio de Janeiro, Typ. Perseverança, 1890.
- _____. **Esboço de Projeto da Constituição Federal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, Typ. de G. Leuzinger e Filhos, 1890.
- CASTRO, Juan Pedro. **Impuesto al valor agregado**. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1982.
- CASTRO NUNES. **Do mandado de segurança** – atualizado por José de Aguiar Dias. 8ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense.
- CASTRO, Raimundo de Araújo. **Manual da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro, Leite Ribeiro & Maurílio, 1918.
- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado dos impostos (Estudo teórico e prático)**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910.
- CAVALCANTE, Enoque Gomes. **Sustentabilidade do Desenvolvimento. Fundamentos Teóricos e Metodológicos do Novo Paradigma**. Recife, Editora Universitária, Universidade Federal de Pernambuco, 1998.



BIBLIOGRAFIA



CAVALCANTI, Amaro. **Elementos de Finanças**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1896.

_____. **Resenha Financeira do Ex-Império do Brasil em 1889**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1890.

_____. **Responsabilidade Civil do Estado**. Atualizado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1957.

CAVALCANTI, Jacob. **Histórico da Dívida Externa Federal**. Rio de Janeiro, 1923.

CAVALCANTI, Severiano Andrade. **Histórico dos Impostos de Consumo**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1924.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **L'Avant Projet de Constitution Soumis à L'Assemblée Constituant Bresilienne**. Rio de Janeiro, Legislation Bresilienne, 1934.

_____. **A Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro, 1948.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1964.

CHIESA, Clélio. **Medidas Provisórias – O Regime Jurídico Constitucional**. Curitiba, Editora Juruá, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo, Editora Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo, Saraiva, 1969.

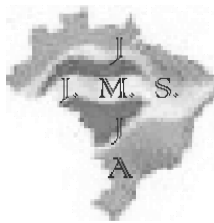
CHOMSKY, Noam. **Lingüística Cartesiana**. Trad. Francisco M. Guimarães. São Paulo, Vozes, 1972.



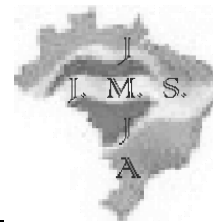
BIBLIOGRAFIA



- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Atividade Legislativa do Poder Executivo do Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- COELHO, Henrique. **A Constituição de 1891 e a Constituinte de 1901**. São Paulo, Typ. do Diário Oficial, 1903.
- COELHO, José Washington. **Código Tributário Nacional Interpretado**. Rio de Janeiro, Ed. Correio da Manhã, 1968.
- _____. **Compêndio de Direito Financeiro**. São Paulo, Resenha Tributária, 1994.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário**. 5ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990.
- _____. **Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. **Interpretação no Direito Tributário. Estudos de Direito Tributário**, vol. 1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- COCIVERA, Benedetto. **Il concordato tributario**. Milano, Società Editrice, 1948.
- _____. **Principi di diritto tributario**. Milão, Giuffrè, 1961.
- COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Trad. de Juan Manuel Mauri. Espanha, Editora Ariel, 1976.
- CONTRERAS, Ana M. Carmona. **La Configuración Constitucional del Decreto-ley**. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- COOLEY, Thomas M. **A treatise on the Constitutional limitations** (7 th Ed), com notas de Victor H. Lane. Boston, Little, Brown and Company, 1903.



BIBLIOGRAFIA



- COQUEJO COSTA. **Processo do Trabalho: Princípios e Peculiaridades**, in Curso de Direito do Trabalho (Em homenagem a Mozart Victor Russomano), São Paulo, Editora Saraiva, 1985.
- CORDEIRO, António Menezes. **Da Inconstitucionalidade da Revogação dos Assentos**. Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. vol. I.. (organização de Jorge Miranda) , Coimbra Editora.
- _____. **Da Boa fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.
- _____. **A Constituição patrimonial privada**. Extraído de Estudos sobre a Constituição. Vol. III. Livraria Petrony. 1979.
- CORREA, Oscar Dias. **A Constituição de 1967, contribuição crítica**. Rio de Janeiro, Forense, 1969.
- CORREIA, José Sérvulo. **Os Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Estudos sobre a Constituição vol. III (coordenação de Jorge Miranda). Livraria Petrony, 1979.
- _____. **Os contratos económicos perante a Constituição**, in Nos Dez Anos da Constituição (organização de Jorge Miranda).Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986.
- _____. **Os princípios constitucionais do direito administrativo** in Estudos sobre a Constituição. (coordenação de Jorge Miranda) 3º vol., Lisboa, Petrony, 1977-1979.
- _____. **Noções de Direito Administrativo**. Lisboa, Danubio, 1982.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías. **Ordenamiento tributario español**. Madrid, 1970.
- COSCIANI, Cesare. **Principios de ciencia de la hacienda**. Madrid, 1960.
- _____. **El Impuesto al valor agregado**. Buenos Aires, 1969.



BIBLIOGRAFIA



COSSIO, Carlos. **La Teoría Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. 2ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

_____. **A Plenitude do Ordenamento Jurídico**. 2ª ed. Buenos Aires, Editora Losada, 1947.

_____. **Las lagunas del derecho**. Inst. Argentino de Filosofía Jurídica y Social, 1942.

_____. **Teoria de la verdad jurídica**. Buenos Aires, Editora Losada, 1964.

COSTA, Alcides Jorge. **ICM na Constituição e na Lei Complementar**. São Paulo, Ed. Resenha, 1978.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Comentários Breves à Constituição Federal**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

COSTA, José Manuel Cardoso da. **Curso de Direito Fiscal**. Coimbra, Livraria Almedina, 1972.

_____. **A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais** (Colaboração de José Casalta Nabais). Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça nº 396 – Maio/1990.

COSTA JR., Paulo José e DENARI, Zelmo. **Infrações Tributárias e Delitos Fiscais**. 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

COSTA, Valdes. **Curso de Derecho Tributario**. Montevideo, 1970.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo. Hemus, 1975.

_____. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint, 1991.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires, 1958.



BIBLIOGRAFIA



CRETELLA JÚNIOR, José. **Os "writs" na Constituição de 1988**. 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1989.

_____. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo, Bushatsky, 1967.

_____. **Lezioni di diritto costituzionale**. 6ª ed. Edizione aggiornata a cura di Francesco Crisafulli. Padova, CEDAM, 1993.

CRISAFULLI, Vezio e PALADIN, Livio. **Commentario breve della Costituzione**. Padova, 1990.

CZERNA, Renato Cirell. **Ensaio de Filosofia Jurídica e Social. Notas sobre o problema da certeza do Direito**. São Paulo, Editora Saraiva, 1965.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 14ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

FARBER, DANIEL; ESKRIDGE, William N.; FRICHEY, Philip P. **Constitutional Law – Themes for the Constitution's Third Century**. West Publishing. St. Paul, 1993.

DABIN, Jean. **Teoría general del derecho**. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional e Instituições Políticas**. Bauru, Editora Jalovi, 1986.

_____. **Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias**. Brasília, Editora Brasília Jurídica, 1997.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de Direito Positivo, in Igualdade perante a lei e "due process of law"**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1953.

DELBÓS, Victor. **La Philosophie Pratique de Kant**. Paris, Imprimerie Durand, s.d.

DELGADO, Luiz. **Compêndio Elementar do Direito Administrativo Brasileiro** vol. I . Recife, Universidade Federal de Pernambuco (Coleção Jurídica), 1970.



BIBLIOGRAFIA



- DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990.
- DEODATO, Alberto. **As Funções Extrafiscais do Imposto**. Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1949.
- _____. **Manual de Ciência das Finanças**. 11ª ed., São Paulo, 1970.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. **Os Conceitos de Renda e de Patrimônio**. Belo Horizonte, Del Rey, 1992.
- DE VITI DE MARCO, Antonio. **Principi di economia finanziaria**. Torino, Paulo Boringhieri, 1961.
- _____. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo, Editora Atlas, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- _____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- _____. **As Lacunas no Direito**. 2ª ed. aumentada e atualizada. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- _____. **Conflito de Normas**. São Paulo, Editora Saraiva, 1987.
- _____. **Conceito de Norma Jurídica como problema de essência**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- _____. **A Ciência Jurídica**. São Paulo, Resenha Universitária, 1977.
- DÓRIA, Antônio R. de Sampaio. **Anteprojeto de Constituição para o Brasil**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1946.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Comentários à Constituição de 1946**. São Paulo, Ed. Limonad, 1960.
- _____. **Princípios Constitucionais e a Cláusula “Due Process of Law”**. São Paulo, 1964.
- _____. **Da Lei Tributária no Tempo**. São Paulo, Ed. Obelisco, 1968.
- _____. **Elisão e evasão fiscal**. São Paulo, 1971.
- _____. **Discriminação da Competência Impositiva**. São Paulo, 1972.
- _____. **Distribuição disfarçada de lucros e Imposto de Renda**. São Paulo, Editora Resenha, 1975.
- _____. **Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo, 1977.
- _____. **Direito Constitucional Tributário e “Due Process of Law”**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986.
- DROMI, José Roberto. **Manual de Derecho Administrativo** – tomo 2. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
- _____. **Introduccion al derecho administrativo**. Madrid, Editorial Grouz, 1986.
- DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946; Exegese dos Textos à Luz dos Trabalhos da Assembléia Constituinte**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947.
- DUARTE, Maria Luísa. **A Discrecionalidade Administrativa e os Conceitos Jurídicos Indeterminados – contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade**. Lisboa, 1987.
- DUS, Angelo. **Teoria generale dell’illecito fiscale**. Milano, Giuffrè, 1957.
- DUVERGER, Maurice. **Institutions Financières**. 3ª ed., Paris, 1960.
- _____. **Instituciones financieras**. Barcelona, 1960.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Finances Publiques**. Paris, Presses Universitaires de France, 1963.
- _____. **Hacienda pública**. Barcelona, Ed. Bosch, 1968.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 5ª impressão, Londres, Duckworth, 1987.
- _____. **Is a law a system af rules?**, in *Essays in legal Philosophy*, ed. Summers, Oxford, 1968
- EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Trad. René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.
- EINAUDI, Luigi. **Mitos y paradojos de la justicia tributaria**. Barcelona, Ediciones Ariel, 1959.
- _____. **Principios de hacienda pública**. Madrid, Ed. Aguilar, 1968.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Introducción al Derecho Comunitario latino americano – con especial referencia al Mercosur**. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1994.
- ELLIS JÚNIOR, Alfredo. **A Constituição de 1891**, in *Confederação ou Separação*. São Paulo, Piratininga, 1933.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 6ª. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- _____. **La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales**. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona, Universidade de Navarra, 1968.
- ENTERRÍA, Eduardo García e FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. De Arnaldo Setti. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. **Curso de Derecho Administrativo**. vol. I e II. Madrid, Civitas, 1993.



BIBLIOGRAFIA



- ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **La Constitución como norma jurídica – in La Constitución Española de 1978** – Estudio sistemático por E. Garcia de Enterría e Alberto Pradier. Madrid, Civitas, 1981.
- _____. **Democracia, jueces y control de la administración**. 3ª ed. Madrid, Civitas, 1997.
- _____. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales des derecho**. 1ª ed. Madrid, Civitas, 1984.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, 1940.
- _____. **A Nova Constituição do Brasil, Direito Político e Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, 1946.
- ESSER, Joseh. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. 1ª ed., Barcelona, Bosch, 1961.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. **Constituição. Análises e Interpretação. Anotações de casos decididos pela Suprema Corte**. Washington. Imprensa Oficial do Governo Norte-Americano. 1987.
- ESTEBAN, Jorge de. **Las Constituciones de España**. Madrid. Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- ESTELITA LINS, Augusto E. **A nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10 de novembro de 1937 pelo Presidente Getúlio Vargas**. Rio de Janeiro, 1940.
- ESTÉVEZ PAULÓS, José. **La Constitución y la irretroactividad de las leyes tributarias**, en Memoria de las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, Montevideo, 1984.
- ESTORNINHO, Maria João. **O Conceito de Representação Política: Origem e Evolução**. Relatório do Mestrado de Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **A Fuga para o Direito Privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado na Administração Pública.** Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996.
- FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo.** vol. II, 11ª ed. Madrid, Ed. Tecnos, 1992.
- _____. **Comentarios a la Constitución.** Segunda edición. Madrid, Editorial Civitas, 1985.
- FALCÃO, Alcino Pinto. **Constituição Anotada.** vol. III. José Konfino Ed., 1957
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Introdução ao direito tributário – Parte Geral.** Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1959.
- _____. **Direito Tributário brasileiro (aspectos concretos).** Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1960.
- _____. **Direito Tributário Brasileiro.** Rio de Janeiro, Ed. Finanç., 1964.
- _____. **Fato Gerador da Obrigação Tributária.** Rio de Janeiro, Ed. Finanç., 1964.
- _____. **Sistema Tributário Brasileiro – Discriminação de Rendas.** Rio de Janeiro, Ed. Finanç., 1965.
- _____. **Fato Gerador da Obrigação Tributária.** 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971.
- _____. **Introdução ao Direito Tributário.** Atualizado por Flávio Bauer Novelli. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.
- FALZEA, Angelo. **Voci di teoria generale del diritto.** Milano, Giuffrè, 1970.
- FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário.** Rio de Janeiro, Ed. Resenha Tributária, 1971.
- _____. **Prática do Direito Tributário.** São Paulo, Resenha Tributária, 1974.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **A decadência e a prescrição em direito tributário**. São Paulo, Ed. Resenha, 1976.
- FANTOZZI, Augusto. **La solidarietà nell Diritto Tributario**. Torino, 1968.
- _____. **Diritto Tributario**. Torino, Utet, 1991.
- _____. **Direito e Economia na Democratização brasileira**. São Paulo, Malheiros, 1993.
- _____. **Poder e legitimidade**. São Paulo, Ed. Perspectiva, 1978.
- FASIANI, Mauro. **Principios de la ciencia de la hacienda**, Madrid, Ed. Aguilar, 1962.
- FAVATA, Angelo. **Dicionário de Termos Jurídicos**. Undicesima edizione Aggiornata da Francesco Bartolini. Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1989.
- _____. **A Ciência do Direito**. São Paulo, Editora Atlas, 1977.
- FENECH, Miguel. **Derecho procesal tributario**. Barcelona, 1951.
- FERNANDES, Edison Carlos. **Sistema Tributário do Mercosul – o processo de harmonização das legislações tributárias**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997.
- FERNANDES, José Manuel Cabrera. **Nuevo Impuesto sobre el Valor Añadido**. Valencia, CISS, 1993.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. **El sistema constitucional español**. Madrid, Dytsion.
- FERNÁNDEZ, José Luis Palma. **La Seguridad Jurídica ante la abundancia de normas**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, ps 26-27.
- FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano**. Vol. 1º, Roma, Athenaeum, 1921.



BIBLIOGRAFIA



FERRARA, Franco Batistoni. **La Determinazione della Base Imponibile nelle imposte indirette**. Napoli, E. Jovene, 1964.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo, Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas**, Apostila do Curso de Extensão Universitária em Direito, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, março/junho de 1973.

_____. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **A Ciência do Direito**, São Paulo, Editora Atlas, 1977.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Analogia Aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico**, in Enciclopédia Saraiva, vol. 6º.

_____. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo, Editora Atlas, 1990.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. **Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia**. São Paulo, Editora Atlas, 1989.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Assistência José Baptista da Luz e revisto e aumentado por inúmeros especialistas. **Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 11ª ed., Editora Gamma.

FERREIRA, Luis Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 2 vols. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1983.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. revista, ampliada e atualizada com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional. São Paulo, Editora Saraiva.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo, Editora Saraiva, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1984.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1987.
- _____. **O Anteprojeto dos Notáveis**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1987.
- _____. **Comentários à Constituição Brasileira**. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1977.
- _____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo, Editora Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo, Editora Saraiva, 1954.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário**. Ed. Revista dos Tribunais.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Ação Declaratória de Constitucionalidade – inovação infeliz** – in Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 01 – abril/junho. São Paulo, RT, 1993.
- FIGUEIRÊDO, Sara Ramos. **Processo Legislativo**. 3ª ed., Brasília, Ed.Senado Federal, 1982.
- FLORES, Polo Pedro. **Derecho financiero y tributario peruano**. 2ª ed., Lima/Peru, Edic. Valenzuela, 1986.
- FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Derecho Financiero**. Vol. 1º, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- _____. **Derecho Financiero**. Vol. I. 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1970.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Conceitos de Direito Tributário**. Trad. Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo, Lael, 1973.
- _____. **El Estado de la sociedad industrial**. Trad. Luís Lopes Guerra e J.N. Muñiz. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- FORTES, Luiz R. Salinas. **O Iluminismo e os Reis Filósofos**. 3ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1985.
- FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Derecho Financiero**. 2ª ed., Buenos Aires, Edic. Depalma, 1970.
- _____. **Conceitos de Direito Tributario**. São Paulo, Ed. LAEL, 1973.
- FONROUGE, Giuliani e BELLO. **Procedimiento impositivo**. Buenos Aires, 1963.
- FONROUGE, Giuliani e NAVARRINE. **Procedimiento tributario municipal de la ciudad de Buenos Aires**. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1978.
- _____. **Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1980.
- _____. **Procedimiento tributario**. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1981.
- FONSECA, Aníbal Freire da. **A Constituição de 1891. O Sistema Constitucional Brasileiro, objeções e vantagens**, in Do Poder Executivo na República Brasileira. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1916.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**, in Cadernos da PUC/Rio de Janeiro, nº 16. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e outro. 4ª ed., 1979.
- _____. **Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones**. Madrid, 1981.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Um Estadista da República (Afrânio de Mello Franco e seu tempo)**. Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 1976.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro (Formação Constitucional do Brasil, vol. 2).** Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- _____. **Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro, Forense, 1975.
- _____. **A Câmara dos Deputados. Síntese Histórica.** Brasília, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1976.
- _____. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil.** 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- FRANCO, A L. Sousa. **Finanças do Sector Público. Introdução aos Subsectores Institucionais.** Lisboa, AAFDL, 1991.
- FRANCO MONTORO, André. **Introdução à Ciência do Direito.** 3ª ed. São Paulo, Martins Ed., vols. 1 e 2, 1972.
- FRAZEN DE LIMA, Mário. **Da interpretação jurídica.** Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, nº 55.
- FREIRE, Felisberto Firmo de Oliveira. **A Constituição dos Estados e a Constituição Federal.** Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1898.
- FREIRE, Gilberto. **Discurso pronunciado na Assembléia Nacional Constituinte,** sessão de 17 de junho de 1946. Rio de Janeiro, s. ed. 1946.
- FREITAS, VLADIMIR PASSOS e outros. **Código Tributário Nacional Comentado. Doutrina e Jurisprudência, artigo por artigo.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FREYTES, Roberto. **El principio de la irretroactividad de las leyes y los reglamentos en materia tributaria,** em Memoria de las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios. Montevideo, 1984.
- FRÍAS, Pedro J. **El comportamiento federal en la Argentina.** Buenos Aires, 1970.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Introducción al derecho público provincial.** Buenos Aires, Edic. Depalma, 1980.
- FURTADO, Antonio Carlos. **Noções Práticas de Direito Financeiro e Finanças.** São Paulo, Julex Livros, 1991.
- GABBA, **Teoria della Retroattività delle Leggi**, vol. I, 3ª ed..
- GANGEMI, Lello. **Manicomio tributario italiano**, in Studi in memoria de Bevenuto Griziotti. Milano, Giuffrè, 1959.
- _____. **Tratado de hacienda pública.** Madrid, 1961.
- _____. **Sistemi finanziari comparati (La finanza dei Paesi in via di sviluppo e zone sottosviluppate e depresse dei Paesi progrediti).** Torino. Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1977.
- GARCÍA BELSUNCE, Horacio. **Política fiscal para um plan de estabilización y desarrollo económico.** Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1959.
- _____. **La interpretación de la ley tributaria.** Buenos Aires, 1959.
- _____. **Estudios financieros.** Buenos Aires, 1966.
- _____. **Derecho tributario penal.** Buenos Aires, 1985.
- GARCIA, Maria da Glória. **A Constituição e a Construção da Democracia.** Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1976 (organização Jorge Miranda) vol. II. Coimbra Editora, 1997.
- _____. **A Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas.** Conselho Económico e Social, Lisboa, 1997.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Lógica del juicio jurídico.** México, 1955.
- _____. **Positivism Jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo.** México, 1968.
- _____. **Introdução ao Estudo do Direito.** México, Editora Porrúa, 1972.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Lógica del raciocínio jurídico**. Ed. Fondo de Cultura Econ., México, Buenos Aires, 1964.
- _____. **El recurso de inconstitucionalidad – El proceso directo de inconstitucionalidad**. Madrid, Trivium, 1992.
- GARZA, Sergio Francisco de la. **Derecho Financiero Mexicano**. 11ª ed., México, Porrúa, 1982.
- GASSET, José Ortega y. **La Idea de Principio en Leibniz**. 1ª ed. em "Obras de José Ortega y Gasset". Madrid, Alianza Editorial, 1979.
- _____. **La Rebelion de las Masas**. 6ª ed. em "Obras de José Ortega y Gasset". Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- _____. **Que es Filosofia ?**. 6ª ed. em "Obras de José Ortega y Gasset". Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- GEIGER, Theodor. **Ideología y Verdad**. Trad. Margarita Jung. Buenos Aires, Amorrortu, 1972.
- GENTILLI, Giorgio. **Le Presunzioni nel Diritto Tributario**. Padova, Cedam, 1984.
- GENY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. 2ª ed. Madrid, Reus, 1925.
- GHICLIANE, Alejandro. **Del control jurisdiccional de constitucionalidad**. Buenos Aires, Depalma, 1992.
- GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 5ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 1994.
- GIANNINI, Acchile Donato. **Il Rapporto Giuridico d'Imposta**. Milano, 1937.
- _____. **I Concetti Fondamentali del Diritto Tributario**. Torino, 1956.
- _____. **Istituzioni di diritto tributario**. 8ª ed., Milano, Giuffrè, 1960.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Istituzioni di Diritto Tributario**. 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1968.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di diritto amministrativo**. Milano, Giuffrè, 1950.
- _____. **Le obbligazioni pubbliche**. Roma, Jandi Sapi Editori, 1964.
- _____. **Diritto amministrativo**. Tomos I e II. Milão, 1970.
- GIANOLA, Giovanni. **Il Mito della Giustizia Fiscale**. Prima edizione. Milano, Il Sole 24 Ore Società Editoriale Media Economici, 1994.
- GIARDINA, Emilio. **Le base theoriche del principio della capacità contributiva**. Milano, Giuffrè, 1961.
- GIBERT, J. R. Montero e MORILLO, J. Garcia. **El Control Parlamentario**. Madrid, Editorial Tecnos, 1984.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. de A M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GIORGETTI, Armando. **La evasión tributaria**. Buenos Aires, 1967.
- GLENNON, Michael J. **Diplomacia Constitucional**. Trad. de Francisco J. de Andrea . 1ª edição em espanhol. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 5ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1976.
- GOMES, Nuno Sá. **As situações jurídicas tributárias**, in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1969.
- GONÇALVES, Augusto Cesar Lopes. **A Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro, F. F. Editor, 1935.
- GONÇALVES, C. Torres. **As Constituições de 14 de julho e de 10 de novembro**. Rio de Janeiro, 1940.



BIBLIOGRAFIA



- GONTIJO, Augusto. **Istituzioni di scienza delle finanze**. Torino, UTET, 1929.
- GONTIJO, Paulo César. **A parafiscalidade**. Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1958.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo I. Buenos Aires, 1974.
- _____. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. **Tratado de Derecho Administrativo**. Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1974.
- GORDON, R.J.F. **Judicial Review: Law and procedure**. London, Sweet & Maxwell, 1985.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. O Estado de Excepção no Direito Constitucional (entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição). Vols. I/II. Coimbra. Livraria Almedina.
- GRASSO, Pietro Giuseppe. **Il concetto de reforma e i giuristi**. In onore de Vezio Crisafulli. Padova, CEDAM, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. **Conceito de Tributo e Fontes do Direito Tributário**. São Paulo, Co. Ed. Ibet e Resenha, 1975.
- _____. **Direito, Conceito e Normas Jurídicas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- GRAZIANI, Augusto. **Istituzioni di scienza delle finanze**. Torino, UTET, 1911.
- GRECO, Marco Aurélio. **Norma Jurídica Tributária**. São Paulo, Editora Saraiva, 1974.



BIBLIOGRAFIA



- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- GRIZIOTTI, Benvenuto. **Principios de Ciencia de las Finanzas**. Trad. Dino Jarach. 6ª. ed. Tradução argentina, Editora Depalma, 1949.
- _____. **Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario**. Milano, Giuffrè, 1953.
- _____. **Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario**. Milano, Giuffrè, 1956.
- _____. **Principios de politica, derecho y ciencia de la hacienda**. Trad. Henrique R. Mata. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958.
- _____. **Principios de ciencia de las finanzas**. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1959.
- _____. **Primi elementi di scienza delle finanze**. Milano, Giuffrè, 1962.
- GRONDONA, Mariano. **La reglamentación de los derechos constitucionales**. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1986.
- GROPPALLI, Alessandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Trad. Alarcão. 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1978.
- _____. **Sul problema della conoscenza del diritto**. Rivista di Diritto Privato, 1942.
- GUEDES, Armando Marques. **Teoria Geral do Estado**. Lições do Professor Armando Marques Guedes ao 1º ano jurídico de 1979/80, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1979.
- _____. **Ideologias e Sistemas Políticos**. Instituto de altos Estudos Militares. Lisboa, 1981.
- GUIMARÃES, José Lázaro. **As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público**. 2ª ed. Brasília, Brasília Jurídica, 1993.
- GUIMARÃES, Vasco Antônio. **A Estrutura da obrigação de imposto e os princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica e proteção da confiança**.



BIBLIOGRAFIA



- Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (171). Centro de Estudos Fiscais. Ministério das Finanças. Lisboa, 1995.
- GURVITCH, Georges. **Sociologia jurídica**. Trad. Djacir Meneses. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1959.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1959.
- HABERMAS, Jurgen. **Conocimiento e Interés**. Trads. Manuel Jiménez, José F. Ivras y Luis Martín Santos. 1ª ed. (reimpresion), Madrid, Taurus, 1989.
- HANSEN, Alvin. **Política fiscal y ciclo económico**. México, 1952.
- HARADA, Kiyoshi. **Sistema Tributário na Constituição de 1988 - Tributação Progressiva**. São Paulo, Editora Saraiva, 1991.
- _____. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo, Ed. Atlas, 1995.
- HART, Herbert. L. A.. **O Conceito do Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- _____. **Contributi all'analisi del diritto**. A cura di Vittorio Frosini. Milano, Giuffrè, 1964.
- HARTMANN, N. **Ontología y fundamentos**. México, 1954
- HAURIOU, André; GICQUEL, Jean e GÉLARD, Patrice. **Derecho Constitucional e Instuciones Políticas**. Trad. José Antonio Gonzalez Casanova. Barcelona – Caracas – México. Editorial Ariel, 1979.
- HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Trad. Carlos Ruis de Castillo. 2ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, s.d.
- HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais – contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal alemã**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.



BIBLIOGRAFIA



- HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Barcelona, Ed. Ariel, 1961.
- _____. **Interpretação da lei e jurisprudência de interesses**. Trad. José Osório. São Paulo, Editora Saraiva, 1947.
- HEGEL. **Princípios de Filosofia do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1976.
- HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. Trad. Luís Tóbio. 8ª reimpressão. México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- HENKEL, Heinrich. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad. de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid, Editora Taurus, 1968.
- HENSEL, Albert. **Direito Tributário**. Trad. Dino Jarach. 1ª ed., Milano, Giuffrè, 1956.
- HERCULANO, Alexandre. **História de Portugal**. Lisboa, Ulmeiro, 1985.
- _____. **Lendas e Narrativas**. Vol. I - com todas as anotações do Autor. 3ª ed. Portugal, Publicações Europa – América, 1990.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. 3ª ed. Coimbra, Arménio Amado Ed., 1967.
- HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **História da Civilização - Curso Moderno**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1974.
- HOMEM DE MELLO, Francisco Ignacio. **A Constituição perante a História**. Rio de Janeiro, 1863.
- ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário**. São Paulo, Editora Atlas, 1990.
- IHERING, Rudolf Von. **El fin en el Derecho**. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba, 1960.



BIBLIOGRAFIA



- INGROSSO, Giovanni. **Lineamenti Dei Tributi Statali Nell'Ordinamento Positivo**. Napoli, E. Jovene, 1971
- INGROSSO, Gustavo. **Diritto Finanziario**. 2ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1956.
- ITALIA. **Constituição da República Italiana**. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1987.
- _____. **Costituzione della Repubblica Italiana**. 2ª ed., Roma, Bonacci editore, 1974.
- JARACH, Dino. **Principi per l'applicazione delle tasse di registro**. Padua, CEDAM, 1937.
- _____. **El hecho imponible**. 1ª ed., Buenos Aires, 1943.
- _____. **La teoria finanziaria de Benvenuto Griziotti**, ensaio incluído como introdução na obra de Griziotti – Principios de ciencia de las finanzas. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1959.
- _____. **Curso superior de derecho tributario**. Buenos Aires, Cima, 1957.
- _____. **Finanzas públicas y derecho tributario**. Buenos Aires, Ed. Cangallo, 1983.
- _____. **Fundamentos de la retroactividad o la irretroactividad de la norma tributaria**, in Memoria de las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, Montevideo, 1984.
- _____. **O Fato Imponível -Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo**. Trad. Dejalma de Campos. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. **El Hecho Imponible**. 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- _____. **Curso Superior de Derecho Tributario**. 9ª ed., Buenos Aires, CIMA.
- JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires, Albatros, 1954.
- JÈZE, Gastón. **Cours des finances publiques**. París, 1931.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Traité de science des finances**. París, 1931.
- _____. **Nature et Regime Juridique de la Créance de L'impôt**. Instituciones Financieras.
- JOFFILY, José. **A Constituinte de 1946**. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, 1985.
- JÚNIOR, Nelson Nery. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição Passiva Tributária**. 1ª ed., Belém, CEJUP, 1986.
- _____. **O Imposto sobre Serviços na Constituição**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la Lógica Jurídica**. Trad. Juan A Casaubon. Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- KANT, Immanuel. **O Conflito das Faculdades**. Trad. de Artur Morão. Edições 70 Lda. Lisboa, 1993, ps 99-100.
- KANTOROWICZ, Hermann. **La lucha por la ciencia del Derecho**, in La Ciencia del Derecho, vários autores, Buenos Aires, 1949.
- KATZ, Jerrold J. **Filosofía del Lenguaje**. Trad. Marcial Suárez. Barcelona. Martínez Roca, 1971.
- KAUFMANN, Armin. **Teoría de las Normas**. Trad. Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires, Depalma, 1977.
- KAUFMANN, Arthur. **Analogia y Naturaleza de La Cosa**. 1ª ed. Chile, Jurídica de Chile, 1976.
- KELSEN, Hans. **Teoria General del Derecho y del Estado**. Trad. Eduardo Garcia Maynez. 2ª. ed., México, Editora Imprenta Universitária, 1958.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado, 1963.
- _____. **Teoría general del derecho y el Estado**. México, 1969.
- _____. **Il Primato del Parlamento**. Milano, Giuffré, 1982.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed., Coimbra, Arménio Amado, 1984.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado (revisão para a edição brasileira: Silvana Vieira). São Paulo, Martins Fontes, 1985.
- _____. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, Editora Universidade de Brasília, 1990.
- KIRK, G. S.; RAVEN, J. E. e SCHOFIELD, M. **Os Filósofos Pré - socráticos**. Trad. de Carlos Alberto Louro Fonseca. 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KRUSE, Heinrich Wilhelm. **Derecho Tributario – Parte General**. 3ª edición completamente reelaborada com una introducción para la edición española de PERFECTO YEBRA MARTUL-ORTEGA. Editorial de Derecho Financiero – Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- KULLMANN, Frei Redempto. **O Problema dos Dízimos**, 1828.
- LACOMBE, Américo Masset. **Obrigação Tributária**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- LANGROD, Georges. **O Processo Legislativo na Europa Ocidental**. Fundação Getúlio Vargas. Instituto de Direito Público e Ciência Política. Rio de Janeiro, 1954.
- LANZIANO, Washington. **Teoria general de la exención tributaria**. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1979.



BIBLIOGRAFIA



- LA ROSA, Salvatore. **Eguaglianza Tributaria e a Esenzione Fiscali**. Milano, 1968.
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Curso de Derecho Financiero Español**. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1975.
- _____. **Curso de Derecho Financiero Español**. 11ª edición. Madrid, Marcial Pons Libreria Editor, 1989.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago e revisão de Ana Freitas. 5ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LARROYO, Francisco. **Aristóteles**. Tratados de Lógica. 5ª ed., México, Porrúa, 1979.
- LAURÉ, Maurice. **Política fiscal**. Madrid, 1960.
- LAVAGNA, Carlo. **La Costituzione Italiana – commentata com le decisioni della Corte Costituzionale**, a cura di Antonio Stefano Agró, Franco Gaetano Scoca e Paolo Vitucci. Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1970.
- _____. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. Sesta edizione. Torino. Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1986.
- _____. **Ricerche sul sistema normativo**. Milano, Giuffrè, 1984.
- LEÃO, Laurindo. **Philosophia do Direito**. Recife, Imprensa Industrial, 1904.
- LEITE, Nicoláu Rodrigues dos Santos França e. **Considerações Políticas sobre a Constituição do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, Ed. Renascença, 1932.
- LEME, Ernesto de Moraes. **O art. 63 da Constituição**. São Paulo, São Paulo Edit. Ltda., 1926.
- LEMONS, Miguel. **Crítica da Constituição Brasileira; Bases de uma Constituição Política Ditatorial Federativa Brasileira**. Rio de Janeiro. Publicação do Apostolado Positivista do Brasil, 1890.



BIBLIOGRAFIA



- LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1915.
- LIGUORI, Renato. **Elementi di scienza delle finanze e di diritto finanziario**. 5ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1960.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **O Poder Judiciário na Constituição de 1946**. Rio de Janeiro, Forense, 1947.
- _____. **As Novidades da Constituição Federal**. Ed. Juriscredi, 1971.
- LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa e outros. **A Constituição de 1823**. Brasília, Senado Federal, 1973.
- LOCKE, John. **Ensaio sobre o governo civil** (traduzido e inserido no “Curso – o Poder Legislativo”). Brasília, Fundação Petrônio Portella M. J., 1983.
- _____. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo. Abril Cultural, 1973.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas (medidas preparatórias/ medidas de conservação)** 3ª ed. São Paulo, Sugestões Literárias, 1966.
- LOPES VARELA, Manuel. **El régimen impositivo argentino**. Buenos Aires, 1925.
- LOPES, Miguel Maria Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. 2ª ed., Vol. 1º, Rio de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, 1959.
- _____. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Vol. I, 1962 e Vol. II, 1966, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción e estudio por Alfredo Gallego Anabitarte. 4ª. reimpresión. Barcelona, Editorial Ariel, 1986.
- LOURES, J. A Rocha. **Cláusula “rebus sic stantibus” nos empréstimos públicos externos**. Rio de Janeiro, Sauer, 1936.
- LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **A Improbabilidade da Comunicação**. Lisboa, Vega, 1992.
- _____. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Milano, Giuffrè, 1995.
- LUPI, Raffaello. **Diritto Tributario – parte generale**. 2ª ed. Milano, Giuffrè, 1994.
- LUQUE, Luis Aguiar e CANALES, Ricardo Blanco. **Constituição Espanhola 1978-1988**. Centro de Estudos Constitucionais, 1988.
- LUTZ, Berta Maria Julia. **Princípios Básicos: sugestões ao Anteprojeto da Constituição**. Rio de Janeiro, Edição da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, 1933.
- LYRA FILHO, João. **Despesas “versus” Receita**. Rio de Janeiro, Pongetti, 1956.
- MACAGNO, Julio Ariel. **La importancia del estudio de la hacienda pública**. Córdoba, 1971.
- _____. **El régimen financiero de los municipios**. Córdoba, 1971.
- _____. **Aproximaciones al derecho internacional tributario**. Córdoba, 1971.
- _____. **La guerra frente al derecho internacional público y las finanzas públicas**. Córdoba, 1971.
- MACHADO, Celso Cordeiro. **Princípios Orçamentários Tradicionais e Funções do Estado Moderno**. Belo Horizonte, 1962.
- _____. **Limites e Conflitos de Competência Tributária no Sistema Brasileiro**. Belo Horizonte, 1968.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **O Conceito de Tributo no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.
- _____. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. 1ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. 2ª ed. revista e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. **Interpretação no Direito Tributário – Estudos de Direito Tributário**, vol. I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- MACHADO NETO. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo, Editora Saraiva, 1975.
- MACHADO PORTELA, Joaquim Pires. **Constituição Política do Império do Brasil confrontada com outras Constituições e Anotada**. Rio de Janeiro, Typ. Nacional, 1870.
- MAFFEZZONI, Federico. **Profili de una teoria giuridica generale dell'imposta**. Milão, 1969.
- _____. **Il Principio di Capacita Contributiva nel Diritto Finanziario**. Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1970.
- MAGALHÃES, Fernando. **Na Constituição de 1934**. São Paulo, Emp. Graph. Revista dos Tribunais, 1934.
- MAGALHÃES, Roberto Barcelos de. **A Constituição Federal de 1967. Comentada**. Rio de Janeiro, 1967.
- MALBERG, Carré de. **Teoría General del Estado**. Trad. José Lion Depetres. 1ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- _____. **La loi, expression de la volonté generale**. Paris, Economica, Collection classiques serie politique et constitutionnelle, 1984.



BIBLIOGRAFIA



- MANATOU, Emilio M. **Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano**. 3ª ed., México, Universidad Autonoma de San Luis Potosi, 1973.
- MANEIRA, Eduardo. **Princípio da não-surpresa**. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.
- MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1934.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. **A Segunda Via – presente e futuro do Brasil**. São Paulo, Boitempo Editorial, 2001.
- MARINHO, Josaphat. **Compatibilidade do Orçamento Cíclico e da Planificação com a Constituição de 1946**. Bahia, 1950.
- MARQUES, J. Dias. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. Lisboa, Edição Pedro Ferreira, 1994.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. II. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1962.
- MARTÍN, José Maria. **Principios del derecho tributario argentino**. Buenos Aires, Edic. Contabilidad Moderna, 1978.
- MARTÍN, José María e Usé, Guillermo F. Rodriguez. **Derecho Tributario General**. Buenos Aires, Depalma, 1986.
- MARTÍNEZ, Francisco. **Derecho tributario argentino**. Tucumán, 1956.
- _____. **Estudios de derecho fiscal**. Buenos Aires, 1973.
- MARTINEZ LOPES, Luís. **Derecho fiscal mexicano**. México, Porrúa, 1959.
- MARTINEZ, Pedro Mário Soares. **Manual de Economia Política**. 2ª ed., Coimbra, 1923.
- _____. **Introdução ao Estudo das Finanças**. Lisboa, 1967.
- _____. **Direito Fiscal**. 9ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.



BIBLIOGRAFIA



MARTINS, Cláudio. **Normas Gerais de Direito Tributário**. 2ª ed., São Paulo, Ed. Forense, 1969.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. "**Sanções Tributárias**" in *Cadernos de Pesquisas Tributárias*. São Paulo, Resenha Tributária, 1978.

_____. **Teoria da Imposição Tributária**. São Paulo, Editora Saraiva, 1983.

_____. **Roteiro para uma Constituição**. São Paulo, Ed. Forense, 1988.

_____. **Sistema Tributário na Constituição de 1988**. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

MARTINS DE OLIVEIRA, Walter. **Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil; ligeiros comentários**. Rio de Janeiro, Diário Oficial, 1938.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1946**. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1948.

_____. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1981.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción a la lógica jurídica**. 1ª ed., México/Buenos Aires, Fondo de Cultura, 1951.

_____. **Lógica del concepto jurídico**. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica, 1969.

MAZZ, Addy. **Aspectos financieros de las zonas de integración**. Montevideo, 1969.

_____. **Curso de derecho financiero y finanzas**. Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1984.

_____. **La retroactividad de las leyes tributarias materiales y su colisión con los principios constitucionales vigentes en el Uruguay**, in *Memoria de las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios*, Montevideo, 1984.

MEDEIROS, Borges de. **O Poder Moderador na República Presidencial**. Recife, 1933.



BIBLIOGRAFIA



- MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra, Livraria Almedina, 1992.
- MEHL, Lucien. **Science et technique fiscales**. Presses Universitaires de France.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1990.
- MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo, Editora Saraiva, 1984.
- MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: Teoria e Prática**. São Paulo, Dialética, 1995.
- _____. **O ICMS e a Lei Complementar 87/96**. São Paulo, Dialética.
- MELO, Valdomar Guerra. **Página Elucidativas sobre o Imposto de Consumo**. São Paulo, 1950.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo, Editora Saraiva, 1990.
- MENDES, João Castro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Lisboa, Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1997.
- MENDONÇA DE AZEVEDO, José Afonso. **A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891-1924)**. Rio de Janeiro, 1925.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos.



BIBLIOGRAFIA



- MENEZES, Rodrigo Octávio de Langgard. **A Constituição de 1823 (sua obra legislativa)**. Rio de Janeiro, Ed. Renascença, 1932.
- MERCADANTE, Paulo. **Constituição de 1988 – o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro, Rio Fundo Editora, 1990.
- MERLIN, Clemerson Clève. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- MERÊA, Paulo. **O Poder Real e as Cortes**. Coimbra, 1923.
- MEZGER, Edmond. **Tratado de Derecho Penal**. 9ª ed., t. I. Rev. José Arturo R. Muñoz, 1955.
- MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padua, 1942.
- _____. **Corso di diritto tributario**. Turín, 1972.
- _____. **Corso di Diritto Tributario**. 1ª ed., Torino, UTET, 1970 e 2ª ed., 1974.
- _____. **Curso de Derecho Tributario**. Tradução de JULIO BANACLOCHE. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas, 1975.
- _____. **Curso de Direito Tributário**. Trad. Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Júnior. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- MIELE, Giovanni. **Principi di diritto amministrativo**. Padova, CEDAM, 1966.
- MILL, John Stuart. **Principios de economia política**. México, 1943.
- MILLER, Jonathan M.; GELLI, Maria Angélica e CAYUSO, Susana. **Constitución y Poder Político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación**. Tomo 2. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
- MILTON, Aristides Augusto. **A Constituição Brasileira; Notícia Histórica, Texto e Comentário**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1898.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Funções, Órgãos e Actos do Estado**. Lisboa. Apontamentos de lições do Prof. Jorge Miranda.- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade. 3ª ed. Coimbra, Coimbra Editora. 1996.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo V – Actividade Constitucional do Estado. Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- _____. **Sentido e conteúdo da Lei como acto da função legislativa** – in Nos Dez Anos da Constituição – Imp. Oficial – Casa da Moeda, Lisboa, 1986.
- _____. **Aspectos de uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Dissertação para o exame do curso Complementar de Ciências Político-Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano lectivo de 1963-64.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Introdução à política científica e os fundamentos da ciência positiva do direito**. Rio de Janeiro, 1924.
- _____. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, 1938.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. III e IV. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1948 e 1949.
- _____. **Comentários à Constituição de 1946**. 3ª ed.. Rio de Janeiro, Borsoi, 1960.
- _____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. **Comentários à Constituição de 1967**. 2ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- _____. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1970.
- _____. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)**. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1979.



BIBLIOGRAFIA



- MONCADA, Luis Cabral de. **O direito como objeto de conhecimento**. Separata do boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, vol. 47, 1971.
- _____. **Contributo para uma Teoria da Legislação**. Lisboa, Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1998.
- MONCLAIRE, Stéphanie (coord). **A Constituição desejada**. Brasília, Senado Federal, 1991.
- MONCLAIRE, Stéphanie e BARROS FILHO, Clóvis. **A Política da Constituinte**. Brasília, Instituto Tancredo Neves, 1988.
- MONDINI, Francesco. **La ingiunzione fiscale**. Padova, CEDAM, 1970.
- MONTE ARRAES, Raymundo. **O estado novo e suas diretrizes; estudos políticos e constitucionais**. Rio de Janeiro, Ed. José Olympio, 1938.
- MONTEIRO, Armindo. **Introdução ao Estudo do Direito Fiscal**. Lisboa, 1951.
- MONTEIRO, Samuel. **Perícia Contábil e Fiscal**. São Paulo, Juriscredi, 1972.
- _____. **Tratado Teórico e Prático/Tributos e Contribuições**. Tomos I-IV. 1ª ed., São Paulo, Hemus, 1990.
- MONTEIRO, Tobias. **História do Império. A Elaboração da Independência – 1821-1822**. São Paulo, 1922.
- MONTERO TRAIBEL, José Pedro. **Derecho tributario material**. Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1977.
- _____. **El principio de la retroactividad de las leyes y reglamentos en materia tributaria**, in Memoria de las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, Montevideo, 1984.



BIBLIOGRAFIA



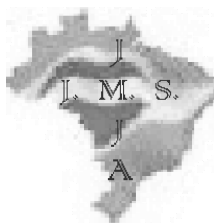
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Livro XI. Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra. Introdução de Otto Maria Carpeaux. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro, Editora Tecnoprint S.A – Ediouro, 1990.
- MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Trans. António José Massano e Manuel J. Palmeirim. Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1991.
- MORAES, Alberto de. **Proposta de Reforma da Constituição de 24 de fevereiro de 1891**. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1925.
- MORAES, Germana de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo**. São Paulo, Editora Dialética, 1998.
- MORAIS, Bernardo Ribeiro de. **Doutrina e prática do imposto de indústrias e profissões**. São Paulo, Max Limonad, 1964.
- _____. **Curso de Direito Tributário, “Sistema Tributário da Constituição de 1969”**, vol. I. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- _____. **Doutrina e Prática das Taxas**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **As Leis Reforçadas – no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos**. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- MORAIS, Osvaldo. **Analogia no Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1965.
- _____. **Dicionário de Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1973.
- MOREIRA, Francisco Ignácio de Carvalho (Barão de Penedo). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1842.
- MOREIRA, João Baptista. **Tratado de Direito Tributário Brasileiro** (vários autores). vol. VIII, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1981.



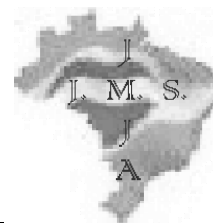
BIBLIOGRAFIA



- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989.
- MOREIRA, Vital. **A formação dos princípios fundamentais da Constituição** in Estudos sobre a Constituição (organização de Jorge Miranda), 3º vol., Lisboa, Petrony, 1977-1979.
- MOREIRA, Vital e CANOTILHO, José Joaquim. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- MORSELLI, Manuel. **Compendio de ciencia de las finanzas**. Buenos Aires, 1947.
- _____. **Compendio di scienza delle finanze**. 33ª ed., Padova, CEDAM, 1963.
- _____. **Los presupuestos científicos de la hacienda pública**. Madrid, 1964.
- MOSCHETTI, Francesco. **Il Principio della Capacità Contributiva**. Padova, CEDAM, 1973.
- _____. **El Principio de Capacidad Contributiva**. Madrid, 1980.
- NABAIS, José Casalta. **Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Coimbra, Universidade de Coimbra, 1990.
- _____. **Jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria fiscal**. Separata – Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Lisboa, 1983.
- _____. **Contratos fiscais e reflexões acerca da sua admissibilidade**. Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- _____. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra. Livraria Almedina. 1998.
- MUSGRAVE, R. A **Sistemas Fiscales**. Trad. E. F. Quintana, Madrid, Aguilar, 1973.



BIBLIOGRAFIA



- NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do; NOGUEIRA, Ruy Barbosa; MACHADO, Hugo de Brito; NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Interpretação no Direito Tributário**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- NASCIMENTO, A Theodoro. **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**. vol. 07- Preços, Taxas e Parafiscalidade, 1977.
- NAWIASKY, Hans. **Teoría General del Derecho**. Madrid, Rialp, 1962.
- NEUMARK, Fritz. **Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista**. Madrid, 1964.
- _____. **Principios de la imposición**. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1974.
- NEVES, Castanheira. **Questão-de-Fato, Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra, Almedina, 1967.
- _____. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Coimbra, Composição e Impressão de João Abrantes, 1976
- _____. **Justiça e Direito**. Separata do boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI.
- _____. **A Revolução e o Direito**. Lisboa, Petrony, 1976.
- _____. **O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra, 1983.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo, Editora Acadêmica, 1994.
- NITTI, Francesco. **Principes di science des finances**. Trad. Stefan Freund, Marcel Giard, 1928.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Principios de la ciencia de la hacienda.** Buenos Aires, 1931.
- _____. **Princípios da Ciencia das Finanças.** Trad. C. Machado. Rio de Janeiro, Atena, 1937.
- NOGUEIRA, Johnson Barbosa. **A Interpretação Econômica do Direito Tributário.** São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1982.
- NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituinte Republicana,** in Poder Legislativo no Brasil. Brasília, Fundação Petrônio Portella e Fundação Milton Campos, 1981.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias.** São Paulo, 1963.
- _____. **Direito Financeiro.** São Paulo, Bushatsky, 1964.
- _____. **Direito Tributário Comparado.** São Paulo, Ed. Saraiva, 1971.
- _____. **Teoria do Lançamento Tributário.** São Paulo Resenha dos Tribunais Ltda., 1973.
- _____. **Direito Tributário Aplicado.** São Paulo, Edusp e Ed. Forense, 1975.
- _____. **Curso de Direito Tributário.** 9ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- _____. **Curso de Direito Tributário.** 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito.** Coimbra, Livraria Almedina, 1987.
- NOVELLI, Flávio Bauer. **Estruturas Sociais e Desenvolvimento Econômico.** Rio de Janeiro, UEG, 1964.
- NUNES, Castro. **Fazenda Pública em Juízo.** Rio de Janeiro, 1950.



BIBLIOGRAFIA



- OFFIDANI, Alessandro. **Contributo alla teoria della posizione giuridica**. Torino, Giapichelli, 1952.
- OLIVEIRA FILHO, Cândido Luís Maria de. **Direito Constitucional. Constituição de 1937**. Rio de Janeiro, C. de Oliveira Filho, 1939.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Capacidade Contributiva: Conteúdo e Eficácia do Princípio**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1988.
- OLIVEIRA, Mauro Márcio. Fontes de Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília. Editor Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal – Secretaria de Documentação e Informação. 1993.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Receitas Públicas Originárias**. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- OLIVEIRA, Yonne D. de. **A tipicidade no Direito Tributário**. Dissertação de Doutorado apresentada na USP. São Paulo, 1978.
- _____. **Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa, LEX Edições Jurídicas, 1993.
- _____. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo – enquadramento dogmático-constitucional** (dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Vols. I e II. Lisboa, 1995.
- _____. **O Acordo de Revisão Constitucional: Significado Político e Jurídico**. Lisboa. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **A ‘Desconstrução’ da Democracia Constitucional** (extraído de Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976. Separata do Volume II). Coimbra. Coimbra Editora. 1997.
- _____. **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**. vol. I. Lisboa, Pedro Ferreira –Artes Gráficas, 1998.
- PACCHINI, Giovanni. **Trattato delle obbligazioni**. Torino, Fratelli Bocca Editori, 1927.
- PACHECO, José da Silva. **Execução Fiscal**. Rio de Janeiro, Borsoi, 1967.
- _____. **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- PACIULLI, José. **Direito Financeiro**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1973.
- PAES, Tavares. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 5ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.
- PALADIN, Livio. **Diritto Costituzionale**. Padova, CEDAM, 1991.
- PANIAGUA, José Ma. Rodríguez. **Marx y El Problema de La Ideología**. Madrid, Tecnos, 1972.
- PASCUAL, Cristina García. **Legitimidad Democrática y Poder Judicial**. Valencia, Edicions Alfons el Magnanim, 1997.
- PASSOS, J.J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data: Constituição e Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- PATRONO, Mario. **Le Leggi Delegate in Parlamento – Analisi Comparata**. Padova, CEDAM, 1981.
- PEDREIRA, José Luís Bulhões. **Imposto sobre a renda – pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro, Justec Ed., Adcoas, 1979.



BIBLIOGRAFIA



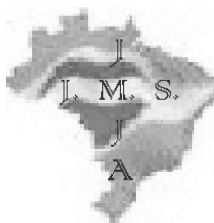
- PERELMAN, Chaim. **Égalité et Valeurs, em L'égalité**. vol. I. Études publiés par Henri Buch e outros. Bruxelas, Émile Bruylant, 1971.
- _____. **La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica**. Trad. Luís Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.
- _____. **Ética e direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo, Martins Fontes Editores, 1996.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis. **Derecho tributario**. Madrid, 1968.
- _____. **Las ficciones en el derecho tributario**. Madrid, 1970.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZALEZ, Euzebio. **Curso de Derecho Tributario**. Madrid, Edersa, 1975.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis. **Las Ficciones en el Derecho Tributario**. Madrid. Derecho Financiero, 1970.
- PÉREZ SERRANO, Nicolas. **Tratado de Derecho Político**. 2ª ed. Madrid, Civitas, 1984.
- PERGOLES, Ferruccio. **Diritto Costituzionale**. Quindicesima edizione. Padova. CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1962.
- PERRONE, Leonardo. **Discrezionalità e norma interna nell'imposizione tributaria**. Milano, Giuffrè, 1969.
- PERULLES, Juan José. **Manual de derecho fiscal**. Barcelona, 1961.
- PESTANA, Francisco Rangel, e SANTOS, Werneck. **Projecto de Constituição dos Estados Unidos do Brasil para ser Presente à Constituinte oferecido ao estudo da Comissão**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1890.
- PICCIOLI, Gianlorenzo. **L'Accertamento tributario**. Padova. CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.
- PINTO, Bilac. **Contribuição de Melhoria**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1938.



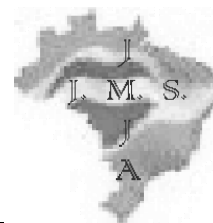
BIBLIOGRAFIA



- _____. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro, Ed. Forense.
- PIRES, Adilson Rodrigues. **Manual de Direito Tributário**, 7ª ed.. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1994.
- PISCITELLI, Roberto Bocaccio (org.). **O Sistema Tributário na Nova Constituição**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1988.
- PIZZORUSSO, Alessandro. **Lecciones de Derecho Constitucional**. vol. I e II . Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- _____. **Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi**. Rivista di diritto processuale – gennaio/marzo, Padova, 1990.
- _____. **Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale**. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. (organização de Jorge Miranda). Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- PIZZORUSSO, Alessandro e VARANO, Vincenzo. **L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei**. Milano, Giuffrè, 1985.
- PLACHY, Adolf. **La Teoria Della Interpretazione**. Milano, Giuffrè, 1974.
- PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Tradutor MARIA LACERDA DE MOURA. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint. 1990.
- PODETTI, Ramiro. **Tratado de las ejecuciones**. Buenos Aires, 1952.
- _____. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985.
- POPPER, Karl. _____. **Conocimiento Objetivo**. 24ª ed. Madrid, Ed.Tecnos, 1982.
- _____. **Autobiografia Intelectual**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2ª ed., São Paulo, Cultrix, 1986.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **O Realismo e o Objetivo da Ciência.** Trad. Nuno Ferreira da Fonseca a partir da edição inglesa pub. por Hutchinson, Co. Ltd., Londres; 1ª ed., Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1987.
- _____. **A Lógica da Pesquisa Científica.** Trans. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 4ª. ed., São Paulo, Pensamento, 1989.
- PORTUGAL. **Constituição da República.** Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1987.
- POUND, Roscoe. **Introducción A La Filosofía del Derecho.** Buenos Aires, TEA, 1962.
- PRADO, Ney. **Os Notáveis Erros dos Notáveis.** Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987.
- PRETO, Visconde de Ouro. **Finanças na Década Republicana.** 2ª ed., Rio de Janeiro, 1902.
- PRIETO, Luis María Cazorla. **La Codificación como función de los poderes públicos en el Estado Contemporáneo. El Caso Español.** Extraído de Seguridad Jurídica y Codificación. Centro de Estudios Registrales. J. San Jose, S.A , Madrid, 1999.
- PUGLIATTI, Salvatore. **Il trasferimento delle situazioni soggettive.** Milano, Giuffrè, 1964.
- PUGLIESE, Mario. **Le tasse nella scienza e nel diritto positivo italiano.** Padova, 1930.
- _____. **I sogetti passivi dell'obbligazione tributaria nel diritto italiano,** in Rivista Italiana per le Scienze Economiche, p. 324, 1935.
- _____. **Corso di scienza delle finanze.** Padua, 1938.
- _____. **Instituciones de derecho financiero – derecho tributario.** Trad. José Silva. México, Fondo de Cultura Económica, 1939.
- PUVIANI, Amilcare. **Teoría de la ilusión financiera.** Instituto Español de Estudios Fiscales, 1973.



BIBLIOGRAFIA



QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. Dissertação de doutoramento em Ciências Político - Economicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra Editora, 1944.

_____. **Filosofia do Direito**. Armenio Amado Editor, 1961.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930.

RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. **Sistema de hacienda pública**. Bogotá, Ed. Temis, 1970.

RAMOS, J. Baptista. **Tribunal de Contas – princípio de legalidade e legalidade da despesa**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980.

RAMOS, Saulo. **Medida Provisória instituída pelo art. 62 da Constituição** – in Coletânea de Medidas Provisórias anotadas IOB. São Paulo, 1989.

RANIERI. **Diritto Penale Amministrativo**. Pádua, 1952.

RÁO, Vicente. **As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo**. Max Limonad, 1966.

RASTELLO, Luigi. **Diritto Tributario - principi generali**. 3ª ed. Padova, Cedam, 1987.

_____. **Diritto Tributario**. 2 vols., Padova, 1987.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. São Paulo, Editora Saraiva, 1968.

_____. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1969.

_____. **Horizontes do Direito e da História**. 2ª. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1977.

_____. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. São Paulo, Editora Saraiva, 1978.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 9ª. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1981.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Teoria do Direito e do Estado**. 4ª. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1984.
- _____. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1986.
- _____. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo, Editora Saraiva, 1990.
- _____. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991.
- REIS, Aarão. **Ciência das Finanças**. 1915.
- REIS, Antonio Marques. **A Constituição Federal Brasileira de 1934**. Ed. Coelho Branco, 1934.
- REIS, Henoch. **A Constituição Imperial do Brasil**. Manaus, 1952.
- REIS, Trajano Furtado. **A Constituição Federal e a Navegação Aérea**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1935.
- RESENDE, Estevão Ribeiro de Souza (Barão de Resende). **A Constituição Monárquica de 1824 e as Constituições Federal e dos Estados do Brasil**. Typ. da Casa Garraux, 1900.
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1991.
- RIBEIRO, C. J. Assis. **Análise Jurídica do Crédito Público**. Rio de Janeiro, Ed. Financ., 1954.
- RIBEIRO, João Coelho Gomes. **A Gênese Histórica da Constituição Federal – subsídio para sua interpretação e reforma**. Rio de Janeiro, Off. Graph. da Liga Marítima Brasileira, 1917.
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. **Lições de finanças públicas**. 5ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.



BIBLIOGRAFIA



- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte, Editora Lê, 1990.
- ROCHA, Francisco Brochado da. **A Constituição do Estado Novo e os estatutos fundamentais da Europa**. Porto Alegre, Globo, 1940.
- RODRIGUES, Dirceu. **Constituição Brasileira de 1946, vista pela Jurisprudência**. São Paulo, Sugestões Literárias, 1964.
- RODRIGUES, José Honório. **A Assembléia Constituinte de 1823**. Petrópolis, Ed. Vozes, 1974.
- RODRÍGUEZ, José Manuel Martínez; RIVAS, Juan José, VELASCO, Joaquín Huelin e IBÁÑEZ, José Luis Gil. **Constituição Espanhola**. 2ª ed. Editorial Colex, 1993.
- ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. **Corso di diritto amministrativo**. Padova, CEDAM, 1937.
- ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Curso de Direito Constitucional – Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Ed. Didática e Científica – EDC, 1990.
- ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 10ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1995.
- ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. 5ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- ROSEMBUJ, Tulio. **La imposición como política**. Buenos Aires, Ed. Disenso, 1973.
- _____. **El hecho de contribuir**. Buenos Aires, Edit. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.
- _____. **Fiscalidad Internacional**. Madrid / Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1998.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **El Fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho Tributario.** Segunda edición. Madrid /Barcelona. Ediciones Jurídicas y sociales, 1999.
- _____. **Apuntes sobre la discrecionalidad en materia tributaria,** in Rev. Impuestos, p. 547, T. 30.
- ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y otros Ensayos.** Buenos Aires, C. Ed. de América Latina, 1961.
- _____. **Diritto e Giustizia.** 2ª ed., Torino, Ed. Eiraudi, 1965.
- _____. **Lógica de las normas.** Madrid, Editorial Tecnos, 1970.
- ROTONDI, Aster. **Appunti sull'obbligazione tributaria.** Milão, Giuffrè, 1950.
- ROUBIER, Paul. **Théorie Générale du Droit.** 2ème., Paris, Recueil Sirey, 1951.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther y TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal.** Tradutores Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona. Editorial Ariel, 1989.
- ROYO, Javier Perez. **Las Fuentes del Derecho.** Madrid, Editorial Tecnos, 1984.
- RUBINO, Domenico. **La Fattispecie e gli effetti giuridici preliminari.** Milano, Giuffrè, 1939.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito Constitucional.** Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- RUGGIERO, Roberto de. **Istituzioni di diritto civile.** 3ª ed., Vol. 1º, Nápoles, Lorenzo Alvano, 1921.
- RUSSEL, Bertrand. **ABC da relatividade.** 5ª ed., Zahar, 1981.
- RUSSO, Pascuale. **Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria.** Milano, Giuffrè, 1969.



BIBLIOGRAFIA



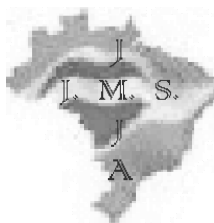
- _____. **Lezioni di Diritto Tributario – I, Parte Geral.** Milano, 1992.
- RUSSOMANO, Rosah. **Anatomia da Constituição – a propriedade na Constituição Federal de 1946.** Pelotas, 1949.
- _____. **Dos Poderes Legislativo e Executivo.** Liv. Freitas Bastos, 1976.
- SÁ, Víctor de. **Rui e os Constituintes de 91.** Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1918-1920.
- SÁCHICA, Luis Carlos. **Esquema para una Teoria del Poder Constituyente.** Bogotá, Editorial Temis, 1978.
- SALAZAR, António de Oliveira. **Da não-retroatividade das leis em matéria tributária.** BFD, ano IX (1925-1926), reimpresso em Estudos de Direito Fiscal. Ministério das Finanças. Lisboa, 1963.
- SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. **O Estado Moderno e a Separação dos Poderes.** São Paulo, Ed. Saraiva, 1987.
- _____. **Ética e História.** Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1998.
- SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. **Comentários à nova Constituição Brasileira.** São Paulo, Ed. Atlas S. A, 1989.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. **As idéias forças da democracia.** Bahia, 1941.
- _____. **O Poder de Reforma Constitucional.** Bahia, Liv. Progresso Editora, 1954.
- _____. **O Processo Legislativo.** São Paulo, Editora Saraiva, 1968.
- SAN TIAGO DANTAS. **Igualdade perante a lei e “due process of law”,** em problemas de direito positivo, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1953.



BIBLIOGRAFIA



- SANCHES, José Luis Saldanha. **A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito**. Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1985.
- _____. **O ônus da prova no processo fiscal**. Dissertação de pós-graduação em Ciências Jurídico - Economicas na Faculdade de Direito de Lisboa. Publicado em Ciência e Técnica Fiscal, nº 340/342 – abril/junho, 1987.
- _____. **Princípios estruturantes da reforma fiscal**. Lisboa, Edifisco, 1991.
- _____. **Manual de Direito Fiscal**. Lisboa, LEX, 1998.
- _____. **A Quantificação da Obrigação Tributária – deveres de cooperação, autoavaliação e avaliação administrativa**. 2ª. ed. Lisboa. LEX. 2.000.
- SANDULI, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo**. 6ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1960.
- SANTOS, Manoel Lourenço. **Direito Tributário**. São Paulo, Sugestões Literárias, 1967.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Mandado de Injunção**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado** - Introdução e Parte Geral. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Metrópole Editora, 1936.
- SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. **A Medida Provisória na Constituição. Doutrina. Decisões Judiciais**. São Paulo, Editora Atlas S/A, 1991.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. vol. III 7ª. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1984.
- SANTOS, Oliveira. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.
- SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, J. Villeneuve e Cia., 1852.



BIBLIOGRAFIA



- SARAZATE, Paulo. **A Constituição do Brasil ao alcance de todos**. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1967.
- SARTORI, Giovanni. La Política. **Logica y metodo en las ciencias sociales**. Trad. de Marcos Lira. 4ª reimpressão. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- SAVIGNY, Friedrich C. **Sistema do Direito Romano Actual**. Trad. Jacinto Mesía e outro. 2ª ed. Madrid, Centro Ed. de Górgora, s/d.
- SCAPARONE, Roppo M. **Principi Generali del Diritto e Diritto Pubblico**. Editora Laterza, 1985.
- SCHAFF, Adam. **Linguagem e Conhecimento**. Coimbra, Livraria Almedina, 1974.
- SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht**. 3ª ed., Munique. C. H. Beck, 1994.
- _____. **Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Vol. 2. Luchterland, 1989.
- SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución** – Estudo à cerca das diversas espécies e possibilidades de salvaguarda da Constituição. Trad. de Manuel Sanchez Sarto. Madrid, Ed. Tecnos, 1983.
- _____. **Teoría de la Constitución**. Versão espanhola de Francisco Ayala. Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SCHMÖLDERS, Günter. **Teoria general del impuesto**. Madrid, 1962.
- _____. **Problemas de psicologia financeira**. Madrid, 1965.
- SCHULTZ e HARRIS. **American public finance**. 8ª ed., New Jersey, Prentice-Hall, 1965.
- SEIXAS, Aurélio Pitanga e outros. **Decadência e Prescrição**. São Paulo, Ed. Resenha, 1976.
- SERRA MOINGUES, Manuel e RAMOS MÉNDEZ, Francesco. **Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil**. Barcelona, 1974.



BIBLIOGRAFIA



SERVA, Mário Pinto. **Diretrizes Constitucionais; Estudos para a Constituição de 1933.** São Paulo, A Capital, 1933.

SICHES, Luiz Recaséns. **El Poder Constituyente.** Madrid, J.Morata, 1931.

_____. **Introducción al estudo del derecho.** México, Porrúa, 1970.

_____. **Experiencia jurídica, natureza de la cosa y lógica “razonable”.** México. Fondo de Cultura Económica, 1971.

_____. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.** 2ª ed., México, Porrúa, 1973.

_____. **Tratado General de Filosofia del Derecho.** 10ª ed. México, Editorial Porrúa, 1991.

SIDOU, J. M. Othon. **A Natureza Social do Tributo.** 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978.

SILVA, Gastão Pereira da. **Constituinte de 46; Dados bibliográficos.** Rio de Janeiro, s. ed., 1947.

SILVA, Gerson Augusto da. **Sistema Tributário Brasileiro (Evolução, composição e estrutura do sistema – Estudo estatístico e legislação comparada de todos os impostos da União, dos Estados e dos Municípios).** Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1948.

_____. **Aspectos da reforma tributária.** Fundação Getúlio Vargas, s.d.

SILVA, Hélio. **1934- A Constituinte.** Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1969.

SILVA, José Afonso da. **Tributos e Normas de Política Fiscal na Constituição do Brasil.** São Paulo, 1968.

_____. **Orçamento Programa no Brasil,** São Paulo, 1977.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5ª. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6ª. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1995.
- _____. **Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. **Ação Popular Constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. **Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1964.
- SILVA, José Bonifácio de Andrada e. **Representação à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravidão**. Paris, F. Didot, 1825.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra. Livraria Almedina. 1998.
- SILVEIRA, Alípio. **O Costume jurídico no Direito Brasileiro**. RF vol. 163, fasc. 631, 1956.
- SMITH, Adam. **Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones**. Barcelona, 1933.
- SOLER, Sebastian. **La Interpretación de la Ley**. Barcelona, Ariel, 1962.
- _____. **Las Palabras de la Ley**. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.



BIBLIOGRAFIA



- SOUSA, Domingos Pereira de. **As Garantias do Contribuinte**. Lisboa, Ed. Universidade Lusíada, 1991.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de e GALVÃO, Sofia. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed., revista e aumentada com base na Revisão Constitucional de 1997. Portugal. Publicações Europa-América Ltda, 1998.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de Direito Administrativo I**. Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1994-1995.
- _____. **Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição**. Braga, Livraria Cruz, 1979.
- _____. **O Sistema de Governo Português**. Estudos sobre a Constituição (coordenação de Jorge Miranda) vol. III. Livraria Petrony, 1979.
- _____. **A adesão de Portugal à C.E.E. e a Constituição de 1976**. Estudos sobre a Constituição. vol. III (coordenação de Jorge Miranda), Livraria Petrony, 1979.
- _____. **Legitimação da Justiça Constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais**. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora, 1995.
- _____. **Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português**. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-políticas na Faculdade de Direito de Lisboa. Braga, Livraria Cruz, 1983.
- _____. **Uma Constituição Moderna para Portugal** (a Constituição da República revista em 1997, anotada por Luís Marques Guedes). Prefácio do Presidente do PSD.
- SOUSA, Rubens Gomes de. e outros. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- SOUSA, Rubens Gomes de. **Distribuição da justiça em matéria fiscal**. São Paulo, Martins, 1943.
- _____. **Estudos de Direito Tributário**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1950.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Compêndio de Legislação Tributária**. Rio de Janeiro, 1960.
- _____. **Compêndio de Legislação Tributária**. São Paulo, Resenha Tributária, 1981.
- _____. **Curso de Introdução ao Direito Tributário**. São Paulo, Revista de Estudos Fiscais, 1949.
- SOUZA, Hamilton Dias de; TILBERY, Henry; GANDRA, Ives. **Comentários ao CTN**. São Paulo, Bushatsky, 1976.
- SOUZA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e Commentario da Constituição Política do Imperio do Brasil ou Theoria e Pratica do Governo Constitucional Brasileiro**. São Luís do Maranhão, B. de Mattos, 1867-70.
- SOUZA, Leomar Barros Amorim de. **A Produção Normativa do Poder Executivo**. Brasília, Editora Brasília Jurídica.
- SOUZA, Octávio Tarquínio de. **José Bonifácio e a convocação da Constituinte**, in *História dos Fundadores do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, Ed. José Olympio, 1957.
- _____. **A mentalidade da Constituinte; 3 de maio de 1823**. Rio de Janeiro, Off. Graph. A P. Barthel, 1932.
- SPAGNA MUSSO, Enrico. **Diritto Costituzionale**. 3ª ed. Padova, Cedam, 1990.
- SPINELLI, Aldo. **Norme Generali per la Repressioni della Violazione delle Leggi Finanziarie**. Milão, 1959.
- SPOTA, Alberto Antônio. **Lo Político, lo Jurídico, el Derecho y el Poder Constituyente**. Buenos Aires, Plus Ultra, 1981.
- STAMMLER, Rudolf. **Tratado de filosofia del derecho**. Madrid, Ed. Reus, 1930.
- STARCK, Christian. **El Concepto de ley en la Constitucion Alemana**. Tradutor de Luis Legaz Lacambra. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1979.



BIBLIOGRAFIA



- STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Vol. I, 2ª ed., Munique. C. H. Beck, 1984.
- STRENGER, Irineu. **Direito Moderno em Foco**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1988.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo, Malheiros Editora, 1992.
- SUNI, Elisabetta Palici di. **La Regola e L'Eccezione – Istituzioni Parlamentari e Potesta Normativa Dell'esecutivo**. Milano, Dott. A Giuffré Editore, 1988.
- _____. **Medidas Provisórias**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- TALLEDO, César. **Manual del Código Tributario**. Lima, Edit. Economía y Finanzas.
- _____. **La retroactividad de las normas tributarias en la legislación peruana**, in Memoria de las X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, Montevideo, 1984.
- TAMAGNO, Roberto. **El contribuyente**. Buenos Aires, 1953.
- TANGORRA, Vincenzo. **Trattato de scienza della finanza**. Milano, Società Editrice Libreria, Via Ansonio, 1915.
- TARANTINO, Jacinto R. **Finanzas públicas y desarrollo económico**. Buenos Aires, 1960.
- _____. **Las penalidades tributarias**. Buenos Aires, Edit. Astrea, 1983.
- TEIXEIRA, António Brás. **Princípios de Direito Fiscal**. 3ª ed., Coimbra, 1989.
- TELLES JÚNIOR, Gofredo da Silva. **Direito Quântico**. São Paulo, Editora Max Limonad, 1985.



BIBLIOGRAFIA



- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- TENÓRIO, Oscar Accioly. **O Problema Imigratório e a Constituição de 1934**. Rio de Janeiro, Artes Gráficas C. Mendes Júnior, 1935.
- TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del Derecho**. México, Editorial Porrúa, 1952.
- TESAURO, Francesco. **Profili sistematici del Processo Tributario**. Padova, 1980.
- TESORO, Giorgio. **Principi di diritto tributario**. Bari, Luigi Macri, 1938.
- TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1 – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 16ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.
- TILBERY, Henry. **Tributação e Integração da América Latina**. São Paulo, Ed. Bushatsky, 1971.
- _____. **Base Econômica e efeitos das isenções**, in Incentivos fiscais para o desenvolvimento. Coordenação de Antônio Roberto Sampaio Dória. São Paulo, José Bushatsky, 1971.
- _____. **Direito Tributário 2 – Responsabilidade Tributária**. São Paulo, José Bushatsky, 1972.
- _____. **Profissões Liberais e Imposto de Renda**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1974.
- TOBEÑAS, José Castán. **Situaciones jurídicas subjetivas**. Madrid, Ed. Reus, 1963.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1994.
- TORRÉ, Abelardo. **Introducción al Derecho**. 6ª ed. Buenos Aires, Ed. Perrot, 1972.



BIBLIOGRAFIA



- TORRES, Alberto. **A Organização Nacional**. Brasília, Cia Editora Nacional e Editora Universidade de Brasília, 1982.
- TORRES, Heleno. **A Pluritributação Internacional sobre a renda das empresas**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**. vol. 02/Tomo II - Sistemas Constitucionais Tributários, 1986.
- _____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1993.
- _____. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1995.
- TOSI, Silvano. **Sièyes e la Dottrina del Pofere Costituente**, in Studi Politici, Rivista Trimestrali, Sansone - Firense, Ano IV, nº 2, II, abr. 1975.
- TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 12ª ed., Padova, CEDAM, 1960.
- TROTABAS, Louis. **Le particularisme du droit fiscal**. París, 1937.
- _____. **Finances publiques**. Paris, Dalloz, 1964.
- _____. **Finances publiques**. París, 1967.
- TROTABAS, Louis; COTTERET, Jean-Marie. **Finances publiques**. París, Ed. Dalloz, 1970.
- _____. **Droit Fiscal**. 7ª ed., Paris, 1992.
- UCKMAR, Victor. **Principi comuni di diritto costituzionale tributario**. Padova, CEDAM, 1959.
- _____. **Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário**. Trad. Marco Aurélio Greco. 1ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, EDUC, 1976.
- UDINA, Manlio. **Il diritto internazionale tributario**. Padova, CEDAM, 1949.



BIBLIOGRAFIA



- VALADÃO, Alfredo. **Estudos sobre o Tribunal de Contas**. Rio de Janeiro, Leuzinger, 1911.
- VALDÉS COSTA, Ramón. **Curso de derecho tributario**. Montevideo, 1970.
- _____. **Estudios de derecho tributario internacional**. Montevideo, Edit. Amalio Fernández, 1978.
- _____. **Estudios de derecho tributario latinoamericano**. Montevideo, Edit. Amalio Fernández, 1982.
- VANONI, Ezio. **Opere giuridiche**. Milano, Giuffrè. Vol. 1º, 1961, Natura ed interpretazione delle legge tributarie, Altri studi di diritto finanziario; Vol. 2º, 1962, Elementi di diritto tributario, altri saggi di diritto finanziario.
- _____. **Naturaleza y Interpretación de las Leyes Tributarias**. Trad. Juan Martín. Madrid, Queraalt, 1973.
- _____. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1952.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. **El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social**. Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria das Normas Jurídicas**. Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Imposto de Renda Estadual - Adicional Estadual do Imposto de Renda**. 1ª ed., Belém: Graficentro/CEJUP, 1992.
- VASCONCELOS, Zacarias de Goes. **Da Natureza e Limites do Poder Moderador**. Rio de Janeiro, Typ. Universal Laemmert, 1862.
- VAZ, Manuel Afonso. **Lei e Reserva da Lei – A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Porto, Universitas Catholica Lusitana, 1996.



BIBLIOGRAFIA



- VECCHIO, Giorgio del. **Supuestos, Concepto y Principio del Derecho**. Versión de Cristobal Masso Escofet. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1962.
- _____. **Lezioni di Filosofia del Diritto**. 13ª ed., Milão, Ed. Giuffrè, 1965.
- _____. **Los principios generales del derecho**. 3ª ed. Barcelona, ed. Bosch, 1971.
- _____. **Los Principios Generales del Derecho**. Trad. Juan Osorio Morales. 3ª ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1979.
- VEDEL, Georges e DELVOLLÉ, PIERRE. **Droit Administratif**. 11ª ed., Vol. I, Paris, Presses Universitaires de France, 1990.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **Estado Liberal de Direito y Estado Social de Derecho**. Universidad de Salamanca, 1955.
- _____. **A luta pelo Estado de Direito**. Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.
- VERGONTINI, Giuseppe de. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid, Espasa-Calpe, 1985.
- VERNENGO, Roberto José. **Temas de Teoría General del Derecho**. Buenos Aires, Cooperadora de Ciencias Sociales, 1971.
- _____. **Curso de teoría general del derecho**. 2ª ed. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.
- _____. **La Interpretación Jurídica**. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- VIAMONTE, Carlos Sanches. **El Poder Constituyente – Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino**. Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina.
- VIANA, Oliveira. **Programa de Revisão da Constituição Federal de 1891**, in Problemas de Política Objetiva. Rio de Janeiro, Record, 1974.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **O Idealismo da Constituição**, in À Margem da História da República. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980.
- VIDIGAL, Geraldo Camargo. **Fundamentos do Direito Financeiro**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Madrid, Ed. Taurus, 1964.
- _____. **Sobre el futuro de la Filosofía del Derecho como investigación fundamental**, in Cuadernos de Filosofía del Derecho. 6, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.
- _____. **Argumentação jurídica e modelo sistemático na história – a Era Moderna**. Trad. de Ferraz Júnior. Trabalho apresentado no Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Social, Bruxelas, 1971.
- _____. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, Coleção Pensamento Jurídico, 1979.
- VIEIRA, Severino dos Santos. **A Constituição de 24 de fevereiro; Tropeços na sua Prática e Ameaças do seu Futuro**. Salvador, Typ. Bahiana de Cincinato Melchhiades, 1916.
- VILANOVA, Lourival. **Sobre o Conceito do Direito**. Recife, Imprensa Oficial, 1947.
- _____. **O problema do objeto da Teoria Geral do Estado** (Tese para a cátedra da Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco). Recife, 1953.
- _____. **Lógica Jurídica**. São Paulo, Bushatsky, 1976.
- _____. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.



BIBLIOGRAFIA



_____. **Causalidade e Relação no Direito**. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

VILLEGAS, Héctor B. **Derecho penal tributario**. Buenos Aires, 1965.

_____. **Curso de Direito Tributário**. Trad. Roque Antonio Carrazza. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 4ª ed., Buenos Aires: Depalma, Tomo I e Tomo II, 1987.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin. **Derecho administrativo**. Buenos Aires, 1949.

VILLEY, Michel. **Sur les Essais d'Application de la Logique Deontique au Droit**. Archives de Philosophie du Droit, Paris, Sirey, 1972, nº 17, tome XVII.

VOLTAIRE. **Cândido ou o Otimismo**. Rio de Janeiro. Editora Tecnoprint. 1991.

VON THUR, Andreas. **Derecho Civil – Teoría General del Derecho Civil Alemán**. Trad. Tito Ravá, Buenos Aires, Depalma, 1946.

WAGNER, Adolfo. **Traité de la science des finances**. París, 1909.

WARAT, Luis Alberto. **Semiótica y derecho**. Buenos Aires, Ediciones Eikón, 1972.

WARAT, Luis Alberto e outro. **Lenguaje y Definición Jurídica**. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva I**. Trad. José Medina Echavarría e outros. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 11ª ed. Ed. Jurídica de Chile, 1976.

WEYREUTHER, Feliz. **Revisionszulassung und Nichtzulassunbeschwerde in der Rechtssprechung der obersten Bundesgerichte**. Munique. Ed. Beck'sche. 1971.



BIBLIOGRAFIA



- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. Botelho Hespanha, 1ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- _____. **El Principio General de la buena fe**. Tradutor José Luis Carro. Segunda reimpresión. Madrid. Editorial Civitas, 1986.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo, Universidade de São Paulo, 1968.
- WITTHAUS, Rodolfo Ernesto. **Poder Judicial Alemán (Tribunal Federal de Constitucionalidad. Controlador Normativo. Apelaciones al legislador)**. Buenos Aires. AD-HOC, 1995.
- WOLFE, Christopher. **La Transformacion de la Interpretacion Constitucional**. Tradutores María Gracia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Primera edición. Espanha. Editorial Civitas, 1991.
- WROBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoria general de la interpretación jurídica**. Ed. Civitas, 1985.
- XAVIER, Alberto. **Conceito e Natureza do Acto Tributário**. Lisboa. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito de Lisboa. 1972.
- _____. **Conceito e Natureza do Lançamento Tributário**. São Paulo, Juriscred, s/d.
- _____. **Aspectos Fundamentais do Contencioso Tributário**. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa, 1972.
- _____. **Manual de Direito Fiscal**. Lisboa, Tipografia Guerra, 1974.
- _____. **Direito Tributário do Brasil**. São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1976.
- _____. **Do Procedimento Administrativo**. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.
- _____. **Lançamento**, in Curso de Direito Empresarial, Vol. II, São Paulo, Ed. Resenha Tributaria, 1976.



BIBLIOGRAFIA



- _____. **Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro.** São Paulo, Resenha Tributária, 1977.
- _____. **Direito Tributário Internacional do Brasil.** São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1977.
- _____. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. **Direito Tributário e Empresarial: Pareceres.** Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1982.
- _____. **O problema da retroatividade das leis sobre imposto de renda.** Extraído de Direito Tributário e Empresarial – Pareceres. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- _____. **Pareceres de Direito Tributário.** São Paulo, Saraiva, 1986.
- _____. **Direito Tributário Internacional do Brasil (Tributação das operações internacionais).** 4ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1995.
- _____. **Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário.** 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997.
- ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo.** 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1958.
- ZAVALA, Ernesto Flores. **Elementos de finanzas públicas mexicanas – los impuestos.** 8ª ed., México, Ed. Porrúa, 1966.
- _____. **Elementos de finanzas públicas mexicanas.** México, Ed. Porrúa, 1970.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** Trad. António Cabral de Moncada. 2ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.



ARTIGOS DE REVISTAS

AMOROS, Narciso. **La reforma tributaria en los impuestos del producto y sobre la renta global de las personas físicas.** Extraído da Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, 1958.

ARAGON, Manuel. **La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al regimen local, anteriores a la Constitución.** Extraído da Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid. Vol. I de jan/abril de 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos.** Extraído da Revista de Direito Administrativo nº 132 – abril/junho – FVG/RJ, 1978.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação Jurisdicional dos interesses legítimos no Direito Brasileiro.** Extraído da Revista de Direito Administrativo nº 176- abril/junho - FGV/RJ, 1989.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Poder Constituinte.** Extraído da Revista brasileira de Estudos Políticos nº 52 – Belo Horizonte, jan./81.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** Extraído da Revista de Processo nº 77 - ano 20 - jan/março – RT, 1995.

_____. **A proteção jurídica dos interesses coletivos.** Extraído da Revista de Direito Administrativo nº 139 - jan/março – FGV/RJ, 1980.

BORGES, José Souto Maior. **Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar.** Extraído da Revista de Direito Público nº 25. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

BROSSARD, Paulo. **O Senado e as Leis inconstitucionais.** Extraído da Revista de Informação Legislativa nº 50. Brasília – DF.



BIBLIOGRAFIA



- BURDEAU, Georges. **O Poder Executivo na França**. Extraído da Revista Brasileira de Estudos Sociais e Políticos nº 19. Belo Horizonte, 1961.
- CAMPANILE, Giovanna. **Procedimento d'Urgenza e incidente de legittimità Costituguenale**. Extraído da Revista de Diritto Processual – ano L – nº 1 – jan/mar – Padova, Cedam, 1985.
- CAMPOS, Everardo. **Reforma Tributária**. Extraído da Revista Alfândega. Ano II nº 04. Janeiro/Março de 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **O Princípio da Segurança Jurídica**. Extraído da Revista da Associação dos Pós-graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nº 03 - Ano II – janeiro/março de 1993.
- _____. **O Direito Positivo como Sistema Homogêneo de Enunciados Deônticos**. Extraído da Revista de Direito Tributário nº 45 , jul-set./1988, São Paulo.
- CASTRO, Antonio Olímpio Viveiros de. **História Tributária do Brasil**. Extraído da Revista do Instituto Histórico, t. 78.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tendências actuais da interpretação da lei: o juiz-autômato aos modelos de decisão jurídica**. Extraído da Revista Jurídica da AAFDL nº 09-10, janeiro/junho de 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Responsabilidade do Estado por ato legislativo**. Extraído da Revista de Direito Público, 71/64.
- CRISAFULLI. **Pela determinação do conceito dos princípios gerais do Direito**. Extraído da Revista Internacional de Filosofia do Direito, vol. XIX – ano XXI – série II, janeiro/abril de 1941.
- DELGADO, José Augusto. **A supremacia dos princípios informativos do Direito Administrativo. Interpretação e aplicação**. Extraído da Revista dos Tribunais nº 701 – março de 1994.



BIBLIOGRAFIA



- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação popular na Administração Pública**. Extraído da Revista de Direito Administrativo nº 191 – jan/mar de 1993 – Editora Renovar.
- FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário**. Extraído da Revista USP/SP, março/maio de 1994.
- FAZALLARI, Elio. **Profili della Cautela**. Extraído da Revista di Diritto Processuale nº 01 – ano XLVI. Padova, Cedam, 1991.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora**. Extraído da Revista dos Tribunais – Cadernos de direito Tributário e Finanças Públicas, nº 1.
- FERREIRA, Luis Pinto. **Lei Complementar na Constituição**. Extraído da Revista do Ministério Público de Pernambuco. Recife, ano I.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Medidas Provisórias: Natureza Jurídica**. Extraído da Revista Trimestral de Direito Público, 1993.
- FIGUEIREDO, Fran. **As medidas provisórias no sistema jurídico constitucional brasileiro**. Extraído da Revista de Informação Legislativa – abril/junho de 1991, Brasília/DF.
- FRISINA, Pasquale. **La tutela anticipatoria : profili funzionali e strutturali**. Extraído da Revista di Diritto Processuale – nº 2 e 3 - abril/set. - anno XLI . Padova, CEDAM, 1986.
- GARCIA, Maria da Glória. **Arguição nas Provas Públicas de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**. Coimbra Editora, 1997. Extraído da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XXXVIII, nº 02.
- GARCIA MARTINEZ, Maria Assuncion. **Nueve años de Jurisprudencia Constitucional**. Extraído da Revista de la Facultad de Derecho de La Universidad Complutense – 1s – Monográfico. Madrid, 1989.



BIBLIOGRAFIA



- GIARDINO, Cléber. **Relação jurídica tributária e o aspecto pessoal que a integra.** Extraído da Revista de Direito Público, nº 25, São Paulo.
- HORTA, Raul Machado. **Tendências atuais dos Regimes de Governo.** Extraído da Revista de Direito Público nº 84, outubro - dezembro 1987. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- HORTA, Raul Machado. **Medidas Provisórias.** Extraído da Revista de Informação Legislativa nº 107, Julho/Setembro de 1990.
- JARACH, Dino. **Análisis del Código Tributario para America Latina.** Extraído da Revista Impuestos, t. 29, p. 189.
- KALLÁS, José. **Coletânea de Medidas Provisórias.** Extraído Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Vol. 4 – Medidas Provisórias – 801 a 1.000. São Paulo, Lejus – Livraria e Editora Jurídica Senador, 1998.
- LEAL, Vítor Nunes. **Leis complementares da Constituição.** Extraído da Revista de Direito Administrativo 7.
- LOEVINGER, Lee. **Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry.** Extraído da Revista Law and Contemporary Problems, publicada pela Duke University, School of Law, vol. XXVIII, nº 01, Durham, Carolina do Norte, EUA, 1963.
- MARTINEZ, Pedro Mário Soares. **Gilberto Freyre – Sábio Inovador.** Extraído da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XXVI, 1985.
- MEDAUER, Odete. **Ato de Governo.** Extraído da Revista da Faculdade de Direito da USP – jan/dez de 1988.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Perfil Constitucional das Medidas Provisórias.** Extraído da Revista de Direito Público nº 95 – julho/set. de 1990, São Paulo.
- MIRANDA, Jorge Manuel de. **A transição constitucional brasileira e o anteprojecto da Comissão Afonso Arinos.** Lisboa. Extraído da Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Nova Série, nº 9-10 (jan.- jun 1987).



BIBLIOGRAFIA



MIRANDA, Jorge Manuel de. **Sobre a previsível criação de um Tribunal Constitucional**. Extraído do nº 15 (Junho de 1980) da Revista DEMOCRACIA E LIBERDADE. Instituto Democracia e Liberdade. Lisboa.

_____. **Sobre a previsível criação de um Tribunal Constitucional**. Extraído do nº 15 (Junho de 1980) da Revista DEMOCRACIA E LIBERDADE. Instituto Democracia e Liberdade. Lisboa.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **As Delegações Exteriores Executivas nos arts. 19 e 22 da Constituição de 1937**. Extraído da Revista dos Tribunais. São Paulo, 111 (453): 789-791, fevereiro de 1938.

NALINI, José Renato. **Função Judicante. Dez Recados ao Juiz do III Milênio**. Extraído da Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nº 07. Brasília, Jan./abril de 1999.

NISKIER, Arnaldo. **O Direito à tecnologia da esperança**. Extraído da Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano II, Dezembro de 1998. Circulação junho de 1999 – edição comemorativa do sesquicentenário de Ruy Barbosa.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Aspectos práticos – aplicações concretas**. Separata da Revista de Direito Tributário. V Congresso de Direito Tributário. IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

OTERO, Paulo Manuel. **O Brasil nas Côrtes Constituintes Portuguesas de 1821- 1822**. Lisboa. Separata da Revista “O Direito” – Ano 120º, 1988.

_____. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?** Lisboa. FDL – Separata da Revista “O Direito” – ano 122 nº 3-4, 1990.

_____. **Autorizações Legislativas e Orçamento do Estado**. Lisboa. Separata da Revista “O Direito”, Ano 124º, 1992.

PAUPÉRIO, A Machado. **Delegação de Poderes**. Extraído da Revista brasileira de Estudos Políticos vol.14, julho/1962 . Belo Horizonte.



BIBLIOGRAFIA



POLETTI, Ronaldo. **O Decreto-Lei na Constituição**. Extraído da Revista de Informação Legislativa nº 70 – ano 18, abril/junho de 1981.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do desvio do poder em direito administrativo**. Extraído da Revista de Direito Administrativo, vol. 6.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Instrumentos de defesa do contribuinte**. Extraído da Revista de Direito Administrativo nº 196 – abril/junho de 1994.

TÁCITO, Caio. **As medidas provisórias na Constituição de 1988**. Extraído da Revista de Direito Administrativo 176/6.

TARZIA, Giuseppe. **Considerazioni Comparative sulle misure provvisore nel processo Civile**. Extraído da Revista di Diritto Processuale nº 02 – anno XI – abril/junho. Padova, Cedam, 1985.

TAVARES, Ana Lúcia. **A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador**. Extraído da Revista da PUC nº I, ano I. Rio de Janeiro. Março/1987.

PERIÓDICOS DIVERSOS

Boletim de Jurisprudência, TRF-5. R., n. 22 (20.08.91).

Boletim dos Procuradores da República, Ano III, nº 26, junho, 2000.

Boletim dos Procuradores da República. Ano III, nº 33, janeiro de 2.001.

COAD – ADV - Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas, jul./1991.

Desafios Contemporâneos ao Estado Democrático – Anais do 17º Encontro Nacional dos Juízes Federais. Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Estação Produções Ltda, abril/2.001.



BIBLIOGRAFIA



Diversas consultas ao PRODASEN (Sistema de Processamento de Dados do Senado Federal) e a INTERNET.

Estudos Jurídicos em Homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto - Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado. Coordenadores: Agostinho Toffoli Tavoraro, Brandão Machado e Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

Folha de São Paulo - Dinheiro. 04.06.92. ps. 2-3. NASSIF, Luís.

Gazeta Mercantil. 17.09.92.

Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra Editora. 1995.

Notas Taquigráficas da Comissão Especial reunida para a análise e votação da Proposta de Emenda Constitucional nº 472-D/97 – Regulamentação de Medida Provisória.

O Supremo e a mentira – FALCÃO, Joaquim – Folha de São Paulo de 23. 06. 95.

Repertório IOB - Jurisprudência (2ª quinzena de abril de 1991, n. 08/91).

Repertório IOB - Jurisprudência (2ª quinzena de dezembro de 1991, n. 24/91).

Revista da AJUFE – Associação dos Juízes Federais. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Medidas Provisórias na Constituição Brasileira.

Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 42, 1990. (publicação do Centro de Estudos Jurídicos)

Revista de Direito Público, nº 84. SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo.

Revista de Direito Tributário – 47. DERZI, Mizabel de Abreu Machado. Princípio da Praticabilidade do Direito Tributário (Segurança Jurídica e Tributação).

Revista de Direito Tributário 13-14/391. ATALIBA, Geraldo. Princípio da Anterioridade – Alcance.



BIBLIOGRAFIA



Revista de Direito Tributário 41/85. ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber e BARRETO, Aires Fernandino. Parecer publicado com o título “Imposto de Renda – Correção Monetária- Irretroatividade”.

Revista de Direito Tributário nº 63. BORGES, José Souto Maior. Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo.

Revista de Direito Tributário, 13.01/03/89, n. 47.

Revista de Direito Tributário, Separata (Editora Revista dos Tribunais). Princípios Constitucionais Tributários. V Congresso Brasileiro de Direito Tributário. Coordenadores: Geraldo Ataliba, A. R. Sampaio Dória. São Paulo, IDEPE (Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial), 1991.

Revista de Direito Tributário, Separata (Malheiros Editores). VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário. São Paulo, IDEPE (Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial), 1992.

Revista Forense., vol. 334. FERREIRA, Sérgio de Andréa. O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais.

Revista Justiça e Cidadania. Ano III, nº 18, agosto de 2.001.

Revista Quinzenal/Exame, Edição 486, Ano 23, n. 17, 1991.

Revista Semanal de Informação/Visão n. 30, Ano XL, 1991.

RTJB vol. III, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Contribuição Social sobre o Lucro – decisão transitada em julgado anteriormente à reformulação jurisprudencial – inadmissibilidade da ação rescisória à luz da nova conformação constitucional do princípio da segurança jurídica – Parecer.

Série de Cadernos vol. 7 do Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Encontro Nacional de Magistrados Federais. ALMEIDA, José Baptista de. Direito Alternativo – solução para o processo? Brasília, 1995.



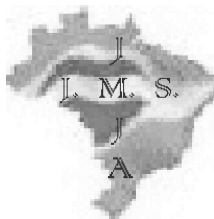
BIBLIOGRAFIA



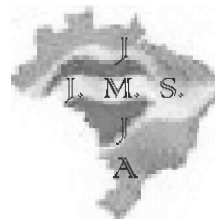
Síntese do Relatório Final da CPI sobre o Poder Judiciário. Presidente: Senador RAMEZ TEBET; Vice-Presidente: Senador CARLOS WILSON; Relator: Senador PAULO SOUTO. Brasília. Gráfica do Senado Federal. 2000.

SINOPSE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO.

- Correio Brasiliense de 06.05.99– artigo do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros.
- Diário de Pernambuco de 10.07.99. Caderno “Últimas Notícias”.
- Diário de Pernambuco de 10.07.99.
- Diário de Pernambuco de 21.05.99. Caderno Política.
- Diário de Pernambuco de 28.05.99.
- Estado de São Paulo de 01.06.99. Caderno Notícias. Página Internet.
- Estado de São Paulo de 03.06.99.
- Estado de São Paulo de 17.05.99. Caderno Política.
- Folha de São Paulo de 02.07.99.
- Folha de São Paulo de 03.06.99. Caderno Dinheiro.
- Folha de São Paulo de 20.06.99. Caderno Tendências.
- Gazeta Mercantil de 02.06.99. Caderno Nacional.
- Gazeta Mercantil de 02.09.98. Título: Presidente do STF propõe mudança no Tribunal.
- Gazeta Mercantil de 27.05.99. Caderno Legislação.
- Gazeta Mercantil de 31.08.98, Título: Efeito Vinculante provoca polêmica .



BIBLIOGRAFIA



- Jornal Correio Brasiliense de 07.06.99. Direito e Justiça.
- Jornal do Brasil de 09.06.99. Caderno Opinião.
- Jornal do Brasil de 19.05.99. Caderno Economia.
- Jornal do Comércio de 17.05.99. Caderno - Segunda Capa.
- Jornal do Comércio de 21.05.99. Caderno Cidades.

Hélio Silvio Ourem Campos

J.M.S. _____ J.M.J.A.



ANEXO
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 472
DE 1997



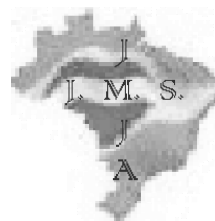
ANEXO

Principais mudanças na edição de medidas provisórias		
	Como é hoje	Como fica
● Prazo de vigência	30 dias	60 dias, prorrogáveis por mais 60
● Reedição	As MPs podem ser reeditadas várias vezes	Proibida
● Conteúdo das MPs	Não podem tratar de assuntos que tenham sido objeto de emendas constitucionais; reforma do Código Penal, entre outros	Além dos atuais, não poderão versar sobre orçamentos, ativos financeiros, poupança popular, seqüestro de bens, temas regulamentáveis por meio de lei complementar, entre outros
● Prazo para votação pelo Congresso	Não estabelecido	45 dias, sob pena de trancar a pauta de votações
● Tramitação	As MPs são analisadas no Congresso por comissão mista formada por senadores e deputados	A tramitação sempre se iniciará pela Câmara e a votação será separada nas duas Casas

Emenda à Constituição N.º 32, de 11 de setembro de 2001



ANEXO
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 472
DE 1997



EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001

*Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da
Constituição Federal, e dá outras providências.*

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art.48.

.....

X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;

XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

....."(NR)

"Art.57.

.....

§ 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.

§ 8º Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação."(NR)

"Art.61.

§ 1º



ANEXO
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 472
DE 1997



.....

II-

.....

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

....."(NR)

"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,



ANEXO
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 472
DE 1997



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, subsequente, 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."(NR)

"Art.64.

.....

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal



ANEXO
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 472
DE 1997



não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

....."(NR)

"Art.66.

.....

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

....."(NR)

"Art.84.

.....

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

....."(NR)

"Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública."(NR)

"Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive."(NR)

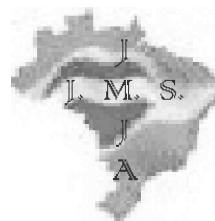
Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de setembro de 2001



ANEXO
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 472
DE 1997



Mesa da Câmara dos Deputados

Deputado Aécio Neves
Presidente

Deputado Efraim Morais
1º Vice-Presidente

Deputado Barbosa Neto
2º Vice-Presidente

Deputado Nilton Capixaba
2º Secretário

Deputado Paulo Rocha
3º Secretário

Deputado Ciro Nogueira
4º Secretário

Mesa do Senado Federal

Senador Edison Lobão-Presidente, Interino

Senador Antonio Carlos Valadares
2º Vice-Presidente

Senador Carlos Wilson
1º Secretário

Senador Antero Paes de Barros
2º Secretário

Senador Ronaldo Cunha Lima
3º Secretário

Senador Mozarildo Cavalcanti
4º Secretário

Fonte: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm



ÍNDICE GERAL



ÍNDICE ONOMÁSTICO

2

2.001 · 3, 37, 51, 110, 178, 239, 383, 418, 427, 445,
465, 488, 523, 534, 535, 605, 620, 624, 633, 652,
669, 685, 702, 791, 844, 900, 948, 962, 1001, 1061,
1097, 1168, 1169, 1173, 1185, 1283, 1297, 1364,
1366, 1371, 1391, 1534, 1537, 1638
2.002 · 189, 1097, 1365

A

ação · 98, 99, 100, 105, 116, 122, 123, 125, 126, 127,
128, 129, 130, 132, 135, 138, 141, 144, 165, 182,
203, 209, 210, 215, 216, 220, 221, 264, 266, 270,
285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 324, 329,
368, 393, 394, 395, 396, 397, 402, 403, 404, 405,
412, 415, 433, 460, 523, 561, 571, 572, 575, 579,
640, 664, 675, 695, 732, 747, 752, 765, 766, 805,
810, 818, 823, 825, 831, 835, 839, 856, 874, 875,
891, 922, 925, 937, 938, 941, 942, 953, 954, 966,
968, 970, 1006, 1024, 1036, 1038, 1045, 1064,
1114, 1210, 1290, 1342, 1343, 1356, 1468, 1474,
1483, 1486, 1487, 1494, 1528, 1640

Ação Declaratória de Constitucionalidade · 131, 412,
751, 1581

ação direta de inconstitucionalidade · 4, 17, 402, 404,
419, 420, 421, 475, 575, 925, 1064, 1114, 1343,
1374

ação penal · 396, 486, 1297, 1435

ação rescisória · 5, 10, 290, 675, 1374

acessório · 1202, 1291, 1360, 1531

acórdão · 127, 128, 294, 296, 816, 817, 947

ADC · 4, 132

ADCon · 419

adicional · 79, 105, 359, 1101, 1104, 1306

ADIn · 4, 419, 967, 968, 1004

ADIn. · 1004

adjudicação · 325

Administração · 34, 68, 107, 116, 123, 152, 153, 215,
216, 217, 258, 306, 323, 332, 339, 340, 343, 390,
393, 414, 416, 418, 432, 456, 458, 459, 460, 461,
464, 465, 466, 467, 469, 470, 471, 472, 473, 477,
478, 479, 480, 482, 483, 485, 486, 487, 488, 513,
522, 528, 532, 632, 636, 646, 653, 677, 678, 804,
805, 819, 822, 845, 930, 987, 1067, 1075, 1078,
1098, 1102, 1182, 1281, 1287, 1291, 1297, 1299,
1358, 1363, 1437, 1444, 1445, 1447, 1448, 1477,
1531, 1533, 1571, 1578, 1613, 1618, 1635, 1639
administrador · 121, 222, 258, 308, 348, 456, 513, 930,
952, 1032, 1084, 1142, 1296, 1362, 1436, 1498
alemães · 600, 681, 831, 947
Alemanha · 166, 322, 347, 400, 402, 595, 600, 680,
682, 683, 748, 1064, 1067, 1082, 1295, 1461
alemão · 457, 469, 546, 595, 681, 747, 830, 944, 1208
América · 35, 56, 170, 321, 335, 458, 470, 523, 532,
565, 583, 586, 597, 600, 684, 685, 686, 750, 808,
828, 859, 900, 907, 985, 1016, 1026, 1062, 1064,
1067, 1074, 1161, 1170, 1171, 1172, 1185, 1282,
1295, 1323, 1464, 1518, 1590, 1616, 1622
América Latina · 684, 828, 859, 900, 1016, 1026, 1067,
1172, 1185, 1464, 1518, 1616
analogia · 185, 186, 906, 909, 913, 914, 915, 916, 918,
919, 920, 932, 933, 937, 947, 964, 972, 1028, 1029,
1030, 1032, 1035, 1485, 1487, 1580
anistia · 59, 68, 98, 165, 281, 1068, 1076
anterioridade · 38, 79, 80, 201, 202, 227, 240, 241, 242,
244, 245, 246, 272, 279, 293, 296, 297, 298, 299,
300, 301, 302, 304, 307, 308, 309, 310, 311, 312,
313, 314, 327, 328, 329, 330, 509, 510, 511, 549,
570, 657, 721, 726, 793, 795, 796, 834, 866, 867,
869, 894, 923, 995, 999, 1013, 1014, 1015, 1047,
1065, 1100, 1316, 1323, 1331, 1335, 1336, 1337,
1338, 1431, 1432, 1433, 1466, 1471
anti-elisiva · 463, 469, 1531
anualidade · 38, 105, 227, 310, 311, 312, 313, 314, 315,
316, 320, 328, 509, 511, 795, 796, 894, 1431, 1433
anulação · 206, 222, 817
Arbitragem · 17, 914, 917, 1029
arbitramento · 897
Argentina · 32, 687, 1461, 1566, 1628
Argentino · 1572, 1628



ÍNDICE GERAL



Aristóteles · 170
ARISTÓTELES · 171, 335, 567, 592, 596, 744, 1552
arrecadação · 78, 97, 108, 213, 322, 353, 364, 373, 380,
382, 512, 1059, 1065, 1067, 1095, 1100, 1101,
1104, 1110, 1137, 1281, 1287, 1288, 1290, 1291,
1292, 1298, 1314, 1360, 1434, 1530
ativos financeiros · 827, 829, 833, 1184, 1517
ato jurídico perfeito · 77, 214, 238, 261, 263, 267, 268,
270, 271, 272, 276, 286, 332, 513, 843, 1003, 1436
atos de governo · 677, 900
autarquias · 98, 125, 127, 286, 549, 552, 675, 845, 900,
1006, 1045, 1114, 1341, 1494
autoridade · 78, 102, 108, 118, 120, 123, 127, 128, 129,
138, 141, 144, 145, 146, 186, 188, 190, 197, 199,
219, 221, 229, 245, 253, 256, 261, 286, 299, 344,
369, 390, 391, 398, 413, 416, 440, 460, 461, 462,
463, 487, 509, 533, 568, 569, 572, 582, 594, 595,
596, 650, 663, 677, 728, 815, 835, 836, 847, 856,
895, 911, 914, 915, 920, 930, 931, 934, 977, 986,
989, 1005, 1018, 1032, 1054, 1096, 1146, 1273,
1367, 1430, 1468, 1486
autoritário · 66, 238, 330, 531, 533, 560, 565, 631, 640,
722, 784, 787, 866, 957, 1009, 1037, 1147, 1488
autoritarismo · 68, 208, 322, 463, 511, 523, 528, 529,
530, 532, 533, 654, 664, 862, 977, 1040, 1433, 1490

B

Baker v. Carr · 686
Banco Central · 138, 1185, 1186, 1189, 1519
base de cálculo · 242, 383, 486, 1101, 1121, 1232,
1274, 1279, 1284, 1394, 1541
belga · 470
Bélgica · 336, 402
Brasil · 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44, 46, 47, 48, 49,
50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 66,
67, 69, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 112, 113, 115, 117, 118, 119, 120, 121,
122, 124, 125, 127, 128, 130, 131, 133, 134, 135,
136, 137, 140, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 150,
151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 161, 163,
164, 165, 166, 167, 168, 171, 172, 174, 177, 178,
179, 180, 181, 183, 184, 186, 187, 188, 189, 192,
193, 194, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205,
208, 212, 214, 215, 217, 218, 219, 221, 222, 224,
225, 228, 236, 237, 240, 241, 242, 243, 244, 246,
248, 249, 251, 252, 258, 259, 260, 267, 270, 272,
273, 277, 278, 280, 281, 282, 286, 287, 288, 295,

296, 297, 298, 301, 302, 303, 307, 313, 314, 315,
316, 317, 318, 321, 323, 325, 327, 328, 330, 331,
332, 334, 337, 338, 339, 340, 341, 343, 346, 348,
349, 350, 352, 353, 356, 357, 358, 360, 363, 366,
367, 369, 370, 374, 375, 377, 380, 381, 383, 386,
388, 390, 391, 392, 394, 397, 398, 399, 401, 402,
403, 404, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 424, 425,
426, 432, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 441, 459,
460, 463, 506, 507, 508, 509, 511, 512, 514, 522,
523, 524, 527, 531, 532, 534, 538, 539, 540, 541,
542, 543, 544, 546, 547, 548, 549, 550, 553, 554,
555, 556, 557, 558, 560, 561, 562, 564, 565, 568,
569, 571, 572, 573, 574, 575, 577, 578, 579, 580,
581, 583, 584, 585, 588, 589, 640, 641, 643, 645,
647, 648, 651, 654, 656, 657, 660, 662, 663, 664,
691, 693, 695, 696, 697, 698, 701, 703, 704, 705,
712, 713, 714, 716, 717, 718, 725, 727, 728, 729,
730, 737, 740, 742, 749, 750, 751, 753, 755, 756,
757, 768, 769, 770, 771, 775, 776, 777, 778, 779,
781, 782, 787, 789, 791, 792, 793, 794, 795, 802,
803, 805, 807, 808, 811, 819, 824, 825, 827, 828,
829, 830, 832, 834, 835, 836, 837, 839, 840, 847,
848, 849, 850, 851, 853, 854, 855, 856, 857, 858,
859, 860, 861, 862, 865, 870, 872, 875, 876, 888,
890, 894, 895, 896, 899, 900, 901, 906, 910, 911,
912, 916, 919, 920, 921, 922, 925, 929, 931, 932,
933, 934, 937, 938, 939, 941, 942, 943, 944, 945,
946, 947, 949, 954, 957, 958, 959, 960, 962, 966,
967, 970, 975, 985, 986, 987, 988, 991, 993, 996,
999, 1000, 1003, 1004, 1005, 1008, 1009, 1014,
1015, 1016, 1018, 1019, 1021, 1022, 1023, 1026,
1029, 1030, 1032, 1033, 1035, 1043, 1044, 1046,
1048, 1050, 1051, 1052, 1053, 1055, 1057, 1059,
1060, 1062, 1064, 1065, 1066, 1067, 1071, 1072,
1073, 1075, 1077, 1080, 1084, 1085, 1086, 1087,
1089, 1090, 1092, 1095, 1098, 1099, 1100, 1102,
1103, 1104, 1105, 1110, 1112, 1113, 1114, 1115,
1116, 1133, 1134, 1136, 1137, 1138, 1140, 1142,
1143, 1145, 1146, 1147, 1149, 1155, 1156, 1157,
1170, 1172, 1173, 1207, 1211, 1214, 1215, 1216,
1218, 1300, 1301, 1304, 1307, 1311, 1314, 1322,
1323, 1329, 1330, 1331, 1335, 1337, 1340, 1346,
1351, 1355, 1417, 1428, 1430, 1433, 1434, 1437,
1463, 1464, 1467, 1468, 1469, 1474, 1475, 1484,
1485, 1486, 1488, 1495, 1496, 1498, 1499, 1500,
1507, 1510, 1512, 1520, 1521, 1524, 1525, 1528,
1540, 1548, 1561, 1564, 1568, 1637, 1642

Brasis · 637, 1188, 1482



ÍNDICE GERAL



C

caducidade · 317, 542

Câmara dos Deputados · 53, 58, 59, 65, 69, 70, 110, 117, 124, 138, 156, 200, 213, 243, 321, 402, 403, 410, 430, 434, 439, 529, 548, 557, 569, 579, 641, 649, 657, 660, 669, 693, 694, 696, 698, 702, 703, 704, 705, 707, 708, 711, 712, 730, 732, 733, 737, 769, 783, 788, 792, 863, 864, 870, 937, 941, 957, 959, 993, 994, 998, 1000, 1010, 1011, 1019, 1037, 1043, 1080, 1142, 1301, 1302, 1310, 1312, 1314, 1327, 1351, 1365, 1367, 1368, 1369, 1370, 1371, 1372, 1380, 1470, 1489, 1524, 1525, 1534, 1535, 1536

capacidade · 56, 77, 158, 342, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 366, 372, 373, 377, 378, 386, 388, 389, 411, 456, 714, 895, 1201, 1343

capacidade contributiva · 355, 477, 1226

capacidade econômica · 357

capital · 34, 40, 50, 51, 73, 74, 75, 146, 155, 166, 188, 315, 360, 375, 683, 748, 839, 840, 843, 847, 1085, 1087, 1155, 1171, 1172, 1215, 1336, 1507, 1509

capital financeiro · 40, 1187, 1518

capital financeiro internacional · 1187, 1518

capitalismo · 163, 1117, 1170, 1204, 1215, 1509

Carta Judiciária · 1377

caso julgado · 268, 285

caução · 481, 1097, 1446

causas de significação fundamental · 446

CEE · 1175

Centro-Oeste · 828, 900, 1178, 1204, 1234, 1362, 1514, 1542

certeza · 46, 102, 122, 123, 159, 180, 182, 209, 210, 221, 229, 230, 231, 385, 542, 567, 827, 948, 975, 1058, 1094, 1199, 1332, 1354, 1573

check and balances · 473, 599

cheque · 841, 1019, 1317

cidadania · 38, 78, 120, 121, 151, 154, 213, 267, 368, 425, 474, 475, 483, 525, 532, 561, 563, 564, 569, 572, 586, 588, 592, 600, 621, 627, 634, 660, 663, 688, 698, 700, 708, 790, 792, 796, 854, 857, 870, 920, 921, 938, 943, 1020, 1119, 1126, 1162, 1297, 1443, 1468, 1478, 1479, 1481, 1504

circulação · 49, 62, 97, 121, 198, 206, 242, 327, 328, 339, 345, 382, 384, 386, 412, 753, 1058, 1109, 1232, 1234, 1281, 1284, 1430, 1541, 1542

cisão · 566

civil · 34, 49, 56, 107, 125, 129, 130, 136, 144, 157, 190, 234, 240, 286, 291, 297, 302, 340, 378, 426, 428, 434, 508, 516, 547, 551, 571, 573, 579, 598, 615, 700, 746, 804, 805, 811, 814, 816, 818, 819, 824, 825, 835, 1013, 1046, 1080, 1082, 1188, 1212, 1290, 1331, 1380, 1429, 1441, 1536, 1595, 1600

codificação · 37, 945, 1051, 1079, 1080, 1081, 1082, 1083, 1086

Código de Defesa do Contribuinte · 483, 484, 488, 1297, 1447

Código de Procedimento e de Processo Tributário · 269, 477, 836

Código de Processo Civil e Comercial argentino · 448

COFINS · 752, 1096, 1100, 1101, 1102, 1109, 1110, 1290, 1291, 1335

COFIS · 32, 1313, 1314, 1360, 1530

coisa julgada · 45, 77, 112, 126, 214, 238, 261, 263, 267, 268, 270, 272, 276, 285, 286, 291, 292, 332, 405, 766, 922, 955, 1003

coleção · 245, 1086

coligações · 558, 565

comércio exterior · 342, 343, 937, 1067

Comissão · 47, 53, 71, 101, 117, 118, 119, 151, 198, 317, 321, 330, 411, 413, 415, 430, 435, 438, 463, 554, 560, 579, 580, 644, 654, 655, 693, 694, 695, 696, 697, 707, 711, 712, 716, 717, 718, 719, 720, 724, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 736, 737, 738, 739, 740, 769, 781, 787, 862, 863, 864, 865, 866, 870, 871, 954, 956, 957, 958, 987, 1013, 1016, 1017, 1019, 1020, 1021, 1037, 1057, 1083, 1092, 1096, 1301, 1302, 1308, 1312, 1313, 1316, 1319, 1322, 1470, 1488, 1489, 1636, 1639

Comissão de Aspectos Tributários · 1180

Comissão Mista · 618, 695, 738

comissões · 549, 580, 696, 1021, 1156

compensação · 128, 206, 567, 755, 756, 1057, 1341

competência extraordinária · 1284

Competência Residual · 1232, 1541

COMTE · 56

comunicação social · 151, 412

conceitos indeterminados · 891, 895, 897, 973, 982, 988, 989, 990, 1002, 1022, 1023, 1025, 1042, 1483, 1492

conceitos jurídicos indeterminados · 36, 40, 735, 871, 969, 1002, 1042, 1044, 1484, 1492, 1493

concorrência · 163, 1059, 1099, 1103, 1281, 1282, 1286, 1293, 1299, 1342, 1344, 1356, 1357, 1359, 1361, 1363, 1528, 1529, 1530, 1532, 1533

CONFAZ · 1268, 1272, 1273



ÍNDICE GERAL



Congresso Nacional · 56, 60, 62, 64, 65, 67, 69, 70, 77, 78, 98, 100, 101, 109, 115, 117, 134, 137, 156, 174, 188, 189, 201, 203, 205, 208, 238, 239, 243, 281, 305, 364, 374, 403, 404, 410, 426, 429, 433, 440, 523, 526, 533, 539, 545, 548, 549, 556, 557, 561, 568, 569, 570, 572, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 584, 589, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 651, 655, 656, 658, 660, 664, 688, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 708, 709, 710, 713, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 740, 761, 762, 763, 765, 766, 769, 770, 771, 772, 785, 786, 788, 790, 792, 794, 797, 816, 823, 848, 849, 856, 857, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 895, 922, 937, 942, 943, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 966, 967, 968, 985, 994, 995, 997, 998, 1000, 1007, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1015, 1016, 1017, 1019, 1020, 1031, 1034, 1036, 1037, 1038, 1043, 1044, 1046, 1048, 1075, 1081, 1093, 1095, 1096, 1104, 1143, 1301, 1304, 1305, 1307, 1308, 1309, 1310, 1311, 1312, 1315, 1316, 1317, 1320, 1321, 1322, 1324, 1325, 1326, 1327, 1330, 1332, 1337, 1339, 1347, 1348, 1349, 1350, 1351, 1465, 1468, 1469, 1470, 1471, 1473, 1474, 1481, 1485, 1488, 1489, 1493, 1521, 1522, 1523

Conselho de Estado · 53, 323, 466, 469, 597, 676, 677, 678, 689

Conselho de Estado francês · 677

Consolidação · 225, 286, 295, 914, 915, 1029, 1085, 1086, 1133

Consolidação das Leis do Trabalho · 455

constitucionalidade · 4, 132, 267, 281, 283, 284, 293, 382, 399, 402, 403, 404, 410, 411, 413, 415, 534, 549, 575, 584, 677, 732, 733, 739, 740, 742, 777, 782, 819, 820, 827, 839, 848, 856, 860, 893, 925, 933, 941, 957, 966, 986, 997, 1002, 1043, 1127, 1297, 1308, 1465, 1468, 1493, 1601

Constituição · 3, 7, 8, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 42, 44, 45, 46, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 75, 76, 77, 78, 79, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 124, 125, 127, 131, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 181, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 199, 200,

201, 204, 205, 206, 207, 208, 211, 213, 214, 215, 217, 218, 219, 221, 223, 224, 225, 226, 232, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 258, 260, 262, 263, 264, 267, 272, 273, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 286, 287, 288, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 301, 302, 303, 304, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 327, 328, 329, 330, 331, 334, 336, 337, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 357, 358, 360, 363, 364, 366, 367, 368, 369, 373, 374, 375, 378, 379, 381, 383, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 410, 411, 412, 413, 415, 418, 422, 424, 426, 427, 428, 430, 434, 436, 437, 438, 452, 453, 454, 456, 459, 460, 462, 463, 474, 475, 479, 484, 506, 507, 508, 509, 510, 512, 523, 524, 526, 528, 529, 530, 532, 533, 534, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 557, 558, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 568, 569, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 595, 597, 598, 599, 603, 615, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 650, 651, 652, 653, 654, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 701, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 746, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 763, 764, 765, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 800, 801, 802, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 813, 819, 826, 828, 829, 834, 835, 837, 840, 844, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 854, 855, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 868, 870, 872, 873, 874, 875, 876, 887, 888, 890, 893, 894, 895, 896, 899, 900, 901, 904, 908, 911, 913, 919, 920, 921, 922, 925, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 954, 956, 957, 959, 960, 961, 967, 968, 970, 976, 978, 983, 984, 985, 987, 988, 989, 992, 993, 995, 996, 997, 999, 1003, 1004, 1005, 1006,



ÍNDICE GERAL



- 1008, 1009, 1010, 1011, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1018, 1019, 1020, 1023, 1024, 1025, 1026, 1029, 1030, 1032, 1033, 1034, 1035, 1040, 1042, 1043, 1044, 1046, 1048, 1052, 1055, 1059, 1060, 1066, 1070, 1073, 1076, 1080, 1089, 1092, 1100, 1101, 1104, 1107, 1114, 1127, 1133, 1134, 1139, 1142, 1149, 1155, 1156, 1158, 1170, 1171, 1172, 1173, 1178, 1179, 1182, 1184, 1202, 1211, 1222, 1223, 1226, 1227, 1228, 1235, 1249, 1274, 1284, 1285, 1286, 1287, 1289, 1291, 1294, 1297, 1298, 1299, 1300, 1301, 1303, 1304, 1305, 1310, 1311, 1313, 1314, 1319, 1320, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 1326, 1327, 1328, 1329, 1330, 1332, 1333, 1337, 1338, 1343, 1346, 1347, 1351, 1353, 1354, 1358, 1360, 1362, 1363, 1365, 1366, 1369, 1370, 1377, 1379, 1380, 1381, 1385, 1388, 1389, 1391, 1399, 1400, 1411, 1414, 1417, 1428, 1429, 1430, 1432, 1435, 1436, 1444, 1461, 1462, 1463, 1464, 1465, 1468, 1471, 1472, 1473, 1475, 1481, 1483, 1485, 1486, 1487, 1488, 1491, 1493, 1495, 1496, 1501, 1507, 1509, 1514, 1517, 1520, 1523, 1524, 1525, 1526, 1533, 1534, 1536, 1538, 1542, 1548, 1550, 1551, 1552, 1553, 1555, 1556, 1565, 1567, 1568, 1570, 1571, 1573, 1574, 1577, 1578, 1580, 1581, 1583, 1584, 1587, 1589, 1590, 1591, 1595, 1596, 1597, 1599, 1600, 1602, 1604, 1605, 1609, 1611, 1612, 1613, 1615, 1618, 1619, 1622, 1627, 1635, 1637, 1638, 1639, 1643, 1644, 1647
- Constituição da República Portuguesa · 69, 113, 125, 214, 232, 316, 327, 389, 399, 411, 424, 534, 549, 571, 678, 679, 807, 1565
- Constituição europeia* · 683
- construtivismo** · 399, 474, 893, 986, 1024, 1444
- consulta · 156, 433, 467, 472, 525, 542, 593, 604, 622, 657, 771, 995, 1102, 1164, 1187, 1479, 1518, 1531
- contas públicas · 50, 51, 615, 1097
- contencioso* · 233, 323
- Contribuição · 32, 70, 202, 287, 297, 298, 299, 361, 726, 752, 1002, 1014, 1096, 1098, 1099, 1100, 1101, 1104, 1109, 1110, 1232, 1233, 1290, 1313, 1314, 1541, 1640
- Contribuição social · 32, 299
- contribuições · 79, 80, 105, 180, 224, 293, 296, 297, 298, 302, 307, 309, 316, 324, 325, 409, 410, 431, 510, 726, 747, 794, 867, 892, 946, 1014, 1047, 1067, 1076, 1113, 1114, 1115, 1223, 1224, 1226, 1235, 1280, 1283, 1285, 1298, 1316, 1334, 1357, 1362, 1432, 1471, 1533, 1542
- Contribuições** · 27, 889, 1122, 1189, 1190, 1195, 1196, 1232, 1233, 1277, 1282, 1335, 1408, 1541, 1603
- contribuições sociais · 1276, 1277, 1389, 1537
- contribuinte · 77, 237, 240, 253, 261, 263, 264, 267, 296, 298, 299, 301, 309, 327, 328, 329, 331, 332, 344, 345, 348, 352, 353, 360, 361, 364, 379, 380, 381, 382, 386, 464, 465, 467, 470, 471, 472, 473, 615, 794, 815, 825, 834, 1047, 1057, 1067, 1096, 1102, 1103, 1104, 1109, 1179, 1210, 1222, 1225, 1274, 1282, 1284, 1286, 1287, 1291, 1293, 1297, 1342, 1356, 1359, 1360, 1515, 1528, 1530, 1531, 1638
- controle** · 73, 74, 75, 107, 122, 123, 139, 172, 194, 225, 232, 240, 263, 264, 267, 318, 319, 342, 357, 371, 398, 402, 403, 404, 410, 419, 420, 422, 423, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 438, 440, 460, 476, 514, 515, 516, 557, 558, 568, 575, 578, 579, 580, 599, 602, 613, 614, 621, 631, 634, 673, 677, 678, 688, 691, 728, 740, 741, 745, 827, 833, 839, 845, 846, 855, 877, 880, 923, 925, 937, 990, 996, 1005, 1006, 1013, 1042, 1044, 1045, 1062, 1076, 1087, 1122, 1126, 1127, 1128, 1144, 1150, 1151, 1152, 1184, 1225, 1301, 1334, 1417, 1438, 1439, 1440, 1441, 1460, 1468, 1477, 1481, 1492, 1499, 1502, 1504, 1517, 1605
- controle abstrato · 514, 1439
- Controle de Constitucionalidade** · 1600
- controle externo · 423, 425, 426, 427, 438, 516, 557, 578, 579, 580, 1441
- controle incidental · 925
- controle social · 172, 427, 428, 634, 1481
- convalidação* · 222, 545, 673, 674, 727, 951, 1003
- convenção · 546, 807, 945, 946, 976, 1035
- convenções* · 204, 205, 770, 808, 916
- correção monetária · 61, 824, 836, 840, 841, 842, 844, 1291
- corrupção · 464, 603, 1203, 1207, 1216, 1217, 1369, 1375, 1377, 1510, 1511, 1512, 1535
- costume · 51, 112, 333, 350, 910, 911, 926, 927, 1028, 1029, 1032
- crédito · 206, 212, 215, 216, 242, 282, 315, 380, 661, 701, 721, 756, 757, 759, 791, 796, 831, 832, 915, 986, 997, 999, 1062, 1117, 1156, 1232, 1284, 1292, 1323, 1354, 1541
- criança · 103, 151, 396, 625, 635, 1210, 1482
- crime · 108, 110, 125, 155, 160, 164, 165, 167, 190, 194, 197, 246, 259, 281, 282, 295, 301, 371, 377, 390, 392, 396, 414, 416, 418, 433, 440, 508, 512,



ÍNDICE GERAL

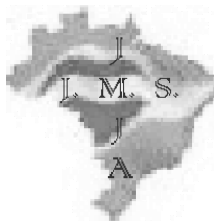


557, 570, 571, 669, 705, 707, 719, 720, 796, 797,
798, 854, 908, 970, 971, 987, 994, 1005, 1018,
1076, 1110, 1138, 1156, 1435
crimes · 66, 68, 115, 124, 155, 160, 165, 218, 246, 256,
287, 295, 349, 434, 535, 551, 552, 580, 704, 705,
782, 797, 810, 864, 970, 993, 1018, 1062, 1068,
1069, 1070, 1076, 1107, 1470
crimes contra a ordem tributária · 1107
critério · 47, 102, 156, 158, 167, 197, 204, 214, 233,
250, 251, 259, 261, 334, 335, 336, 339, 340, 345,
346, 348, 351, 352, 354, 355, 358, 359, 360, 367,
370, 372, 373, 378, 390, 441, 510, 513, 528, 532,
554, 567, 579, 583, 675, 694, 698, 704, 730, 738,
739, 740, 741, 746, 749, 750, 751, 781, 783, 791,
808, 814, 822, 823, 827, 838, 849, 851, 863, 870,
874, 894, 895, 906, 915, 917, 929, 949, 956, 965,
978, 1004, 1008, 1009, 1037, 1086, 1092, 1114,
1208, 1294, 1324, 1418, 1431, 1437, 1474, 1488,
1604
cronologia da dívida externa brasileira · 1186
CSLL · 32
CTN · 8, 1236, 1237, 1543
cultura · 39, 119, 151, 172, 183, 318, 365, 396, 759,
802, 887, 898, 978, 981, 986, 1055, 1063, 1064,
1071, 1084, 1113, 1134, 1136, 1149, 1160, 1163,
1173, 1495, 1496, 1501, 1505, 1506, 1507, 1510
custeio · 70, 79, 107, 108, 189, 194, 225, 297, 371, 665,
792, 846, 868, 914, 996, 1029, 1100, 1232, 1233,
1466, 1541

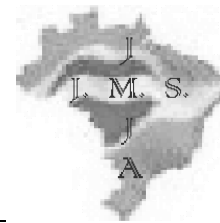
D

de ofício · 146, 261, 325, 331, 332, 382, 385, 391, 398,
414, 416, 432, 433, 440, 802, 847, 895, 930, 946,
1063, 1070, 1354, 1527
decadência · 215, 216, 756, 1007, 1088, 1144, 1145,
1499
DECADÊNCIA · 215
decisão administrativa · 216, 261, 459, 460, 895, 1297
Declaração Universal dos Direitos do Homem · 204,
1637
Declaração Universal dos Direitos Humanos · 1203
declaratória de constitucionalidade · 105, 132, 402, 403,
412, 925, 941
decreto · 9, 10, 51, 52, 58, 115, 246, 247, 252, 399,
526, 531, 540, 545, 564, 565, 570, 602, 648, 659,
660, 671, 673, 676, 678, 696, 698, 699, 701, 702,
712, 714, 716, 732, 740, 763, 781, 796, 797, 798,

805, 831, 856, 863, 865, 866, 869, 874, 875, 951,
953, 954, 955, 956, 960, 1018, 1031, 1036, 1181,
1230, 1244, 1264, 1324, 1326, 1348, 1354, 1377,
1379, 1380, 1383, 1384, 1461, 1467, 1468, 1470,
1471, 1474, 1485, 1486, 1488, 1522, 1535, 1536,
1645, 1646, 1647
decreto legislativo · 10, 699, 1181, 1348, 1377, 1380,
1470, 1485, 1522, 1536
decretos · 117, 239, 242, 248, 338, 529, 580, 581, 645,
659, 670, 671, 672, 673, 679, 681, 687, 688, 689,
712, 718, 750, 786, 789, 856, 937, 938, 1469
Decretos-leis · 99, 100, 534, 535, 538, 641, 642, 643,
644, 645, 646, 648, 649, 654, 664, 667, 673, 679,
712, 714, 762, 772, 773, 776, 781, 782, 783, 784,
785, 787, 791, 828, 837, 839, 848, 851, 852, 855,
859, 862, 875, 899, 900, 942, 943, 1003, 1016,
1021, 1034, 1463, 1464, 1474
defesa · 57, 70, 73, 74, 114, 115, 116, 122, 125, 135,
153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 163, 167, 180,
183, 197, 199, 212, 227, 288, 337, 342, 390, 391,
392, 393, 394, 397, 398, 401, 404, 433, 436, 440,
460, 461, 509, 541, 548, 571, 572, 578, 602, 616,
894, 897, 907, 929, 937, 1012, 1018, 1028, 1046,
1108, 1118, 1130, 1297, 1328, 1431, 1460, 1461,
1501, 1560, 1587, 1638
demagogia · 602
democracia · 177, 208, 322, 456, 511, 522, 524, 555,
563, 573, 576, 578, 583, 584, 586, 588, 592, 601,
602, 614, 615, 616, 617, 618, 621, 628, 631, 632,
633, 650, 668, 669, 684, 689, 749, 807, 960, 961,
964, 1008, 1021, 1048, 1073, 1088, 1089, 1144,
1145, 1159, 1173, 1205, 1212, 1217, 1319, 1433,
1456, 1460, 1462, 1475, 1477, 1478, 1479, 1481,
1494, 1499, 1511
democracia participativa · 602, 615, 617, 631, 633,
749, 1477, 1481
denúncia · 396, 397, 1107, 1108, 1156
depósito · 419, 480, 481, 830, 831, 832, 1099, 1446
descumprimento de preceito fundamental · 419
desenvolvimento · 37, 38, 40, 73, 74, 78, 103, 107, 113,
154, 172, 182, 208, 218, 219, 252, 327, 333, 346,
353, 354, 360, 369, 370, 372, 373, 374, 375, 433,
524, 534, 554, 588, 650, 660, 735, 746, 758, 802,
857, 859, 890, 920, 997, 1053, 1060, 1067, 1075,
1092, 1116, 1138, 1140, 1154, 1155, 1164, 1170,
1172, 1173, 1199, 1203, 1206, 1215, 1216, 1217,
1301, 1417, 1469, 1497, 1505, 1507, 1509, 1510,
1511, 1512



ÍNDICE GERAL



desenvolvimento brasileiro · 1183, 1185, 1187, 1517, 1518
desvio ético · 444, 488, 1448
Deus · 110, 113, 456, 541, 588, 591, 594, 595, 715, 900, 908, 909, 927
dever · 78, 121, 154, 158, 161, 162, 187, 190, 191, 218, 221, 253, 326, 348, 363, 377, 469, 474, 477, 478, 486, 524, 552, 553, 571, 573, 641, 662, 686, 803, 808, 809, 813, 818, 822, 827, 847, 865, 906, 947, 949, 953, 960, 963, 976, 982, 997, 1031, 1038, 1068, 1078, 1101, 1107, 1117, 1119, 1351, 1354, 1443, 1444, 1445, 1447, 1448, 1485, 1524, 1527, 1551
Dever Fundamental · 809, 1605
devido processo legal · 38, 197, 227, 253, 349, 388, 390, 391, 392, 393, 394, 398, 441, 509, 827, 834, 894, 1006, 1431
direito adquirido · 77, 214, 238, 259, 261, 263, 267, 268, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 286, 294, 331, 332, 333, 509, 513, 827, 840, 841, 842, 843, 876, 1003, 1065, 1430, 1436, 1475
Direito Penal · 214, 246, 247, 282, 657, 798, 981, 988, 991, 992, 1574, 1625
direito penal tributário · 1107
direito privado · 75, 137, 186, 381, 546, 573, 755, 805, 808, 874, 930, 931, 944, 996, 1031, 1578
direito público · 73, 129, 186, 201, 260, 290, 330, 381, 411, 431, 546, 805, 808, 819, 874, 890, 914, 930, 931, 941, 945, 1031, 1032, 1034, 1202, 1486, 1487
direito tributário · 36, 186, 240, 348, 369, 754, 756, 914, 1061, 1322, 1355, 1431, 1527
direitos humanos · 337, 1162, 1206, 1217, 1511
direta de inconstitucionalidade · 200, 402, 404, 412, 575, 839, 925, 1064, 1114, 1343
diretriz · 58, 225, 250, 529, 553, 839, 923
diretrizes · 154, 155, 164, 188, 189, 225, 241, 318, 370, 374, 569, 578, 660, 696, 698, 701, 704, 708, 790, 792, 794, 846, 864, 869, 965, 1064, 1170, 1173, 1328, 1466
discrecionabilidade sadia · 448
disregard of legal entity · 480, 1445
Distrito Federal · 60, 78, 79, 98, 107, 110, 120, 142, 143, 146, 149, 151, 153, 163, 164, 178, 200, 201, 203, 237, 240, 255, 261, 264, 268, 277, 286, 294, 296, 301, 302, 304, 305, 314, 328, 330, 340, 345, 350, 352, 354, 387, 397, 405, 414, 415, 416, 424, 429, 434, 439, 440, 441, 461, 532, 544, 545, 546, 555, 556, 572, 741, 751, 753, 766, 768, 769, 770, 771, 773, 774, 775, 776, 793, 794, 796, 833, 834,

907, 908, 920, 922, 945, 947, 953, 1006, 1007, 1013, 1028, 1045, 1067, 1068, 1092, 1104, 1114, 1138, 1341, 1494
dívida externa · 330, 1185, 1225
dívida pública · 61, 370, 1097, 1100, 1174, 1185, 1313, 1314, 1334
divino · 593, 926, 1032
dolo · 381, 802, 805, 808, 819
domicílio · 49, 115, 146, 326, 1019

E

economia · 49, 75, 129, 130, 163, 164, 253, 273, 316, 318, 366, 431, 549, 594, 654, 682, 706, 750, 841, 844, 855, 864, 1010, 1051, 1099, 1117, 1155, 1157, 1173, 1206, 1217, 1290, 1507, 1508, 1512
economia informal · 1119
economia mista · 75, 431, 549, 750
educação · 38, 78, 106, 110, 112, 150, 151, 153, 154, 161, 178, 189, 190, 325, 346, 352, 356, 358, 359, 364, 367, 374, 419, 508, 553, 583, 585, 586, 599, 616, 624, 625, 627, 634, 635, 637, 662, 665, 792, 849, 857, 862, 868, 996, 1052, 1066, 1113, 1138, 1149, 1159, 1161, 1163, 1188, 1334, 1429, 1461, 1466, 1481, 1482, 1501, 1506
Educação · 56, 152, 153, 357, 375, 625, 635, 636, 1282
efeito suspensivo · 127, 129, 130, 144, 145, 751, 1070
efeito vinculante · 46, 132, 133, 398, 403, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 438, 925, 987, 1062
efetividade · 33, 36, 154, 165, 172, 209, 217, 323, 339, 348, 377, 404, 522, 573, 583, 584, 585, 587, 690, 849, 850, 923, 1008, 1056, 1063, 1097, 1147, 1204, 1461, 1462, 1511
eficácia · 77, 98, 132, 190, 204, 211, 213, 239, 255, 263, 269, 270, 285, 306, 307, 389, 413, 414, 428, 433, 509, 526, 545, 573, 574, 579, 581, 582, 583, 584, 656, 657, 658, 659, 663, 664, 670, 671, 692, 694, 696, 697, 698, 701, 703, 709, 713, 716, 721, 722, 724, 725, 732, 733, 734, 740, 754, 761, 763, 764, 797, 833, 843, 844, 845, 846, 849, 863, 866, 867, 871, 891, 895, 922, 923, 925, 926, 939, 943, 950, 951, 953, 956, 957, 959, 966, 967, 994, 1013, 1015, 1016, 1031, 1036, 1037, 1073, 1097, 1148, 1156, 1304, 1305, 1320, 1323, 1325, 1348, 1430, 1470, 1471, 1473, 1485, 1488, 1522
eleição · 63, 68, 69, 99, 107, 147, 149, 198, 302, 317, 330, 384, 432, 540, 651, 682, 683, 1072
eleições presidenciais · 99, 330, 669, 689



ÍNDICE GERAL



- elisão · 465, 471, 971, 1057, 1292, 1295, 1360, 1531
eloqüente · 506, 525, 545, 546, 547, 937, 940, 941, 942,
944, 945, 946, 947, 968, 1022, 1034, 1035, 1487
eloqüentes · 36, 40, 897, 1023, 1483
embargos · 126, 128, 259, 324, 481, 482, 488, 907,
939, 1028, 1280, 1341, 1446, 1448
Emenda · 32, 45, 52, 61, 62, 67, 68, 69, 73, 74, 75, 76,
77, 79, 99, 100, 105, 106, 107, 108, 109, 112, 161,
168, 171, 172, 180, 184, 189, 191, 198, 201, 202,
206, 252, 272, 273, 277, 279, 295, 296, 297, 302,
311, 312, 316, 330, 340, 341, 352, 353, 354, 361,
381, 382, 386, 391, 392, 402, 409, 410, 413, 418,
427, 430, 435, 436, 438, 463, 523, 524, 543, 548,
549, 550, 553, 557, 558, 559, 560, 562, 580, 647,
648, 649, 650, 651, 653, 654, 659, 662, 665, 668,
692, 693, 695, 696, 697, 698, 702, 703, 721, 725,
730, 733, 736, 739, 741, 752, 753, 771, 772, 773,
786, 787, 788, 791, 792, 793, 834, 839, 840, 851,
853, 860, 862, 868, 869, 870, 900, 931, 937, 939,
941, 946, 954, 956, 957, 987, 997, 999, 1009, 1026,
1032, 1035, 1060, 1066, 1073, 1098, 1100, 1102,
1114, 1235, 1290, 1291, 1299, 1300, 1301, 1302,
1303, 1313, 1314, 1319, 1327, 1328, 1332, 1333,
1346, 1363, 1465, 1466, 1486, 1520, 1533, 1542,
1639
emenda constitucional · 10, 1055, 1412
Emenda Constitucional · 45, 52, 61, 62, 68, 69, 73, 75,
76, 99, 100, 106, 108, 109, 112, 161, 168, 171, 180,
184, 189, 198, 201, 202, 206, 252, 272, 273, 277,
279, 295, 311, 312, 316, 330, 340, 352, 353, 361,
381, 382, 386, 402, 409, 410, 413, 435, 463, 524,
548, 549, 553, 557, 558, 559, 560, 562, 580, 647,
648, 649, 650, 651, 653, 654, 659, 662, 665, 692,
695, 696, 702, 703, 752, 771, 772, 773, 786, 787,
788, 791, 792, 793, 839, 840, 853, 860, 862, 868,
869, 900, 931, 937, 939, 941, 946, 956, 997, 1009,
1026, 1032, 1035, 1060, 1066, 1073, 1098, 1100,
1102, 1300, 1301, 1302, 1313, 1314, 1327, 1328,
1332, 1333, 1465, 1466, 1486, 1639
Emenda Constitucional nº 32 · 76, 98, 241, 243, 245,
301, 305, 307, 510, 524, 545, 576, 652, 655, 692,
703, 720, 729, 730, 767, 780, 788, 794, 953, 956,
958, 959, 1224, 1300, 1305, 1306, 1320, 1325,
1326, 1330, 1331, 1340, 1345, 1348, 1349, 1351,
1352, 1353, 1354, 1355, 1356, 1414, 1432, 1546
Emendas Constitucionais · 66, 70, 104, 109, 506, 525,
565, 647, 652, 660, 662, 693, 695, 703, 791, 792,
848, 851, 853, 861, 864, 868, 869, 919, 1030, 1073,
1074, 1300, 1313, 1315, 1330, 1350, 1429, 1466,
1485, 1496, 1523, 1580
empresa pública · 75, 127, 431, 750
empréstimo · 241, 244, 246, 307, 510, 534, 824, 825,
834, 993, 997, 999, 1154, 1174, 1186, 1224, 1342,
1343, 1356, 1432, 1528
empréstimo compulsório · 241, 244, 307, 510, 824, 825,
834, 993, 997, 999, 1224, 1432
empréstimos compulsórios · 238, 241, 243, 307, 834,
995, 999, 1061, 1223
endividamento · 1185, 1186, 1187, 1188, 1518, 1519
energia · 61, 74, 110, 111, 353, 534, 599, 1064, 1097,
1101, 1156, 1159, 1273, 1274, 1277
energia elétrica · 61, 110, 111, 353, 534, 1064, 1097,
1101, 1273, 1274, 1277
equidade · 357
equilíbrio · 40, 50, 54, 154, 157, 234, 273, 291, 305,
335, 353, 354, 374, 461, 544, 555, 573, 595, 602,
714, 715, 728, 746, 773, 803, 804, 810, 813, 826,
946, 982, 1002, 1051, 1114, 1209, 1299, 1363, 1460
Espanha · 52, 322, 400, 402, 566, 673, 674, 715, 727,
858, 899, 952, 1461, 1570, 1631
espanhol · 566, 673, 674, 728, 742, 978, 1003, 1044,
1089, 1164, 1586
espanhola · 52, 317, 667, 715, 934, 1003, 1619
espanholismo · 159
Estado de Direito · 36, 215, 217, 232, 315, 329, 337,
389, 533, 534, 536, 538, 585, 586, 589, 638, 706,
707, 748, 749, 800, 802, 813, 814, 850, 851, 930,
934, 975, 981, 982, 1009, 1146, 1301, 1462, 1475,
1607, 1628, 1639
estado de necessidade · 33, 306, 377, 522, 713, 1004,
1334
Estado Democrático de Direito · 120, 151, 163, 172,
181, 214, 236, 267, 346, 356, 366, 391, 398, 428,
459, 460, 511, 532, 555, 580, 670, 749, 770, 777,
804, 812, 813, 920, 1030, 1032, 1039, 1055, 1070,
1115, 1134, 1139, 1305, 1347, 1433, 1468, 1490,
1493, 1521
Estado fundamentalista · 606, 609, 612, 1415, 1457,
1458
Estado unitário · 55, 594, 689, 1267, 1420
Estados Unidos · 35, 55, 56, 60, 321, 322, 336, 392,
412, 447, 449, 458, 470, 483, 532, 583, 586, 597,
600, 607, 634, 683, 684, 685, 686, 963, 964, 985,
1062, 1064, 1165, 1169, 1170, 1171, 1185, 1205,
1282, 1295, 1323, 1518



ÍNDICE GERAL



Estados Unidos da América do Norte · 35, 56, 458, 470, 532, 583, 597, 600, 985, 1062, 1064, 1171, 1282, 1295, 1323
ética · 257, 582, 963, 1074, 1139, 1157, 1199, 1200, 1201, 1202, 1204, 1207, 1208, 1209, 1216, 1217, 1497, 1508, 1510, 1511
Ética · 40, 433, 456, 889, 890, 1079, 1610, 1617
Europa · 33, 35, 170, 335, 400, 523, 565, 595, 597, 600, 683, 714, 750, 798, 907, 927, 1074, 1079, 1171, 1509, 1590, 1593, 1622
europeu · 35, 538, 667, 1089
evasão · 465, 471, 1066, 1105, 1149, 1224, 1292, 1296, 1360, 1501
exceção de pre-executividade · 482, 1446
exclusão · 32, 74, 194, 267, 347, 368, 381, 571, 744, 780, 807, 928
execução · 34, 66, 115, 127, 129, 132, 168, 188, 212, 216, 239, 242, 322, 326, 384, 385, 403, 424, 429, 470, 511, 551, 557, 569, 570, 579, 601, 602, 653, 676, 690, 754, 812, 824, 838, 846, 897, 903, 938, 992, 996, 1069, 1085, 1222, 1296, 1341, 1362, 1433, 1460, 1532
execução fiscal · 216
executivo · 32, 33, 39, 58, 66, 67, 70, 100, 116, 121, 122, 155, 175, 188, 202, 208, 218, 242, 243, 247, 305, 318, 321, 323, 368, 380, 384, 385, 386, 398, 413, 459, 523, 529, 531, 540, 543, 545, 549, 550, 552, 561, 563, 564, 565, 566, 568, 570, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 638, 639, 640, 642, 644, 648, 653, 656, 664, 670, 675, 682, 683, 687, 688, 689, 693, 695, 706, 707, 712, 715, 716, 717, 718, 721, 723, 724, 725, 736, 740, 766, 771, 772, 776, 778, 781, 785, 786, 789, 796, 801, 804, 826, 827, 828, 846, 847, 848, 853, 855, 856, 857, 858, 860, 864, 871, 874, 876, 900, 936, 942, 951, 960, 961, 1000, 1002, 1007, 1009, 1011, 1026, 1045, 1046, 1051, 1054, 1059, 1061, 1062, 1069, 1071, 1076, 1093, 1100, 1104, 1113, 1133, 1136, 1138, 1280, 1304, 1305, 1310, 1317, 1319, 1323, 1326, 1327, 1331, 1346, 1351, 1353, 1464, 1465, 1468, 1475, 1495, 1524, 1526, 1568, 1570, 1617, 1623, 1634
exercício · 65, 73, 80, 110, 113, 118, 120, 122, 124, 127, 154, 155, 158, 160, 161, 172, 183, 188, 189, 202, 213, 215, 217, 218, 240, 258, 259, 261, 268, 269, 272, 273, 274, 275, 296, 297, 299, 301, 302, 305, 306, 311, 312, 313, 314, 315, 318, 319, 327, 329, 340, 354, 363, 364, 369, 370, 383, 389, 393, 404, 424, 460, 511, 529, 533, 543, 555, 561, 563,

565, 568, 569, 570, 571, 572, 575, 577, 586, 659, 661, 678, 688, 701, 705, 726, 766, 794, 795, 802, 807, 814, 822, 827, 867, 895, 921, 922, 929, 938, 977, 987, 995, 999, 1008, 1013, 1014, 1030, 1040, 1046, 1047, 1062, 1099, 1103, 1104, 1148, 1171, 1173, 1234, 1289, 1321, 1323, 1331, 1335, 1348, 1432, 1433, 1471, 1485, 1490, 1509, 1522, 1542
exportação · 62, 242, 307, 373, 383, 510, 721, 796, 1110, 1284, 1323, 1324, 1354, 1432
extinção · 136, 168, 213, 326, 578, 756, 833, 840, 841, 996, 1062, 1067, 1085, 1107, 1288, 1327

F

falência · 121, 127
fato gerador · 105, 255, 261, 298, 303, 380, 382, 383, 895, 1096, 1232, 1284, 1541
faturamento · 296, 297, 1101, 1225, 1277
Fazenda · 99, 106, 110, 129, 130, 131, 132, 189, 215, 254, 287, 342, 357, 380, 507, 654, 804, 937, 996, 1058, 1059, 1111, 1280, 1288, 1289, 1334, 1340, 1341, 1356, 1528
federalismo fiscal · 1228
filtro · 445, 1072
Finanças Públicas · 7
financeiro · 50, 66, 80, 106, 110, 155, 188, 189, 202, 240, 273, 296, 297, 301, 302, 311, 312, 313, 315, 318, 329, 357, 375, 654, 661, 701, 726, 758, 794, 795, 808, 843, 867, 946, 987, 995, 996, 999, 1013, 1014, 1046, 1047, 1066, 1073, 1104, 1114, 1116, 1155, 1234, 1282, 1287, 1331, 1335, 1432, 1471, 1507, 1542
fin do Estado · 335
FINSOCIAL · 298, 304, 795, 796, 1223
fiscal · 50, 51, 76, 122, 127, 167, 199, 200, 216, 253, 254, 309, 315, 332, 339, 344, 357, 358, 360, 361, 373, 511, 671, 714, 810, 816, 1057, 1058, 1059, 1064, 1067, 1097, 1101, 1102, 1103, 1107, 1148, 1289, 1290, 1293, 1294, 1295, 1296, 1298, 1359, 1361, 1362, 1433, 1437, 1530, 1532, 1605, 1618
fiscalização · 34, 75, 164, 194, 232, 342, 371, 389, 404, 411, 428, 433, 459, 460, 549, 557, 558, 561, 575, 578, 580, 679, 691, 696, 742, 937, 940, 996, 1052, 1110, 1289, 1291, 1292, 1360, 1601
Fisco · 367, 384, 469, 471, 472, 511, 688, 1102, 1281, 1284, 1286, 1288, 1293, 1361, 1433, 1531, 1532
FMI · 1096



ÍNDICE GERAL



fonte · 79, 116, 174, 225, 255, 364, 367, 372, 384, 391,
511, 587, 689, 712, 781, 916, 918, 926, 955, 958,
1025, 1099, 1103, 1105, 1136, 1149, 1173, 1214,
1234, 1290, 1336, 1433, 1501, 1542
força de lei · 77, 98, 149, 238, 239, 243, 253, 255, 584,
645, 656, 657, 659, 670, 700, 712, 713, 716, 740,
741, 743, 747, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757,
759, 763, 765, 781, 785, 786, 849, 871, 872, 895,
922, 950, 957, 966, 994, 1004, 1013, 1016, 1019,
1043, 1472
formalismo · 220, 282
França · 317, 322, 402, 411, 467, 596, 597, 600, 676,
858, 899, 1067, 1116, 1296, 1461, 1634
francês · 341, 466, 596, 1082, 1084
francesas · 347, 538
fraude · 149, 802
função social do tributo · 634, 1481
Fundação · 102, 176, 200, 538, 547, 585, 646, 714, 744,
760, 780, 811, 847, 898, 905, 909, 921, 927, 929,
932, 945, 962, 1053, 1200, 1201, 1565, 1566, 1576,
1586, 1589, 1593, 1594, 1595, 1625, 1632
Fundamentalismo · 606, 1457
Fundo · 70, 106, 107, 109, 110, 141, 175, 189, 202,
295, 370, 553, 654, 665, 690, 792, 868, 994, 996,
997, 1096, 1097, 1116, 1277, 1279, 1298, 1338,
1466
Fundos de Participação · 1234, 1298, 1542
fusão · 107, 136, 711, 771

G

garantia · 77, 78, 124, 128, 159, 175, 210, 213, 214,
225, 229, 234, 288, 291, 293, 309, 313, 338, 389,
393, 413, 416, 460, 511, 539, 554, 569, 579, 638,
660, 694, 696, 698, 700, 708, 719, 740, 743, 746,
749, 790, 792, 894, 956, 995, 1023, 1065, 1076,
1170, 1211, 1233, 1280, 1284, 1433, 1483, 1541
garantias · 34, 36, 65, 66, 70, 78, 115, 116, 151, 183,
184, 202, 205, 214, 215, 218, 227, 237, 240, 246,
261, 272, 273, 277, 287, 296, 301, 305, 309, 320,
338, 398, 400, 410, 424, 461, 464, 471, 472, 509,
534, 548, 549, 570, 579, 580, 593, 640, 688, 741,
750, 794, 797, 806, 812, 814, 834, 894, 929, 931,
932, 937, 1024, 1055, 1069, 1104, 1138, 1291,
1297, 1360, 1431, 1531, 1559
gastos sociais · 1189, 1519
gestão fiscal · 1126, 1149

globalização · 35, 40, 811, 858, 899, 1026, 1074, 1116,
1140, 1154, 1157, 1164, 1171, 1172, 1173, 1174,
1206, 1214, 1216, 1217, 1301, 1342, 1356, 1469,
1497, 1505, 1508, 1509, 1510, 1511, 1512, 1528
golpe de Estado · 598
governador · 60, 63, 69, 138, 203, 403, 404, 556, 643,
651, 680, 734, 769, 772, 774, 778, 782, 1004, 1020,
1174
grandes fortunas · 1066, 1284, 1285
gravidade institucional · 448
Grécia · 592, 1572
guerra fiscal · 409, 1177, 1178, 1179, 1218, 1228,
1264, 1268, 1269, 1270, 1271, 1274, 1275, 1438,
1514, 1515, 1532

H

hastas públicas · 325
hierarquia · 63, 102, 138, 192, 197, 199, 200, 203, 204,
243, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 276, 278,
508, 512, 544, 751, 752, 754, 801, 826, 926, 1079,
1430, 1435, 1472, 1572
história · 37, 39, 44, 52, 62, 63, 67, 165, 171, 195, 202,
319, 320, 343, 377, 507, 531, 538, 540, 541, 543,
549, 560, 582, 590, 591, 593, 596, 599, 641, 643,
645, 647, 679, 683, 711, 743, 781, 787, 811, 829,
830, 833, 854, 859, 866, 908, 927, 951, 986, 1008,
1034, 1050, 1074, 1079, 1080, 1106, 1140, 1171,
1214, 1345, 1464, 1487, 1497, 1540, 1560, 1629
homologação · 212, 216, 755

I

ICMS · 97, 180, 327, 328, 352, 382, 383, 387, 388, 506,
623, 753, 1058, 1096, 1102, 1109, 1176, 1177,
1178, 1179, 1181, 1182, 1218, 1232, 1233, 1237,
1273, 1274, 1275, 1276, 1277, 1278, 1281, 1286,
1291, 1296, 1480, 1513, 1514, 1515, 1541, 1544
ICMS federal · 1266
Idade da Imigração · 610, 1459
Idade Média · 322, 560, 597, 746
idéia de verdade · 1457
idoso · 151, 225, 625
igualdade · 77, 96, 101, 113, 114, 165, 172, 236, 267,
322, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 344,
345, 346, 348, 349, 350, 355, 365, 367, 375, 376,



ÍNDICE GERAL



- 385, 390, 441, 512, 513, 526, 532, 559, 567, 747,
770, 773, 808, 809, 813, 826, 835, 855, 895, 905,
910, 923, 929, 1024, 1028, 1434, 1437, 1468
ilícito · 102, 123, 165, 194, 232, 283, 371, 396, 465,
470, 471, 830, 1107
Iluminismo · 320, 747, 1582
imigrante · 601, 610, 612, 1458, 1459
imóvel · 141, 193, 304, 351, 352, 353, 370, 379, 382,
852, 896
impeachment · 259, 669, 672, 686
importação · 62, 242, 307, 339, 342, 510, 721, 796,
1284, 1323, 1338, 1354, 1432
imposto · 49, 62, 97, 105, 180, 183, 201, 202, 206, 242,
255, 269, 307, 309, 311, 312, 327, 328, 333, 339,
345, 352, 357, 360, 364, 370, 378, 379, 382, 383,
384, 386, 387, 510, 512, 549, 721, 753, 795, 796,
817, 846, 889, 929, 969, 987, 1028, 1067, 1102,
1104, 1108, 1109, 1117, 1223, 1224, 1226, 1281,
1285, 1286, 1287, 1290, 1295, 1296, 1298, 1323,
1324, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1355, 1362,
1430, 1432, 1434, 1527, 1533, 1588
Imposto · 51, 61, 189, 202, 272, 279, 310, 312, 344,
360, 361, 635, 636, 756, 853, 907, 1057, 1058,
1067, 1096, 1098, 1099, 1102, 1108, 1109, 1110,
1181, 1183, 1184, 1190, 1225, 1232, 1234, 1263,
1273, 1274, 1275, 1282, 1290, 1295, 1300, 1334,
1335, 1336, 1338, 1372, 1373, 1405, 1408, 1516,
1541, 1542, 1566, 1627, 1640
imposto pessoal · 364
imposto real · 364
impostos · 51, 62, 78, 201, 202, 214, 241, 242, 244,
307, 319, 321, 322, 327, 328, 345, 348, 350, 352,
360, 370, 383, 386, 388, 510, 529, 642, 721, 783,
809, 811, 832, 1058, 1062, 1067, 1096, 1108, 1109,
1110, 1147, 1223, 1226, 1232, 1235, 1281, 1283,
1284, 1285, 1286, 1298, 1324, 1334, 1336, 1338,
1354, 1357, 1362, 1432, 1500, 1533, 1541, 1542
imprensa · 52, 61, 68, 115, 339, 343, 344, 507, 1019,
1076, 1077
imunidade · 201, 202, 279, 459, 460, 549, 571, 1200,
1223
incidência · 33, 175, 190, 201, 206, 258, 284, 289, 308,
327, 339, 353, 383, 684, 822, 840, 841, 843, 981,
1099, 1291, 1336, 1468
inconstitucionalidade · 62, 114, 131, 132, 148, 173,
191, 198, 199, 200, 201, 204, 232, 253, 255, 280,
281, 284, 304, 308, 317, 364, 378, 387, 395, 399,
402, 403, 404, 411, 413, 415, 419, 420, 421, 476,
487, 514, 519, 534, 544, 548, 561, 579, 581, 605,
679, 689, 705, 712, 720, 722, 739, 754, 760, 765,
766, 777, 778, 789, 808, 812, 816, 817, 820, 834,
852, 856, 863, 872, 874, 893, 907, 937, 938, 939,
954, 1034, 1061, 1076, 1077, 1115, 1235, 1263,
1291, 1314, 1315, 1317, 1360, 1439, 1447, 1468,
1487, 1531, 1637
inconstitucionalidade por omissão · 404, 413, 419, 561,
605, 765, 766, 856, 874, 937, 938, 939, 954, 1034,
1468, 1487
incorporação · 107, 136, 186, 202, 205, 532, 771
indelegabilidade · 307
inflação · 37, 39, 40, 308, 309, 330, 359, 384, 824, 833,
842, 876, 948, 949, 1002, 1023, 1035, 1036, 1052,
1056, 1059, 1064, 1066, 1067, 1102, 1103, 1105,
1111, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1147,
1149, 1156, 1301, 1417, 1429, 1475, 1488, 1495,
1496, 1501
informática · 362, 1157
Inglaterra · 320, 321, 322, 336, 551, 583, 597, 598, 600,
963, 964, 1064, 1295, 1604
inglês · 320, 412, 596, 597, 1208
inglesa · 119, 317, 320, 537, 597, 680, 1115, 1116,
1612
ingleses · 319, 555
INSS · 50, 133, 224, 323, 324, 325, 326, 402, 1111
instabilidade · 45, 114, 178, 214, 538, 707, 949, 983,
984, 1030, 1047, 1051, 1059, 1065, 1088, 1095,
1098, 1103, 1105, 1112, 1113, 1115, 1133, 1135,
1137, 1139, 1144, 1148, 1149, 1211, 1212, 1218,
1337, 1341, 1342, 1346, 1355, 1356, 1417, 1485,
1496, 1499, 1500, 1501, 1512, 1520, 1528
instrução · 123, 154, 164, 356, 392, 393, 395, 418, 466,
1068, 1108
instrumentalidade · 455
integração · 161, 282, 283, 335, 773, 811, 906, 912,
924, 933, 934, 936, 940, 947, 972, 1001, 1029,
1031, 1086, 1088, 1143, 1144, 1160, 1163, 1164,
1202, 1215, 1294, 1484, 1485, 1498, 1505, 1506,
1509
integração latino-americana · 684
Interlegis · 1377
internacional · 37, 51, 64, 113, 186, 204, 256, 330, 399,
532, 616, 692, 807, 1113, 1293, 1361, 1532
INTERNET · 96, 97, 131, 152, 212, 413, 425, 908,
1050, 1088, 1105, 1144, 1340, 1342, 1355, 1499,
1528, 1639
Interpretação · 55, 182, 207, 340, 576, 577, 890, 892,
914, 924, 925, 945, 961, 963, 977, 1570, 1577,
1580, 1590, 1597, 1606, 1634



ÍNDICE GERAL



interpretar · 113, 191, 265, 317, 464, 513, 564, 584,
592, 891, 928, 933, 1032, 1033, 1092, 1147, 1436
interrupção · 787
intervenção no domínio econômico · 79, 1223
intuições emocionais · 1297
investimento · 121, 155, 167, 193, 241, 315, 834, 995,
999, 1064
investimentos · 155, 332, 354, 433, 654, 1075, 1155,
1174, 1507
IOF · 329, 1197, 1232, 1237, 1273, 1282, 1541, 1543
IPI · 308, 388, 1058, 1067, 1108, 1110, 1196, 1232,
1236, 1237, 1273, 1276, 1277, 1286, 1296, 1298,
1338, 1541, 1543, 1544
IPTU · 379, 623, 1233, 1237, 1274, 1276, 1480, 1541,
1544
IPVA · 378, 623, 1232, 1237, 1274, 1276, 1480, 1541,
1544
IR · 1232, 1298, 1541
irretroatividade · 38, 77, 78, 79, 112, 125, 214, 227,
238, 261, 262, 263, 264, 293, 295, 296, 297, 298,
301, 329, 509, 512, 844, 894, 895, 954, 955, 1431,
1436, 1474
isenção · 164, 206, 311, 327, 328, 330, 331, 332, 333,
336, 352, 1060, 1110, 1112, 1338, 1493
isenções · 327, 328, 330, 374, 375
isonomia · 77, 78, 112, 183, 227, 281, 286, 334, 337,
338, 341, 342, 345, 348, 350, 351, 360, 367, 376,
382, 398, 438, 509, 511, 567, 808, 834, 874, 894,
1028, 1065, 1340, 1344, 1356, 1357, 1431, 1433,
1474, 1485, 1528, 1529
ISS · 180, 623, 1179, 1181, 1218, 1233, 1238, 1274,
1480, 1515, 1541, 1544
Itália · 322, 400, 402, 412, 565, 566, 595, 600, 670,
672, 713, 858, 899, 1461
italiana · 160, 239, 667, 713, 715, 831
italianas · 671, 672
italiano · 318, 361, 367, 469, 566, 595, 667, 671, 672,
712, 714, 887
italianos · 713, 832
ITR · 1183, 1184, 1232, 1236, 1273, 1276, 1279, 1373,
1392, 1405, 1516, 1541, 1543
IVA · 1175, 1177, 1179, 1181, 1218, 1512, 1513, 1515

J

jacobino · 426
judiciário · 40, 52, 58, 66, 70, 101, 121, 122, 123, 124,
130, 131, 132, 133, 144, 172, 174, 175, 184, 195,

199, 209, 224, 251, 252, 257, 263, 264, 265, 267,
284, 318, 321, 343, 355, 357, 390, 393, 398, 399,
403, 411, 413, 414, 415, 416, 417, 424, 425, 426,
427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 435, 436, 437,
438, 440, 441, 459, 460, 508, 513, 516, 522, 532,
533, 550, 569, 575, 579, 580, 581, 660, 675, 688,
698, 700, 705, 708, 717, 728, 741, 778, 781, 782,
790, 792, 795, 804, 812, 813, 814, 816, 823, 826,
827, 835, 836, 837, 847, 848, 850, 856, 857, 861,
875, 876, 888, 889, 906, 907, 919, 920, 925, 933,
936, 953, 965, 982, 992, 997, 1003, 1004, 1007,
1018, 1027, 1030, 1032, 1041, 1042, 1043, 1045,
1047, 1050, 1051, 1055, 1059, 1060, 1061, 1062,
1063, 1071, 1073, 1076, 1085, 1092, 1093, 1105,
1112, 1113, 1115, 1136, 1147, 1149, 1280, 1281,
1289, 1291, 1308, 1318, 1319, 1340, 1342, 1350,
1356, 1359, 1430, 1437, 1441, 1461, 1468, 1469,
1474, 1475, 1481, 1485, 1486, 1493, 1500, 1501,
1523, 1525, 1528, 1530, 1551, 1595, 1635
juiz · 121, 122, 123, 128, 130, 132, 143, 144, 145, 146,
147, 149, 158, 160, 181, 183, 185, 186, 194, 218,
219, 221, 222, 258, 282, 285, 286, 292, 348, 349,
391, 397, 398, 404, 412, 430, 431, 432, 436, 439,
513, 551, 802, 826, 897, 903, 904, 913, 914, 915,
920, 921, 925, 926, 927, 928, 929, 933, 934, 936,
952, 963, 964, 970, 983, 987, 1002, 1005, 1018,
1029, 1030, 1032, 1042, 1062, 1071, 1085, 1097,
1105, 1106, 1199, 1281, 1436, 1486, 1492, 1634
Juiz · 63, 144, 145, 146, 147, 194, 224, 253, 255, 304,
309, 326, 331, 332, 333, 396, 397, 415, 433, 451,
482, 488, 506, 533, 657, 686, 757, 832, 917, 1069,
1099, 1108, 1199, 1290, 1338, 1354, 1443, 1446,
1448, 1485, 1527, 1549, 1637
juiz federal · 144, 146, 149
juizes federais · 127, 144, 145, 146, 970, 1001
jurisdição constitucional · 421, 515, 1440
jurisprudência · 36, 46, 57, 139, 140, 144, 145, 148,
176, 181, 201, 209, 218, 219, 226, 239, 245, 252,
259, 289, 290, 291, 293, 298, 304, 315, 331, 344,
394, 401, 404, 411, 507, 509, 511, 522, 525, 545,
572, 660, 679, 744, 745, 751, 752, 755, 782, 796,
803, 815, 818, 824, 843, 852, 861, 871, 893, 896,
901, 905, 906, 907, 916, 918, 921, 928, 937, 941,
947, 954, 962, 965, 966, 969, 984, 987, 1001, 1006,
1032, 1034, 1038, 1042, 1047, 1054, 1056, 1082,
1134, 1430, 1433, 1472, 1489, 1492, 1590, 1605
jurista · 58, 103, 182, 186, 229, 287, 365, 463, 569,
583, 712, 757, 811, 858, 891, 892, 899, 972, 981,
1024, 1041, 1070, 1091, 1208, 1469, 1483, 1491



ÍNDICE GERAL



juros · 51, 370, 384, 472, 473, 1060, 1061, 1117, 1136, 1154, 1156, 1164, 1214, 1215, 1294, 1342, 1343, 1344, 1356, 1357, 1505, 1509, 1528, 1529, 1531

justa de mora · 472

justa tributação · 477, 486, 1444

justiça · 46, 73, 113, 123, 124, 146, 163, 172, 175, 215, 216, 221, 224, 227, 230, 231, 233, 235, 276, 327, 334, 336, 338, 346, 347, 355, 361, 362, 365, 367, 373, 390, 392, 397, 398, 402, 424, 428, 435, 441, 458, 463, 509, 511, 513, 520, 527, 532, 533, 550, 562, 563, 567, 744, 748, 803, 813, 814, 842, 843, 844, 895, 905, 924, 926, 928, 948, 955, 972, 982, 1047, 1059, 1063, 1064, 1083, 1135, 1136, 1201, 1203, 1214, 1285, 1317, 1431, 1433, 1436, 1443, 1496, 1510, 1549

Justiça do Trabalho · 391, 916, 945, 946, 947, 1035, 1062, 1085, 1092

Justiça Federal · 70, 108, 121, 127, 132, 144, 145, 146, 224, 325, 436, 437, 534, 640, 657, 970, 1060, 1199, 1207, 1285, 1637, 1640

justiça fiscal · 477, 1444

Justiça trabalhista · 455

Justificação · 452, 453, 1297

K

Kant · 170

KANT · 234, 746, 1094, 1201, 1592

L

lacuna · 122, 125, 186, 546, 547, 904, 906, 907, 915, 918, 920, 934, 935, 936, 937, 940, 942, 944, 945, 947, 964, 1027, 1028, 1030, 1033, 1313, 1485

lacunas · 36, 40, 891, 897, 902, 903, 904, 906, 907, 908, 910, 912, 920, 924, 925, 926, 927, 933, 934, 935, 936, 937, 939, 940, 945, 955, 958, 963, 964, 965, 972, 982, 1022, 1023, 1025, 1027, 1028, 1029, 1030, 1031, 1032, 1033, 1036, 1483, 1484, 1485, 1487

lançamento · 68, 215, 216, 261, 385, 649, 756, 831, 895, 987, 1113, 1305

lapsus prescricional penal · 1297

LDO · 618, 619, 629, 1064

lealdade · 474, 477, 478, 482, 963, 1443, 1445

legalidade · 79, 113, 122, 123, 180, 194, 209, 215, 217, 222, 224, 227, 232, 235, 236, 237, 240, 256, 258, 259, 277, 306, 307, 337, 338, 340, 346, 347, 367, 376, 382, 398, 432, 440, 441, 460, 461, 509, 522, 527, 528, 529, 531, 543, 557, 574, 657, 688, 705, 840, 889, 890, 894, 915, 919, 923, 931, 933, 990, 1031, 1106, 1222, 1223, 1338, 1431, 1486, 1575, 1588

legislador negativo · 404

legislativo · 32, 33, 108, 117, 234, 248, 250, 306, 311, 319, 336, 349, 399, 403, 404, 527, 542, 550, 551, 561, 565, 568, 570, 574, 575, 638, 645, 652, 654, 657, 658, 671, 677, 678, 680, 687, 689, 690, 694, 696, 698, 701, 707, 712, 713, 714, 716, 717, 718, 732, 740, 746, 750, 752, 765, 766, 772, 773, 774, 775, 778, 780, 788, 803, 804, 807, 812, 813, 814, 819, 820, 821, 823, 824, 831, 839, 856, 863, 865, 866, 874, 875, 913, 920, 925, 928, 934, 937, 938, 946, 949, 951, 953, 954, 955, 956, 960, 964, 1008, 1009, 1018, 1031, 1036, 1046, 1076, 1080, 1087, 1092, 1143, 1200, 1292, 1312, 1315, 1318, 1326, 1335, 1348, 1350, 1351, 1468, 1470, 1472, 1474, 1485, 1486, 1488, 1498, 1522, 1523, 1634

lei complementar · 79, 107, 110, 149, 154, 156, 188, 200, 202, 215, 241, 243, 244, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 311, 318, 328, 352, 382, 383, 386, 512, 569, 579, 657, 660, 694, 696, 698, 701, 703, 717, 719, 722, 724, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 770, 771, 787, 788, 789, 794, 834, 862, 863, 865, 870, 872, 994, 995, 996, 999, 1013, 1018, 1095, 1104, 1155, 1324, 1338, 1354, 1435, 1436, 1472, 1473

Lei Complementar · 17, 117, 147, 149, 153, 157, 173, 184, 200, 202, 249, 250, 251, 252, 254, 353, 364, 370, 464, 476, 483, 485, 512, 550, 561, 703, 705, 707, 708, 710, 711, 717, 718, 719, 720, 722, 752, 753, 758, 781, 789, 790, 862, 864, 907, 954, 997, 1009, 1010, 1013, 1017, 1121, 1122, 1149, 1179, 1263, 1273, 1289, 1297, 1393, 1435, 1502, 1561, 1633, 1635

lei de diretrizes orçamentárias · 188, 620

Lei de Responsabilidade Fiscal · 623, 1121, 1122, 1123, 1124, 1125, 1127, 1128, 1129, 1130, 1150, 1151, 1152, 1393, 1479, 1502, 1503

lei formal · 528, 797, 821, 822

Lei Geral Tributária · 477

lei ordinária · 117, 162, 239, 243, 244, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 512, 670, 708, 712, 719,



ÍNDICE GERAL



751, 754, 755, 756, 758, 760, 790, 803, 872, 946,
1017, 1066, 1333, 1435, 1436, 1473
leis complementares · 117, 243, 244, 248, 250, 251,
512, 561, 694, 750, 757, 758, 760, 769, 792, 861,
872, 937, 938, 1435
leis interpretativas · 263, 264, 265, 266, 267
leis ordinárias · 117, 204, 243, 248, 250, 561, 713, 750,
752, 937, 938
liberdade · 52, 57, 60, 68, 77, 101, 113, 114, 115, 118,
120, 165, 166, 172, 193, 231, 234, 236, 244, 246,
257, 258, 311, 312, 320, 339, 341, 342, 343, 344,
349, 355, 356, 373, 390, 391, 392, 456, 457, 458,
459, 461, 462, 526, 527, 528, 530, 551, 563, 564,
571, 639, 650, 706, 707, 743, 746, 747, 795, 797,
803, 809, 810, 834, 835, 851, 864, 870, 913, 929,
930, 931, 933, 944, 981, 982, 1001, 1005, 1006,
1018, 1019, 1024, 1032, 1048, 1068, 1089, 1212,
1320, 1467, 1486
Liberdade · 19, 356, 389, 457, 603, 1212, 1456, 1637
liberdades · 214, 255, 305, 368, 401, 448, 460, 549,
561, 572, 582, 651, 673, 749, 750, 806, 814, 921,
938, 1003
liminar · 127, 128, 129, 130, 131, 142, 144, 203, 410,
413, 675, 731, 835, 836, 897, 1001, 1005, 1006,
1045, 1064, 1096, 1097, 1099, 1148, 1288, 1290,
1318, 1340, 1341, 1343, 1350, 1494, 1523
limitações · 65, 66, 131, 173, 198, 543, 582, 652, 659,
688, 774, 780, 784, 786, 787, 822, 1018, 1148,
1223, 1324, 1354
limites · 40, 50, 51, 52, 54, 57, 69, 115, 116, 117, 120,
123, 159, 160, 173, 179, 195, 199, 200, 201, 202,
203, 205, 235, 236, 240, 242, 246, 257, 258, 276,
277, 286, 319, 339, 343, 347, 352, 377, 433, 459,
460, 508, 511, 523, 525, 526, 528, 529, 530, 543,
548, 549, 550, 560, 568, 578, 581, 641, 642, 653,
654, 655, 661, 703, 718, 721, 727, 751, 753, 754,
768, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789,
790, 791, 796, 797, 798, 801, 851, 857, 859, 860,
862, 865, 868, 889, 894, 903, 934, 943, 944, 949,
983, 990, 992, 1018, 1032, 1034, 1042, 1055, 1100,
1134, 1146, 1164, 1203, 1324, 1338, 1354, 1430,
1432, 1433, 1465, 1486, 1487, 1508, 1556, 1605
limites materiais · 69, 525, 549, 654, 703, 727, 781,
782, 784, 787, 788, 789, 790, 798, 859, 860, 862,
868, 1465
liquidação · 189, 214, 841, 997
litisconsórcio · 753
LOA · 618, 619
lógica das consequências · 476, 1414, 1444, 1507

lógica dos princípios · 476, 1414, 1444, 1507
lucro · 32, 252, 287, 296, 297, 299, 419, 726, 795,
1014, 1101, 1205, 1273, 1277, 1291, 1298, 1334,
1335, 1362, 1511, 1533
Lusitana · 1627
luso · 376, 463, 583, 758, 972, 973, 991, 1552

M

Madison · 685, 686
maioria · 52, 53, 59, 69, 70, 73, 99, 109, 117, 128, 137,
144, 145, 146, 164, 166, 173, 184, 201, 202, 212,
217, 218, 243, 248, 253, 255, 315, 322, 342, 397,
403, 413, 432, 434, 435, 438, 450, 452, 454, 462,
488, 531, 533, 537, 548, 549, 551, 556, 557, 558,
562, 577, 579, 581, 597, 621, 675, 682, 687, 688,
690, 691, 704, 722, 725, 731, 741, 753, 757, 791,
844, 857, 906, 908, 909, 919, 934, 937, 960, 967,
998, 1004, 1006, 1007, 1014, 1028, 1067, 1078,
1100, 1106, 1119, 1124, 1287, 1311, 1312, 1315,
1321, 1333, 1338, 1354, 1358, 1418, 1442, 1448,
1463, 1469, 1472, 1478, 1479, 1506, 1527
maioria absoluta · 69, 99, 109, 117, 137, 184, 201, 243,
248, 403, 432, 434, 435, 438, 549, 557, 577, 579,
687, 690, 704, 722, 725, 757, 791, 857, 960, 1315,
1321, 1469, 1472
mandado de injunção · 20, 25, 139, 150, 404, 419,
561, 571, 572, 605, 765, 766, 856, 874, 921, 938,
939, 953, 955, 1031, 1036, 1468, 1486
mandamentos para um planejamento tributário · 1213
Marbury · 685, 686
MARSHALL · 686
mediação · 424, 917, 952, 972, 1035, 1488
Medida Cautelar · 19, 264, 675, 741, 966, 967, 968,
1004, 1006, 1007
Medidas Cautelares · 19, 1563, 1619
medidas provisórias · 36, 37, 40, 42, 45, 77, 98, 99,
100, 101, 106, 117, 174, 237, 239, 241, 243, 244,
246, 247, 248, 251, 305, 306, 307, 506, 507, 510,
511, 524, 525, 533, 534, 535, 545, 556, 558, 561,
562, 565, 567, 568, 569, 570, 575, 576, 577, 581,
584, 588, 589, 639, 652, 654, 656, 657, 658, 659,
660, 662, 663, 664, 679, 691, 693, 694, 695, 696,
697, 698, 700, 701, 702, 704, 705, 706, 707, 708,
712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 722, 723,
724, 725, 727, 729, 734, 736, 737, 738, 741, 750,
751, 757, 759, 760, 761, 764, 768, 771, 772, 773,
774, 775, 776, 777, 779, 780, 781, 782, 787, 788,



ÍNDICE GERAL



- 789, 790, 791, 792, 794, 796, 797, 798, 801, 803, 810, 816, 818, 823, 827, 828, 832, 835, 841, 842, 844, 849, 851, 852, 853, 855, 856, 857, 858, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 868, 869, 870, 871, 872, 874, 875, 876, 894, 895, 898, 899, 900, 902, 922, 925, 937, 940, 942, 943, 944, 950, 951, 952, 955, 956, 957, 958, 961, 962, 966, 967, 968, 971, 982, 993, 994, 997, 998, 999, 1002, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1015, 1016, 1018, 1019, 1031, 1034, 1035, 1036, 1037, 1038, 1043, 1044, 1046, 1047, 1048, 1051, 1061, 1063, 1065, 1069, 1072, 1073, 1074, 1077, 1091, 1092, 1103, 1105, 1113, 1133, 1136, 1138, 1146, 1147, 1148, 1149, 1203, 1300, 1301, 1302, 1303, 1304, 1305, 1306, 1308, 1309, 1310, 1311, 1312, 1313, 1314, 1316, 1317, 1319, 1320, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 1328, 1329, 1330, 1331, 1332, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1340, 1344, 1346, 1347, 1348, 1349, 1350, 1351, 1352, 1353, 1354, 1355, 1356, 1357, 1428, 1432, 1461, 1463, 1464, 1465, 1466, 1467, 1468, 1469, 1470, 1472, 1473, 1474, 1475, 1483, 1484, 1485, 1487, 1488, 1489, 1493, 1494, 1496, 1497, 1500, 1501, 1520, 1521, 1522, 1523, 1524, 1525, 1526, 1527, 1528, 1529, 1635, 1638
- Mercado** · 23, 1171, 1174, 1176, 1180, 1215, 1509
- mercadorias · 49, 62, 74, 97, 206, 242, 327, 328, 339, 345, 382, 386, 387, 753, 815, 1058, 1109, 1232, 1281, 1284, 1331, 1430, 1541
- MERCOSUL · 1165, 1168, 1172, 1174, 1175, 1177, 1178, 1180, 1182, 1508, 1512, 1513, 1514, 1515, 1516
- método · 41, 46, 175, 207, 361, 601, 729, 890, 971, 975, 1228, 1456
- México · 257, 751, 801, 931, 965, 1133, 1154, 1164, 1185, 1518, 1552, 1560, 1584, 1585, 1586, 1589, 1590, 1592, 1597, 1619, 1620, 1625, 1628, 1630
- mídia · 429, 525, 1068, 1095, 1097, 1138, 1159
- Ministério Público* · 98, 99, 129, 130, 131, 158, 257, 286, 287, 398, 400, 414, 416, 432, 433, 436, 437, 438, 439, 440, 484, 485, 487, 569, 573, 578, 579, 581, 615, 660, 698, 700, 705, 708, 769, 790, 792, 793, 847, 861, 876, 993, 995, 1099, 1106, 1126, 1130, 1280, 1380, 1447, 1475, 1504, 1536, 1635
- Ministro** · 20, 45, 60, 63, 64, 97, 108, 119, 121, 122, 132, 140, 141, 142, 143, 149, 156, 164, 165, 166, 190, 199, 200, 204, 212, 238, 247, 255, 256, 257, 262, 263, 264, 267, 270, 288, 289, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 303, 304, 305, 309, 312, 323, 340, 341, 342, 343, 344, 357, 368, 394, 400, 401, 402, 404, 405, 410, 411, 412, 425, 432, 434, 435, 437, 439, 440, 444, 449, 461, 462, 531, 539, 544, 545, 546, 553, 560, 561, 571, 572, 576, 644, 657, 675, 676, 681, 689, 707, 711, 712, 713, 714, 715, 726, 729, 741, 751, 753, 754, 755, 757, 766, 773, 781, 795, 796, 814, 817, 818, 824, 825, 833, 838, 840, 841, 842, 843, 844, 864, 865, 896, 904, 906, 907, 922, 939, 946, 947, 950, 951, 954, 966, 967, 968, 971, 993, 994, 1002, 1004, 1006, 1007, 1010, 1014, 1028, 1035, 1061, 1062, 1076, 1085, 1100, 1104, 1114, 1115, 1116, 1223, 1301, 1302, 1307, 1308, 1343, 1372, 1375, 1641
- moção de confiança* · 557
- moeda · 48, 50, 111, 308, 309, 321, 529, 642, 783, 831, 838, 840, 841, 843, 876, 1306, 1328, 1475
- moratória · 51
- morosidade · 488, 1318, 1342, 1350, 1356, 1448, 1523, 1528
- móvel · 849, 904, 1462
- Municípios · 48, 49, 50, 62, 68, 78, 79, 98, 108, 120, 151, 153, 154, 163, 178, 189, 201, 237, 240, 261, 277, 286, 296, 301, 302, 314, 330, 340, 350, 352, 414, 415, 416, 417, 532, 553, 555, 556, 578, 665, 756, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 778, 786, 792, 794, 834, 853, 868, 920, 945, 946, 1006, 1013, 1045, 1054, 1067, 1068, 1104, 1114, 1138, 1341, 1466, 1494

N

- Napoleão* · 677
- nazismo · 166, 322, 463, 600
- nazista · 166, 542, 681, 683, 832, 847
- negro · 1376
- negros · 336, 616, 1376
- Nordeste · 332, 333, 829, 900, 1053, 1099, 1169, 1178, 1204, 1234, 1298, 1362, 1514, 1542
- norma · 40, 45, 97, 112, 123, 132, 143, 157, 158, 168, 172, 173, 176, 182, 183, 184, 185, 192, 196, 201, 206, 207, 208, 209, 212, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 227, 232, 235, 251, 266, 268, 280, 283, 290, 302, 304, 340, 341, 343, 344, 351, 377, 386, 390, 399, 403, 404, 413, 417, 460, 461, 464, 470, 472, 506, 509, 513, 522, 532, 542, 546, 553, 561, 572, 581, 583, 585, 587, 650, 671, 674, 680, 711, 712, 713, 727, 747, 750, 751, 759, 761, 764, 773, 781, 801, 803, 804, 806, 812, 838, 844, 860, 872, 873, 889, 890, 902, 903, 904, 906, 911, 913, 919,



ÍNDICE GERAL



921, 922, 924, 925, 926, 929, 932, 933, 934, 938, 939, 964, 965, 970, 972, 978, 982, 983, 991, 992, 1004, 1018, 1023, 1024, 1026, 1027, 1028, 1031, 1033, 1040, 1041, 1042, 1054, 1056, 1059, 1066, 1070, 1073, 1074, 1075, 1077, 1086, 1087, 1089, 1134, 1135, 1137, 1139, 1140, 1143, 1210, 1211, 1212, 1330, 1430, 1431, 1436, 1437, 1465, 1472, 1484, 1491, 1492, 1495, 1496, 1497, 1498, 1531, 1577

normas · 34, 36, 39, 79, 107, 112, 113, 115, 151, 153, 154, 157, 165, 174, 181, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 210, 212, 215, 219, 223, 224, 226, 229, 231, 232, 234, 240, 250, 251, 261, 263, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 283, 323, 331, 333, 344, 347, 348, 350, 351, 377, 378, 384, 390, 400, 414, 417, 433, 469, 508, 509, 512, 513, 526, 529, 532, 538, 543, 544, 547, 548, 549, 550, 553, 580, 583, 584, 592, 594, 641, 648, 649, 659, 667, 687, 688, 689, 693, 703, 705, 710, 712, 716, 717, 720, 723, 734, 740, 744, 746, 747, 753, 754, 756, 757, 758, 759, 763, 764, 772, 776, 787, 793, 794, 801, 804, 810, 826, 833, 840, 842, 843, 847, 850, 853, 860, 866, 876, 888, 898, 901, 904, 905, 907, 910, 915, 916, 919, 920, 924, 925, 928, 932, 933, 937, 938, 939, 945, 948, 952, 965, 971, 973, 977, 978, 982, 983, 989, 991, 1023, 1025, 1027, 1028, 1030, 1032, 1041, 1054, 1055, 1056, 1057, 1059, 1063, 1064, 1065, 1066, 1068, 1069, 1077, 1078, 1087, 1091, 1097, 1104, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1143, 1146, 1148, 1173, 1204, 1211, 1214, 1215, 1217, 1222, 1223, 1280, 1296, 1323, 1362, 1430, 1435, 1437, 1461, 1465, 1470, 1472, 1484, 1485, 1486, 1492, 1495, 1496, 1497, 1499, 1510, 1511, 1532, 1565, 1572, 1579, 1616, 1637

normas gerais · 79, 215, 240, 273, 580, 734, 740, 754, 756, 757, 758, 793, 804, 916, 925

Norte · 53, 56, 63, 295, 360, 600, 643, 685, 686, 975, 1074, 1161, 1169, 1170, 1178, 1204, 1234, 1298, 1362, 1508, 1514, 1542, 1577, 1636

norte-americana · 55, 56, 391, 400, 454, 586, 634, 680, 685, 686, 985

norte-americano · 212, 447, 448, 473, 607, 1165, 1170, 1429

norte-americanos · 392, 474, 555, 586, 1444

nota fiscal · 493, 496, 498, 1107, 1253, 1265, 1450

O

obrigação · 115, 215, 305, 356, 372, 380, 382, 689, 756, 809, 831, 889, 1018, 1019, 1052, 1107, 1116, 1201, 1588

OCDE · 1205

off-shores · 1205

ônus da prova · 466, 1403

OPEP · 1185, 1518

operações interestaduais · 344, 1271, 1274, 1275, 1277

operações internas · 1266, 1271

orçamento · 36, 39, 56, 114, 121, 189, 225, 311, 313, 314, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 370, 511, 529, 553, 602, 614, 618, 620, 622, 623, 624, 627, 628, 629, 632, 642, 661, 696, 701, 708, 783, 790, 845, 846, 869, 894, 1104, 1251, 1433, 1460, 1466, 1475, 1477, 1478, 1479, 1480

ordem · 40, 64, 66, 70, 73, 75, 76, 113, 114, 120, 125, 129, 130, 140, 150, 155, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 171, 182, 186, 199, 211, 212, 252, 255, 264, 265, 267, 280, 291, 317, 327, 344, 369, 374, 375, 376, 390, 395, 398, 404, 411, 425, 426, 428, 461, 462, 463, 533, 536, 544, 547, 548, 578, 586, 638, 648, 650, 655, 658, 664, 673, 693, 696, 698, 715, 717, 725, 738, 739, 744, 772, 775, 786, 801, 808, 824, 826, 833, 840, 842, 843, 844, 851, 860, 862, 863, 870, 874, 892, 900, 904, 906, 914, 917, 920, 924, 930, 937, 948, 956, 959, 964, 969, 970, 971, 972, 984, 997, 1000, 1005, 1010, 1011, 1024, 1027, 1031, 1044, 1046, 1055, 1060, 1061, 1070, 1080, 1088, 1095, 1107, 1112, 1115, 1137, 1138, 1143, 1144, 1148, 1171, 1200, 1214, 1216, 1224, 1281, 1290, 1292, 1309, 1310, 1311, 1312, 1314, 1330, 1336, 1349, 1463, 1465, 1474, 1483, 1484, 1486, 1499, 1509

ordenamento jurídico · 51, 57, 168, 204, 209, 235, 335, 350, 477, 751, 756, 757, 777, 798, 859, 907, 919, 921, 923, 943, 955, 964, 973, 982, 1001, 1021, 1023, 1028, 1031, 1046, 1048, 1051, 1056, 1063, 1084, 1087, 1088, 1089, 1135, 1136, 1142, 1143, 1144, 1145, 1206, 1211, 1328, 1332, 1444, 1464, 1483, 1486, 1494, 1495, 1498, 1499, 1511

organismo · 103, 688, 1056, 1116, 1135, 1495

Organismos · 152, 153

organização · 34, 54, 75, 134, 135, 144, 147, 149, 155, 156, 162, 210, 234, 318, 373, 389, 400, 433, 460, 471, 472, 522, 530, 549, 552, 555, 556, 560, 561, 566, 569, 572, 578, 590, 617, 642, 660, 683, 688, 696, 698, 700, 702, 708, 713, 746, 749, 753, 769,



ÍNDICE GERAL



770, 771, 783, 790, 792, 793, 846, 861, 887, 928,
977, 996, 1008, 1061, 1086, 1136, 1143, 1178,
1263, 1293, 1307, 1327, 1476, 1514, 1550, 1571,
1584, 1605, 1611
organizações · 68, 159, 160, 225, 256, 560, 631, 651,
970, 1068, 1169, 1508
órgão · 58, 75, 100, 106, 123, 130, 139, 141, 156, 182,
188, 190, 198, 278, 305, 344, 389, 402, 414, 418,
419, 436, 523, 552, 561, 575, 593, 628, 629, 664,
680, 750, 751, 778, 780, 820, 903, 920, 921, 925,
938, 940, 942, 964, 992, 995, 1042, 1076, 1110,
1162, 1175, 1243, 1327, 1351, 1492, 1493, 1506,
1524
órgãos · 111, 116, 134, 136, 158, 162, 165, 184, 315,
325, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 424, 432,
433, 436, 440, 441, 549, 551, 555, 566, 573, 578,
580, 629, 630, 651, 674, 682, 700, 702, 718, 728,
742, 766, 769, 789, 793, 813, 847, 933, 934, 940,
963, 994, 1003, 1280, 1327, 1351, 1524

P

pagamento · 61, 109, 129, 266, 309, 316, 325, 326, 349,
360, 364, 369, 370, 380, 382, 383, 700, 815, 831,
832, 835, 915, 1058, 1060, 1107, 1108, 1212, 1225,
1293, 1342, 1356, 1528
Parafiscalidade · 1606
paraísos fiscais · 468, 469, 1205, 1511
parcelamento · 324, 370
Parcelamento · 20
parlamentarismo · 32, 557, 558, 559, 565, 713, 715,
854, 1021, 1303, 1462
parlamentarista · 562, 565, 712, 713, 714, 715, 718, 720
parlamentaristas · 564, 1303
Parlamento latino-americano · 684
Parlatino · 684
partido · 71, 99, 134, 136, 320, 403, 436, 540, 563, 572,
591, 615, 827
partilha · 397, 1209
PASEP · 299, 1334, 1335, 1338, 1339
penal · 34, 56, 125, 214, 232, 246, 259, 261, 283, 291,
293, 295, 307, 377, 394, 395, 396, 397, 429, 434,
487, 525, 657, 660, 687, 694, 696, 698, 700, 705,
708, 716, 719, 720, 780, 787, 790, 791, 796, 847,
861, 862, 863, 866, 869, 908, 915, 916, 970, 1018,
1048, 1065, 1076, 1105, 1107, 1205, 1380, 1435,
1467, 1470, 1536
penalidade · 123, 266, 380

penhora · 259, 324, 369
personalidade · 47, 136, 137, 183, 556, 887, 1223
PIB · 48, 49, 62, 101, 179, 187, 554, 855, 899, 1075,
1097, 1161, 1185, 1188, 1198, 1204, 1225, 1282,
1283, 1417
PIS · 251, 252, 299, 1096, 1109, 1110, 1334, 1335,
1338, 1339
planejamento · 154, 164, 241, 296, 313, 315, 348, 363,
372, 374, 375, 433, 554, 845, 846, 1057, 1058,
1155, 1173, 1210, 1215, 1331, 1353, 1507, 1510,
1512, 1526
planejar · 261, 373, 374, 1061, 1136, 1215, 1217, 1294,
1361, 1532
plano · 38, 78, 123, 155, 164, 167, 181, 185, 188, 189,
204, 207, 256, 280, 282, 314, 318, 319, 370, 374,
375, 424, 460, 524, 553, 558, 696, 778, 794, 869,
932, 935, 936, 940, 991, 1002, 1033, 1064, 1079,
1080, 1173, 1199, 1200, 1202, 1203, 1466, 1510
Plano Real · 49, 50, 556, 562, 690, 827, 843, 844, 1269,
1410
Platão · 170
PLATÃO · 56, 222, 226, 592, 602, 1214, 1611
Plenárias · 621, 622, 623, 624, 630, 1479, 1480
Poder · 17, 32, 33, 34, 40, 52, 54, 55, 58, 64, 65, 66,
67, 70, 74, 78, 98, 100, 101, 110, 114, 116, 118,
120, 121, 124, 129, 130, 131, 132, 134, 172, 178,
182, 184, 188, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203,
206, 208, 209, 210, 224, 232, 238, 242, 251, 255,
257, 263, 264, 265, 267, 272, 278, 279, 284, 287,
305, 315, 318, 349, 368, 370, 371, 372, 382, 384,
385, 386, 390, 398, 399, 403, 407, 413, 414, 415,
416, 417, 418, 421, 423, 425, 426, 427, 428, 429,
430, 431, 432, 433, 435, 436, 437, 438, 440, 441,
442, 444, 445, 446, 447, 448, 450, 451, 453, 460,
462, 473, 475, 476, 477, 479, 480, 481, 482, 487,
488, 508, 509, 513, 515, 516, 518, 519, 522, 523,
529, 530, 531, 532, 533, 534, 537, 538, 540, 541,
542, 543, 544, 545, 547, 548, 549, 550, 552, 555,
557, 561, 564, 568, 569, 570, 572, 573, 574, 575,
576, 578, 579, 580, 581, 597, 598, 601, 602, 604,
614, 615, 617, 618, 620, 631, 638, 639, 642, 643,
644, 648, 656, 660, 661, 663, 664, 671, 674, 675,
677, 678, 682, 686, 687, 688, 689, 690, 693, 695,
700, 705, 706, 708, 712, 715, 718, 721, 723, 724,
725, 728, 736, 737, 740, 741, 766, 768, 771, 772,
776, 780, 781, 782, 784, 785, 786, 789, 790, 792,
795, 796, 801, 804, 812, 813, 816, 818, 819, 820,
823, 826, 827, 835, 836, 837, 839, 846, 848, 850,
854, 856, 857, 860, 861, 875, 876, 878, 904, 914,



ÍNDICE GERAL



- 926, 935, 938, 942, 951, 955, 960, 965, 967, 982, 993, 996, 1003, 1004, 1018, 1033, 1041, 1043, 1050, 1054, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1069, 1073, 1076, 1091, 1093, 1100, 1104, 1113, 1122, 1126, 1127, 1129, 1130, 1133, 1134, 1136, 1138, 1147, 1149, 1150, 1151, 1152, 1158, 1163, 1222, 1280, 1281, 1289, 1297, 1304, 1305, 1308, 1318, 1323, 1326, 1327, 1340, 1341, 1342, 1346, 1350, 1351, 1353, 1356, 1359, 1365, 1366, 1368, 1369, 1370, 1371, 1374, 1376, 1377, 1380, 1382, 1394, 1403, 1404, 1406, 1412, 1420, 1422, 1424, 1425, 1430, 1437, 1440, 1441, 1442, 1444, 1445, 1446, 1448, 1460, 1461, 1474, 1476, 1478, 1481, 1487, 1495, 1500, 1501, 1502, 1503, 1504, 1507, 1523, 1524, 1526, 1528, 1530, 1534, 1535, 1536, 1549, 1551, 1555, 1568, 1570, 1579, 1588, 1595, 1601, 1608, 1609, 1613, 1617, 1620, 1623, 1628, 1631, 1633, 1634, 1641, 1645
- Poderes · 34, 54, 66, 70, 121, 122, 174, 205, 215, 237, 277, 315, 340, 368, 428, 508, 547, 550, 551, 555, 568, 578, 579, 580, 640, 641, 664, 675, 705, 706, 778, 805, 847, 848, 852, 856, 861, 901, 914, 935, 936, 960, 995, 1003, 1007, 1033, 1045, 1301, 1317, 1319, 1429, 1468, 1559, 1617, 1637
- Portugal · 47, 52, 148, 169, 170, 319, 322, 330, 335, 400, 402, 411, 468, 523, 552, 557, 565, 595, 640, 678, 680, 690, 742, 749, 750, 800, 847, 858, 899, 907, 986, 1004, 1039, 1051, 1072, 1461, 1489, 1590, 1622
- português · 119, 125, 169, 412, 565, 679, 680, 754, 802, 906, 1004, 1050
- portuguesa · 44, 47, 118, 119, 169, 317, 552, 595, 678, 679, 680, 683, 742, 749, 803, 982, 986, 1072
- portugueses · 35, 679, 806, 815, 893
- PPA · 613, 618
- prática · 37, 38, 40, 51, 66, 154, 160, 165, 176, 177, 179, 182, 184, 194, 209, 212, 237, 245, 259, 260, 266, 280, 295, 305, 330, 338, 361, 392, 418, 458, 462, 508, 512, 523, 552, 554, 561, 564, 573, 585, 641, 667, 693, 708, 719, 736, 782, 790, 816, 819, 821, 839, 857, 862, 890, 900, 901, 910, 926, 929, 946, 951, 972, 977, 981, 1026, 1041, 1053, 1065, 1071, 1094, 1300, 1304, 1305, 1306, 1307, 1309, 1312, 1313, 1324, 1325, 1328, 1331, 1334, 1335, 1337, 1341, 1346, 1347, 1429, 1434, 1491, 1521
- praticabilidade · 38, 241, 377, 379, 380, 382, 383, 384, 385, 386, 512, 905, 1434
- prazo · 46, 59, 61, 65, 77, 98, 99, 100, 106, 108, 110, 116, 124, 126, 127, 130, 131, 139, 160, 167, 208, 215, 216, 239, 240, 286, 287, 291, 297, 298, 299, 300, 303, 304, 305, 308, 313, 314, 324, 326, 327, 329, 330, 331, 332, 370, 390, 399, 404, 419, 432, 435, 439, 440, 465, 472, 511, 513, 523, 524, 526, 532, 544, 546, 557, 572, 575, 579, 581, 584, 602, 645, 646, 648, 649, 650, 652, 655, 656, 658, 664, 670, 673, 675, 676, 687, 688, 693, 695, 697, 698, 701, 702, 703, 706, 707, 709, 710, 711, 721, 722, 725, 726, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 738, 739, 753, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 769, 772, 785, 786, 794, 795, 826, 833, 849, 851, 860, 862, 863, 865, 866, 867, 869, 870, 871, 873, 874, 895, 911, 915, 922, 942, 943, 948, 950, 953, 954, 955, 956, 957, 959, 966, 967, 968, 969, 994, 999, 1000, 1003, 1006, 1007, 1010, 1011, 1013, 1014, 1015, 1016, 1019, 1020, 1028, 1031, 1034, 1037, 1038, 1043, 1045, 1046, 1047, 1048, 1060, 1062, 1064, 1076, 1095, 1097, 1098, 1100, 1110, 1123, 1127, 1130, 1131, 1148, 1155, 1164, 1215, 1278, 1292, 1297, 1307, 1313, 1320, 1321, 1322, 1325, 1341, 1348, 1349, 1351, 1366, 1380, 1389, 1433, 1437, 1463, 1465, 1466, 1470, 1471, 1473, 1485, 1487, 1488, 1489, 1494, 1509, 1522, 1523, 1526, 1531, 1536, 1537
- preâmbulo · 101, 112, 113
- precatório** · 22, 449, 1061
- precatórios · 109, 1061, 1062, 1136
- preço · 61, 99, 964, 1050, 1108, 1109, 1282, 1286, 1293, 1361, 1532
- prejuízos · 184, 271, 283, 284, 396, 513, 808, 813, 814, 815, 816, 821, 822, 823, 874, 895, 897, 1028, 1057, 1098, 1340, 1356, 1436, 1474, 1528
- prescrição · 215, 311, 393, 542, 756, 912, 1106
- presidência · 60, 63, 101, 110, 121, 368, 404, 580, 666, 707, 735, 737, 739, 766, 844, 846, 994, 1020, 1099, 1307, 1334
- presidencialismo · 32, 71, 558, 559, 562, 576, 577, 713, 854, 961, 1021, 1302, 1304, 1462
- presidencialista · 37, 39, 40, 321, 556, 558, 559, 565, 713, 718, 777, 804, 853, 854, 1113, 1302, 1303, 1304, 1305, 1346, 1520
- presidencialistas* · 1303
- Presidente · 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 77, 98, 99, 100, 107, 108, 110, 114, 115, 117, 121, 124, 128, 132, 133, 137, 138, 140, 141, 147, 148, 149, 155, 156, 174, 189, 190, 194, 198, 200, 203, 205, 212, 218, 238, 239, 242, 243, 255, 256, 262, 264, 267, 287, 288, 313, 374, 399, 400, 401, 402, 403, 411, 412, 415, 424, 426, 429, 430, 432, 433, 434,



ÍNDICE GERAL



- 435, 436, 438, 439, 441, 529, 530, 533, 534, 535, 538, 539, 540, 542, 544, 546, 548, 556, 557, 558, 560, 561, 562, 563, 564, 568, 569, 570, 577, 579, 580, 584, 586, 589, 600, 639, 641, 642, 643, 644, 645, 647, 648, 649, 651, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 666, 669, 670, 671, 676, 682, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 694, 696, 697, 698, 700, 701, 704, 705, 706, 707, 708, 711, 712, 714, 715, 718, 719, 720, 721, 723, 724, 725, 726, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 737, 738, 741, 768, 769, 770, 771, 772, 776, 777, 778, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 790, 791, 793, 800, 801, 802, 810, 827, 828, 832, 837, 840, 848, 849, 854, 860, 861, 863, 864, 865, 866, 867, 869, 870, 871, 876, 895, 900, 922, 930, 937, 941, 943, 948, 950, 951, 957, 958, 959, 961, 967, 968, 969, 985, 994, 995, 997, 998, 999, 1002, 1005, 1006, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1016, 1019, 1020, 1031, 1037, 1043, 1046, 1048, 1061, 1062, 1067, 1072, 1073, 1075, 1076, 1080, 1089, 1115, 1116, 1142, 1223, 1224, 1290, 1304, 1307, 1309, 1310, 1311, 1316, 1317, 1321, 1324, 1327, 1329, 1335, 1340, 1343, 1346, 1347, 1348, 1351, 1352, 1353, 1463, 1465, 1466, 1470, 1481, 1485, 1488, 1489, 1493, 1520, 1521, 1522, 1524, 1525, 1622, 1641
- Presidente da República* · 59, 99, 107, 124, 156, 218, 238, 287, 313, 400, 424, 426, 430, 530, 534, 539, 543, 544, 560, 569, 579, 589, 641, 643, 644, 645, 649, 651, 655, 658, 682, 688, 693, 694, 706, 707, 724, 725, 731, 741, 768, 769, 772, 783, 785, 786, 948, 1080, 1115, 1116, 1127, 1130, 1131, 1142, 1181, 1371, 1379, 1441, 1470, 1535
- prestação* · 75, 110, 111, 115, 136, 189, 190, 274, 306, 323, 383, 417, 557, 753, 815, 831, 997, 1018, 1064, 1232, 1541
- presunção* · 38, 215, 267, 280, 282, 284, 371, 385, 464, 941
- previdenciária* · 51, 133, 273, 410, 533, 843, 1073, 1076, 1086, 1107, 1114, 1116, 1135, 1143, 1498
- previdenciário* · 189, 224, 997, 1059, 1114, 1347, 1521
- principal* · 49, 58, 97, 305, 372, 380, 382, 523, 529, 562, 565, 573, 578, 669, 692, 703, 733, 776, 1030, 1067, 1072, 1155, 1283, 1296, 1316, 1362, 1507, 1532
- princípio* · 35, 36, 37, 38, 42, 44, 46, 77, 79, 80, 103, 104, 122, 124, 125, 143, 160, 161, 164, 165, 168, 170, 171, 172, 173, 176, 177, 179, 182, 183, 192, 194, 195, 197, 198, 201, 202, 205, 207, 208, 209, 211, 212, 215, 216, 217, 226, 228, 232, 236, 238, 241, 244, 245, 246, 252, 253, 255, 256, 258, 259, 261, 262, 263, 264, 272, 280, 286, 287, 290, 293, 295, 297, 298, 299, 300, 305, 306, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 314, 315, 320, 322, 327, 328, 330, 331, 333, 336, 338, 339, 341, 342, 344, 345, 347, 353, 354, 355, 363, 366, 369, 373, 378, 379, 380, 382, 384, 385, 386, 387, 388, 390, 391, 392, 398, 424, 428, 437, 457, 460, 461, 506, 508, 510, 511, 512, 513, 522, 532, 547, 549, 555, 570, 657, 721, 724, 725, 728, 744, 758, 768, 775, 776, 778, 793, 795, 796, 798, 809, 813, 814, 815, 817, 821, 823, 826, 834, 844, 866, 867, 869, 875, 888, 889, 894, 895, 905, 907, 910, 912, 919, 923, 929, 944, 965, 975, 989, 990, 995, 999, 1004, 1005, 1006, 1007, 1013, 1015, 1023, 1027, 1028, 1030, 1031, 1032, 1039, 1047, 1051, 1064, 1065, 1070, 1071, 1088, 1091, 1100, 1133, 1138, 1144, 1145, 1146, 1202, 1208, 1301, 1319, 1323, 1325, 1331, 1335, 1336, 1337, 1338, 1340, 1356, 1430, 1433, 1436, 1466, 1471, 1474, 1485, 1486, 1490, 1499, 1528, 1575, 1640
- princípios gerais* · 185, 186, 187, 222, 260, 372, 509, 712, 781, 890, 909, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 919, 920, 933, 972, 1029, 1074, 1431, 1634
- privatização* · 1064, 1102
- privilegio* · 336, 571
- privilégios* · 232, 236, 367, 374, 392, 512, 894, 1434
- procedimento sumário de constitucionalidade* · 421, 515, 1440
- processo* · 32, 33, 38, 51, 57, 103, 105, 110, 117, 118, 123, 124, 126, 129, 130, 145, 149, 164, 166, 176, 197, 207, 218, 221, 224, 227, 231, 232, 248, 253, 267, 283, 285, 286, 291, 292, 302, 306, 317, 319, 326, 330, 344, 349, 368, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 397, 398, 404, 415, 416, 426, 434, 441, 460, 461, 462, 463, 472, 509, 539, 550, 555, 561, 566, 571, 572, 573, 574, 578, 582, 587, 596, 638, 645, 652, 654, 655, 669, 679, 690, 695, 705, 707, 712, 714, 716, 717, 720, 750, 752, 754, 766, 772, 773, 774, 775, 777, 778, 788, 791, 810, 818, 827, 833, 834, 835, 865, 866, 891, 894, 897, 903, 905, 907, 912, 916, 917, 920, 931, 933, 937, 941, 963, 964, 969, 970, 975, 1001, 1006, 1027, 1032, 1038, 1060, 1064, 1076, 1079, 1080, 1099, 1106, 1108, 1117, 1135, 1157, 1171, 1172, 1207, 1214, 1216, 1217, 1222, 1293, 1296, 1297, 1300, 1301, 1302, 1309, 1318, 1343, 1350, 1351, 1361, 1362, 1431, 1470, 1472, 1484, 1486, 1489, 1510, 1523, 1531, 1532, 1579, 1618, 1638, 1640



ÍNDICE GERAL



processo administrativo · 394, 1297
Processo Administrativo · 19, 657
processo judicial · 390
processual · 34, 132, 135, 136, 138, 139, 246, 333, 391, 395, 397, 398, 399, 405, 434, 461, 571, 572, 700, 716, 754, 766, 836, 838, 839, 908, 915, 953, 1034, 1036, 1085, 1282, 1286, 1288, 1340, 1343, 1344, 1356, 1357, 1486, 1487, 1528, 1529
Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco · 1266
produção · 39, 75, 218, 383, 549, 740, 828, 1067, 1068, 1069, 1088, 1091, 1109, 1138, 1144, 1146, 1497, 1499
Produto Interno Bruto · 48, 554, 899, 1189, 1198, 1225, 1417, 1544
Programa Contribuinte do Futuro · 635, 1482
projeto de lei · 117, 188, 189, 281, 313, 321, 374, 404, 544, 546, 577, 649, 692, 701, 702, 704, 709, 711, 719, 725, 732, 790, 794, 948, 959, 960, 1000, 1011, 1018, 1104
projetos · 189, 321, 565, 648, 673, 692, 696, 703, 711, 864, 959, 998, 999, 1004, 1010, 1043, 1080, 1142, 1310
Projetos de Lei · 693, 703, 788, 791
proposta · 69, 70, 78, 121, 403, 413, 414, 415, 416, 428, 437, 540, 541, 543, 548, 550, 556, 577, 578, 651, 676, 697, 704, 709, 716, 721, 730, 741, 777, 834, 857, 866, 931, 937, 941, 954, 957, 958, 960, 968, 973, 1024, 1055, 1067, 1090, 1099, 1145, 1155, 1200, 1215, 1290, 1302, 1303, 1312, 1349, 1462, 1469, 1499
propriedade · 56, 60, 77, 101, 114, 163, 165, 193, 227, 234, 236, 311, 312, 320, 327, 341, 342, 351, 352, 355, 360, 361, 369, 370, 371, 378, 379, 382, 511, 530, 547, 549, 639, 746, 747, 795, 809, 822, 827, 830, 831, 832, 834, 835, 859, 899, 913, 929, 944, 1024, 1063, 1073, 1232, 1234, 1284, 1433, 1464, 1541, 1542
Protocolo de Ouro Preto · 1176
prova · 126, 164, 174, 219, 280, 282, 326, 339, 343, 344, 378, 395, 396, 397, 398, 466, 508, 514, 815, 819, 901, 909, 926, 1299, 1363, 1429, 1437, 1533, 1618

Q

quebra de sigilo · 1297
questão de repercussão geral · 445, 448, 449, 451, 452, 454, 1441, 1443

QUESTÃO DE REPERCUSSÃO GERAL · 444

questão política · 685, 687
questão relevante · 415, 418, 449, 1441
questões políticas · 675, 686, 1007
quórum · 69, 243, 244, 248, 249, 403, 432, 435, 452, 512, 688, 722, 757, 758, 760, 872, 1321, 1333, 1435, 1472

R

razoabilidade · 262, 477
receita · 33, 57, 78, 189, 202, 296, 297, 298, 315, 318, 319, 320, 321, 511, 528, 540, 553, 623, 627, 628, 635, 665, 792, 868, 1035, 1056, 1101, 1110, 1111, 1117, 1162, 1173, 1176, 1242, 1276, 1277, 1278, 1283, 1291, 1334, 1360, 1433, 1466, 1479, 1480, 1505, 1513, 1531
reclamação · 132, 414, 417, 977
recurso · 46, 98, 126, 127, 129, 130, 131, 139, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 222, 231, 233, 238, 268, 270, 285, 290, 402, 509, 567, 638, 695, 731, 735, 738, 739, 753, 754, 817, 840, 889, 890, 893, 907, 919, 933, 970, 990, 1002, 1008, 1020, 1044, 1054, 1060, 1062, 1111, 1134, 1289, 1431, 1493, 1495, 1585
Recurso de Revista · 454
reedição · 36, 174, 299, 506, 525, 544, 546, 576, 664, 694, 696, 698, 709, 711, 717, 719, 721, 724, 725, 740, 852, 856, 863, 865, 895, 898, 901, 902, 911, 922, 940, 942, 944, 949, 950, 951, 953, 956, 959, 960, 961, 962, 966, 967, 968, 1007, 1010, 1016, 1026, 1034, 1035, 1038, 1113, 1304, 1305, 1306, 1307, 1308, 1322, 1335, 1336, 1346, 1347, 1349, 1351, 1355, 1464, 1469, 1470, 1483, 1486, 1487, 1488, 1489, 1521, 1522, 1524, 1527
reedições · 237, 577, 581, 666, 899, 949, 967, 1026, 1036, 1063, 1305, 1306, 1307, 1316, 1337, 1338, 1339, 1340, 1347, 1348, 1488, 1521, 1522
reforma · 32, 33, 40, 51, 52, 59, 130, 144, 201, 211, 273, 317, 353, 370, 373, 399, 403, 539, 549, 562, 625, 626, 642, 696, 751, 793, 919, 957, 958, 1059, 1060, 1062, 1063, 1065, 1066, 1073, 1082, 1085, 1135, 1137, 1141, 1184, 1185, 1290, 1348, 1353, 1367, 1391, 1414, 1496, 1497, 1517, 1535, 1538, 1587, 1618
Reforma Agrária · 18, 33, 60
Reforma Constitucional · 52, 54, 55, 118, 120, 247, 273, 305, 444, 506, 571, 656, 657, 658, 659, 661,



ÍNDICE GERAL



- 663, 716, 721, 723, 731, 732, 734, 761, 763, 791, 792, 794, 849, 873, 896, 922, 943, 950, 954, 959, 960, 1015, 1022, 1027, 1059, 1102, 1135, 1267, 1305, 1320, 1322, 1370, 1371, 1372, 1375, 1392, 1395, 1409, 1413, 1414, 1417, 1433, 1496, 1521, 1534, 1535, 1550, 1617
- refundição · 37, 1051, 1086, 1087, 1143, 1498
- Região · 144, 145, 146, 147, 253, 255, 259, 281, 304, 308, 309, 331, 332, 333, 396, 397, 402, 533, 757, 829, 844, 876, 949, 1002, 1053, 1059, 1060, 1061, 1064, 1069, 1073, 1084, 1085, 1093, 1096, 1099, 1101, 1102, 1104, 1106, 1146, 1158, 1636
- regiões · 77, 125, 167, 331, 332, 353, 354, 549, 552, 590, 595, 628, 630, 750, 773, 806, 1171, 1172, 1293, 1294, 1361, 1509, 1532
- regras · 38, 56, 100, 102, 113, 134, 181, 185, 187, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 203, 207, 212, 245, 260, 268, 278, 306, 372, 376, 385, 424, 508, 512, 547, 567, 580, 582, 638, 663, 695, 696, 702, 753, 773, 775, 777, 839, 844, 888, 889, 890, 891, 896, 907, 911, 915, 917, 942, 944, 983, 989, 1015, 1023, 1041, 1047, 1060, 1200, 1202, 1319, 1343, 1430, 1434, 1560
- reis-filósofos · 56
- relação · 32, 41, 50, 73, 77, 102, 125, 126, 131, 135, 137, 147, 158, 159, 168, 177, 190, 200, 203, 204, 208, 215, 216, 226, 230, 236, 244, 258, 261, 278, 282, 286, 292, 296, 307, 313, 314, 331, 333, 340, 345, 351, 354, 355, 358, 375, 379, 380, 381, 382, 401, 404, 414, 416, 424, 428, 508, 509, 526, 528, 530, 538, 544, 552, 554, 555, 556, 574, 588, 595, 598, 639, 641, 651, 725, 727, 728, 740, 751, 755, 762, 763, 765, 769, 776, 777, 780, 783, 784, 802, 810, 813, 821, 822, 823, 832, 837, 853, 855, 857, 858, 864, 866, 867, 874, 895, 900, 915, 918, 926, 930, 945, 946, 963, 965, 969, 973, 976, 977, 978, 988, 990, 1014, 1032, 1040, 1060, 1064, 1092, 1113, 1157, 1202, 1209, 1211, 1216, 1281, 1310, 1311, 1315, 1317, 1320, 1331, 1340, 1346, 1350, 1430, 1431, 1433, 1471, 1472, 1486, 1490, 1491, 1523
- relações · 78, 98, 101, 108, 159, 195, 239, 261, 262, 263, 264, 286, 291, 337, 338, 347, 370, 380, 392, 403, 460, 513, 528, 546, 547, 572, 584, 656, 671, 697, 701, 703, 710, 716, 722, 730, 732, 733, 743, 746, 765, 766, 770, 803, 843, 844, 849, 865, 866, 870, 874, 895, 896, 910, 912, 922, 943, 944, 946, 950, 951, 952, 954, 957, 976, 982, 995, 1015, 1031, 1036, 1060, 1066, 1067, 1095, 1107, 1137, 1138, 1199, 1209, 1288, 1325, 1326, 1328, 1348, 1359, 1436, 1470, 1485, 1522, 1604
- relevância · 36, 77, 98, 168, 219, 220, 239, 242, 246, 275, 307, 323, 357, 399, 411, 417, 426, 427, 428, 516, 525, 527, 556, 557, 579, 584, 656, 662, 700, 704, 705, 706, 707, 709, 711, 717, 724, 731, 732, 733, 734, 735, 738, 739, 741, 742, 749, 768, 778, 781, 782, 797, 823, 849, 853, 856, 857, 860, 864, 865, 867, 870, 871, 875, 890, 893, 895, 898, 901, 902, 922, 926, 944, 950, 954, 957, 959, 961, 969, 971, 993, 994, 995, 996, 997, 1000, 1002, 1003, 1004, 1005, 1006, 1007, 1009, 1010, 1013, 1017, 1018, 1019, 1020, 1021, 1023, 1034, 1036, 1037, 1043, 1044, 1045, 1048, 1065, 1113, 1309, 1312, 1316, 1317, 1318, 1329, 1350, 1352, 1353, 1441, 1465, 1471, 1474, 1483, 1487, 1488, 1493, 1494, 1523, 1525, 1526
- relevância da questão federal · 449
- religião · 52, 456, 591, 592, 593, 601, 606, 607, 608, 609, 1093, 1457
- remição · 168
- remissão · 79, 915
- renda · 48, 49, 101, 105, 179, 183, 187, 255, 327, 333, 352, 353, 359, 360, 361, 364, 365, 367, 379, 419, 465, 468, 511, 512, 554, 597, 626, 846, 894, 899, 929, 987, 1028, 1065, 1074, 1099, 1104, 1114, 1161, 1175, 1197, 1204, 1213, 1234, 1273, 1274, 1276, 1277, 1283, 1284, 1287, 1290, 1298, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1355, 1376, 1392, 1397, 1399, 1401, 1408, 1410, 1411, 1417, 1434, 1513, 1527, 1542
- representação de inconstitucionalidade · 402, 412, 419, 778, 925
- resolução** · 24, 59, 204, 210, 435, 569, 602, 678, 699, 921, 962, 963, 1095, 1273, 1333, 1379, 1460, 1534
- Resolução · 550, 581, 694, 696, 698, 729, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 740, 862, 870, 871, 956, 957, 1011, 1019, 1020, 1037, 1488
- resoluções** · 117, 229, 248, 338, 349, 551, 552, 580, 581, 643, 750, 857, 921, 937, 1468
- responsabilidade · 54, 56, 76, 78, 96, 108, 110, 116, 124, 154, 155, 158, 160, 161, 162, 190, 209, 218, 239, 259, 350, 380, 381, 414, 416, 418, 434, 508, 557, 580, 639, 651, 663, 667, 669, 670, 672, 682, 687, 690, 704, 705, 706, 707, 713, 719, 720, 782, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 818, 819, 820, 821, 822, 824, 825, 827, 848, 854, 864, 874, 981, 982, 987, 993, 994, 1002, 1003, 1009, 1044, 1061, 1062, 1077,



ÍNDICE GERAL



1107, 1136, 1174, 1289, 1318, 1350, 1470, 1474,
1493, 1523, 1565, 1600
responsabilidade fiscal · 37
Responsabilidade Fiscal · 1122, 1124, 1125, 1126,
1502, 1503, 1504
restituição · 216, 382, 1282, 1286, 1287
retroatividade · 214, 263, 268, 271, 282, 441, 513, 954,
1436
revogação · 181, 197, 222, 311, 328, 329, 399, 404,
473, 478, 724, 761, 763, 764, 833, 873, 893, 967,
987, 989, 1012, 1013, 1200, 1473
revolução · 64, 66, 163, 317, 586, 595, 1066, 1092,
1138, 1146, 1206, 1500, 1512
Roma · 235, 306, 510, 591, 592, 593, 1432, 1572, 1591
romana · 52, 593
romano · 306, 593, 594, 903, 926, 927
ROMANO · 223, 807, 920, 1615

S

salário-educação · 76, 79
sanção · 188, 189, 281, 313, 374, 404, 417, 435, 460,
467, 469, 544, 546, 687, 701, 709, 716, 719, 725,
732, 766, 790, 794, 817, 948, 982, 1035, 1041,
1104, 1304, 1320, 1346, 1488
sanção política · 815
sanções · 124, 189, 190, 194, 355, 371, 414, 416, 418,
432, 436, 440, 508, 514, 579, 987, 1052, 1429, 1437
sanções políticas · 477, 478, 1445
saúde · 79, 106, 108, 110, 125, 129, 130, 150, 151, 161,
178, 187, 189, 190, 191, 224, 225, 273, 325, 326,
358, 359, 364, 386, 552, 553, 563, 583, 599, 616,
623, 625, 627, 634, 665, 792, 868, 914, 994, 996,
1098, 1100, 1105, 1157, 1163, 1188, 1208, 1235,
1313, 1466, 1480, 1481, 1482, 1506, 1519, 1542
Secretaria da Receita Federal · 28, 468, 483, 636,
1057, 1189
segurança · 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44, 46, 57, 60,
75, 76, 77, 78, 101, 102, 103, 112, 113, 114, 116,
117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 127,
128, 129, 130, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141,
142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 153,
154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163,
164, 165, 166, 167, 168, 172, 179, 180, 181, 182,
192, 194, 201, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 216,
220, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 235, 236,
240, 247, 248, 257, 258, 259, 261, 262, 263, 264,
270, 272, 273, 274, 275, 276, 284, 287, 288, 290,

291, 295, 299, 300, 309, 311, 312, 313, 314, 315,
316, 329, 330, 334, 337, 338, 341, 342, 343, 345,
347, 348, 349, 361, 362, 363, 367, 373, 376, 384,
385, 390, 391, 392, 394, 397, 398, 405, 410, 433,
441, 459, 460, 461, 506, 507, 509, 510, 511, 513,
520, 530, 531, 532, 536, 543, 551, 567, 568, 569,
571, 574, 585, 638, 639, 644, 645, 646, 648, 649,
659, 705, 717, 745, 776, 784, 785, 786, 787, 795,
796, 798, 809, 815, 816, 817, 823, 827, 830, 831,
835, 836, 838, 839, 840, 853, 859, 860, 875, 888,
889, 891, 894, 895, 901, 905, 913, 927, 929, 941,
943, 948, 949, 955, 970, 971, 973, 977, 984, 986,
988, 989, 995, 1001, 1012, 1023, 1024, 1026, 1027,
1039, 1047, 1048, 1051, 1052, 1053, 1056, 1063,
1064, 1065, 1070, 1071, 1078, 1088, 1089, 1091,
1096, 1097, 1105, 1106, 1133, 1136, 1144, 1146,
1148, 1158, 1200, 1203, 1207, 1210, 1216, 1217,
1301, 1323, 1328, 1331, 1353, 1428, 1429, 1431,
1433, 1436, 1443, 1463, 1464, 1465, 1467, 1474,
1483, 1484, 1485, 1489, 1499, 1510, 1512, 1526,
1552, 1562, 1568, 1588, 1640
Segurança Jurídica · 215, 217, 241, 278, 338, 345, 923,
1133, 1618, 1634, 1639, 1640
seletividade · 376, 377, 387, 388
semântica · 1160
sem-terra · 1184, 1517
Senado · 54, 69, 70, 100, 101, 110, 117, 124, 137, 138,
140, 156, 174, 218, 238, 243, 313, 317, 321, 330,
370, 402, 403, 429, 430, 434, 438, 439, 463, 469,
535, 539, 548, 557, 560, 563, 569, 579, 592, 593,
641, 649, 651, 658, 660, 665, 688, 693, 694, 696,
698, 702, 704, 708, 725, 730, 737, 740, 769, 782,
788, 792, 826, 844, 854, 858, 863, 870, 937, 941,
993, 994, 998, 1000, 1010, 1011, 1019, 1037, 1043,
1052, 1073, 1080, 1121, 1127, 1130, 1131, 1142,
1200, 1249, 1273, 1275, 1276, 1295, 1297, 1301,
1303, 1310, 1311, 1312, 1313, 1314, 1327, 1351,
1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370, 1371, 1372,
1464, 1470, 1489, 1524, 1525, 1534, 1535, 1581,
1608, 1633, 1639, 1641
sentença · 99, 112, 127, 129, 130, 146, 183, 212, 218,
221, 270, 285, 286, 291, 292, 296, 397, 405, 431,
751, 752, 753, 754, 766, 802, 835, 841, 871, 917,
919, 921, 929, 1210, 1472
separação de Poderes · 305
separação dos Poderes · 70, 78, 121, 428, 548, 550,
931, 937
serviços · 49, 57, 62, 74, 75, 76, 97, 105, 106, 108, 115,
116, 152, 153, 188, 191, 206, 316, 318, 327, 328,



ÍNDICE GERAL



- 336, 339, 345, 352, 381, 382, 386, 428, 432, 433,
436, 440, 441, 531, 553, 569, 578, 579, 653, 668,
753, 770, 791, 793, 805, 808, 868, 874, 970, 993,
994, 995, 996, 1018, 1058, 1064, 1109, 1222, 1232,
1234, 1281, 1283, 1284, 1327, 1331, 1351, 1430,
1465, 1524, 1541, 1542
- setembro de 2.001 · 3, 605, 1374
- sigilo · 115, 116, 246, 251, 253, 254, 394, 397, 431,
697, 726, 863, 1016, 1017, 1018, 1273, 1297, 1470
- Sigilo bancário · 253
- silêncio · 179, 236, 313, 506, 525, 544, 545, 546, 547,
650, 656, 664, 725, 734, 852, 871, 891, 895, 898,
901, 910, 927, 931, 935, 936, 937, 940, 941, 942,
944, 945, 946, 947, 948, 950, 952, 953, 955, 957,
958, 960, 961, 968, 972, 1010, 1011, 1020, 1022,
1032, 1033, 1034, 1035, 1036, 1037, 1046, 1486,
1487, 1488, 1489
- silêncios · 36, 40, 897, 1023, 1025, 1483, 1484
- simulação · 464, 465, 466, 470, 473, 1106, 1531
- sistema · 32, 34, 35, 36, 39, 40, 59, 62, 66, 69, 71, 97,
102, 103, 105, 107, 112, 113, 124, 158, 163, 170,
190, 194, 200, 204, 209, 217, 226, 250, 251, 253,
254, 260, 264, 267, 274, 277, 311, 329, 352, 353,
357, 362, 367, 371, 372, 389, 403, 412, 418, 427,
428, 433, 460, 462, 466, 469, 470, 471, 473, 529,
538, 544, 548, 549, 552, 553, 557, 558, 559, 562,
565, 566, 570, 577, 578, 583, 585, 586, 593, 596,
631, 632, 633, 638, 642, 657, 664, 668, 670, 672,
673, 678, 682, 691, 695, 696, 699, 712, 713, 714,
715, 718, 720, 730, 742, 744, 751, 752, 753, 758,
759, 763, 777, 778, 781, 792, 796, 801, 804, 808,
822, 826, 838, 853, 854, 872, 874, 898, 899, 904,
905, 906, 907, 911, 918, 923, 924, 925, 927, 928,
929, 932, 938, 948, 952, 955, 963, 971, 972, 974,
976, 978, 979, 980, 983, 985, 993, 999, 1021, 1025,
1026, 1027, 1029, 1031, 1032, 1035, 1039, 1040,
1041, 1048, 1059, 1065, 1066, 1073, 1074, 1085,
1088, 1090, 1109, 1113, 1114, 1137, 1140, 1144,
1145, 1154, 1155, 1203, 1205, 1214, 1217, 1222,
1223, 1228, 1273, 1277, 1278, 1286, 1302, 1304,
1305, 1313, 1349, 1358, 1429, 1461, 1462, 1463,
1472, 1473, 1477, 1484, 1485, 1486, 1488, 1490,
1491, 1492, 1496, 1499, 1505, 1507, 1510, 1511,
1522, 1529, 1563, 1579, 1594, 1625, 1629, 1635
- sistema de cotas · 1165, 1376
- Sistema Financeiro Nacional · 1155, 1343
- Sistema Tributário Nacional · 41, 327, 756, 1067, 1222
- site · 213, 237, 299, 410, 413, 680, 1290, 1334
- soberania · 117, 120, 136, 151, 156, 163, 217, 532, 542,
549, 561, 572, 602, 747, 749, 804, 920, 921, 938,
1172, 1323, 1456
- sobretarifamento · 534
- socialismo · 531, 749
- sociedade · 35, 53, 68, 75, 77, 79, 113, 116, 117, 154,
161, 172, 183, 192, 208, 210, 218, 219, 229, 234,
237, 258, 267, 284, 296, 318, 320, 322, 348, 363,
371, 372, 391, 396, 426, 428, 431, 460, 462, 463,
516, 536, 563, 565, 581, 587, 589, 596, 597, 614,
616, 716, 746, 748, 750, 802, 850, 858, 896, 898,
914, 920, 946, 982, 1008, 1064, 1069, 1070, 1074,
1083, 1114, 1140, 1142, 1162, 1163, 1174, 1199,
1200, 1209, 1298, 1441, 1461, 1462, 1469, 1497,
1506
- Sócrates · 222, 226, 1611
- SÓCRATES · 175, 222, 226, 592, 602
- solidariedade* · 114, 256, 353, 388, 819, 822, 912,
1108, 1298
- solidário · 368
- solução ótima* · 450, 1442
- sonegação · 34, 253, 362, 363, 380, 382, 512, 1057,
1066, 1096, 1107, 1108, 1109, 1275, 1285, 1288,
1292, 1297, 1299, 1358, 1359, 1360, 1363, 1434,
1437, 1529, 1530
- sonegação fiscal · 465, 483, 491, 500, 1107, 1265, 1452
- sonegador · 1297
- subjetividade · 447, 1113
- subsidiária · 37, 381, 740, 916, 919, 926, 1030, 1485
- substituição tributária · 382, 1292, 1293, 1360, 1361,
1532
- Sudeste · 1204, 1298, 1362
- sujeito** · 54, 96, 100, 108, 215, 216, 261, 268, 336, 380,
381, 382, 392, 523, 565, 664, 891, 895, 942, 1095,
1281, 1282, 1288
- sujeito passivo · 215, 216, 261, 380, 381, 382, 895,
1288
- Sul · 54, 132, 190, 203, 222, 255, 297, 299, 304, 396,
618, 620, 774, 775, 795, 824, 939, 1014, 1077,
1099, 1163, 1170, 1174, 1175, 1180, 1184, 1204,
1223, 1298, 1362, 1588
- Súmula · 46, 128, 146, 259, 271, 288, 289, 311, 328,
332, 333, 344, 345, 398, 411, 569, 572, 815, 918,
919, 987, 988, 1030, 1042, 1077, 1343, 1492
- súmula vinculante* · 414, 415, 416, 417, 418, 514, 1437
- superávit primário · 1394
- Superior Tribunal de Justiça · 108, 121, 122, 128, 140,
142, 143, 144, 147, 175, 187, 190, 247, 259, 328,
394, 401, 415, 430, 432, 437, 439, 553, 580, 752,



ÍNDICE GERAL



- 755, 796, 824, 825, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 876, 907, 1002, 1061, 1062, 1076, 1077, 1085, 1355, 1475, 1641
- Supreme Court of the United States* · 447
- Supremo Tribunal Federal · 57, 96, 97, 98, 108, 117, 119, 121, 124, 125, 126, 127, 131, 133, 137, 138, 139, 140, 147, 148, 149, 157, 164, 165, 166, 174, 175, 183, 184, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 212, 218, 237, 252, 255, 256, 257, 259, 262, 263, 268, 271, 272, 274, 277, 279, 281, 282, 288, 289, 290, 293, 294, 295, 296, 298, 299, 303, 304, 305, 306, 308, 309, 311, 312, 328, 332, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 368, 400, 401, 402, 403, 404, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 425, 426, 428, 430, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 439, 440, 459, 463, 506, 508, 511, 531, 544, 545, 549, 550, 560, 561, 569, 570, 571, 572, 576, 581, 675, 692, 707, 711, 714, 726, 729, 741, 751, 756, 757, 765, 766, 769, 773, 777, 782, 794, 795, 796, 804, 805, 814, 815, 816, 817, 818, 823, 833, 838, 839, 841, 853, 856, 864, 867, 869, 875, 876, 896, 900, 903, 906, 907, 918, 919, 921, 922, 929, 938, 939, 945, 946, 947, 950, 951, 953, 954, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 987, 993, 998, 1002, 1004, 1005, 1006, 1007, 1010, 1013, 1014, 1015, 1028, 1030, 1035, 1036, 1038, 1044, 1045, 1047, 1062, 1064, 1077, 1080, 1099, 1100, 1101, 1103, 1107, 1113, 1114, 1115, 1116, 1142, 1148, 1223, 1282, 1287, 1290, 1292, 1301, 1302, 1304, 1307, 1308, 1313, 1314, 1315, 1316, 1317, 1318, 1339, 1342, 1343, 1344, 1347, 1349, 1350, 1355, 1357, 1358, 1433, 1466, 1469, 1474, 1475, 1485, 1486, 1489, 1493, 1494, 1520, 1522, 1523, 1527, 1529, 1554, 1560
- suspensão · 66, 115, 130, 306, 415, 432, 436, 638, 678, 724, 766, 773, 874, 1012, 1013, 1019, 1095, 1099, 1100, 1290
- suspensiva · 269, 762, 873, 1473
- T**
- tabelião · 382
- tarifa externa comum* · 1180
- taxa · 383, 384, 828, 1223, 1224
- taxas · 49, 319, 349, 1067, 1156, 1283
- taxas de juros · 1185, 1518
- teatrocracia · 602
- terceiro · 213, 259, 381, 397, 586, 744, 752, 807, 1007, 1045, 1056, 1062, 1223, 1282, 1287
- território* · 47, 156, 157, 288, 354, 429, 595, 770, 804, 1012, 1176, 1178, 1236, 1377, 1543
- tipicidade · 79, 379, 705, 990, 1608
- tipo* · 156, 157, 163, 196, 198, 267, 280, 283, 293, 347, 403, 404, 529, 532, 533, 586, 588, 596, 676, 688, 773, 829, 854, 857, 908, 926, 970, 990, 991, 992, 1017, 1042, 1053, 1059, 1069, 1070, 1102, 1172, 1298, 1304, 1318, 1329, 1346, 1362, 1492, 1510, 1520
- Todos com a nota* · 1264
- transcendência* · 448, 454, 483
- transferência · 100, 254, 353, 370, 373, 382, 424, 523, 569, 570, 664, 793, 828, 830, 831, 832, 900, 942, 1282, 1287, 1523
- trânsito em julgado · 126, 286, 291, 1069
- transmissão · 70, 75, 105, 106, 107, 202, 242, 327, 357, 382, 549, 1071, 1100, 1226, 1284
- tratado · 67, 148, 213, 249, 260, 300, 399, 402, 512, 598, 1012, 1117, 1157, 1435, 1595
- Tratado de Assunção · 1175, 1180, 1515
- Tratado de Montevidéu · 1175
- tratados · 192, 204, 205, 272, 336, 346, 770, 916, 1095, 1289
- Tratados internacionais · 1175
- Tribunais de Contas · 426, 578, 604, 1126, 1127, 1152, 1504
- tribunais regionais** · 132
- tribunais superiores** · 133, 134, 139, 411, 412, 426
- Tribunal · 57, 96, 97, 98, 99, 108, 114, 117, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 133, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 157, 164, 165, 166, 174, 175, 183, 184, 187, 190, 194, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 212, 218, 232, 237, 247, 252, 253, 255, 256, 257, 259, 262, 263, 264, 268, 271, 272, 274, 277, 279, 281, 282, 288, 289, 290, 293, 294, 295, 296, 298, 299, 300, 303, 304, 305, 306, 308, 309, 311, 312, 317, 328, 331, 332, 333, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 358, 368, 389, 394, 396, 397, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 424, 425, 426, 428, 429, 430, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 439, 440, 459, 461, 463, 506, 508, 511, 531, 533, 544, 545, 549, 553, 556, 557, 560, 561, 566, 569, 570, 571, 572, 575, 576, 579, 580, 581, 582, 615, 657, 669, 672, 674, 675, 679, 688, 692, 707, 711, 714, 726, 728, 729, 741, 742, 745, 751, 752, 755, 756, 757, 765, 766, 769, 773, 777, 778, 779, 782, 794, 795, 796, 804, 805, 814, 815, 816, 817, 818, 822, 823,



ÍNDICE GERAL



- 824, 825, 833, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 853, 856, 864, 867, 869, 875, 876, 893, 896, 900, 903, 906, 907, 918, 919, 921, 922, 929, 938, 939, 945, 946, 947, 949, 950, 951, 953, 954, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 987, 988, 993, 998, 1002, 1003, 1004, 1005, 1006, 1007, 1010, 1013, 1014, 1015, 1028, 1030, 1035, 1036, 1038, 1044, 1045, 1047, 1053, 1059, 1060, 1061, 1062, 1064, 1069, 1070, 1071, 1073, 1076, 1077, 1080, 1084, 1085, 1092, 1093, 1096, 1099, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104, 1106, 1107, 1111, 1113, 1114, 1115, 1116, 1142, 1146, 1148, 1158, 1223, 1228, 1263, 1282, 1287, 1290, 1292, 1301, 1302, 1304, 1305, 1307, 1308, 1313, 1314, 1315, 1316, 1317, 1318, 1334, 1338, 1339, 1342, 1343, 1344, 1347, 1349, 1350, 1354, 1355, 1357, 1358, 1433, 1466, 1469, 1474, 1475, 1485, 1486, 1489, 1493, 1494, 1520, 1522, 1523, 1527, 1529, 1554, 1560, 1565, 1589, 1605, 1622, 1631, 1633, 1636, 1637, 1639, 1641
- Tribunal Constitucional** · 6, 199, 232, 389, 673
- Tribunal de Contas** · 26, 125, 138, 262, 440, 557, 579, 580, 613, 657, 1062, 1071, 1125, 1151, 1334, 1503
- Tribunal Federal Constitucional** · 684, 685
- Tribunal Regional** · 127, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 253, 255, 259, 281, 304, 308, 309, 331, 332, 333, 396, 397, 402, 533, 581, 757, 844, 876, 949, 1002, 1053, 1059, 1060, 1061, 1064, 1069, 1073, 1084, 1085, 1092, 1093, 1096, 1099, 1101, 1102, 1104, 1106, 1111, 1146, 1158, 1636
- Tribunal Superior** · 108, 136, 137, 142, 148, 149, 419, 432, 435, 437, 445, 447, 454, 455, 1062, 1085
- tributar** · 240, 351, 1104, 1324, 1354
- tributária** · 38, 49, 51, 62, 79, 128, 133, 183, 186, 188, 202, 215, 240, 241, 242, 244, 264, 272, 279, 284, 293, 296, 298, 299, 301, 304, 305, 307, 308, 309, 313, 315, 329, 330, 348, 354, 361, 362, 363, 365, 374, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 511, 512, 513, 525, 532, 553, 569, 570, 657, 660, 689, 719, 721, 723, 741, 755, 756, 758, 770, 774, 775, 777, 778, 780, 793, 794, 795, 796, 816, 843, 845, 853, 856, 861, 866, 869, 894, 914, 990, 1004, 1013, 1015, 1047, 1065, 1073, 1095, 1103, 1323, 1324, 1331, 1332, 1334, 1335, 1336, 1342, 1344, 1353, 1356, 1357, 1429, 1433, 1434, 1437, 1466, 1467, 1497, 1507, 1509, 1521, 1526, 1527, 1528, 1529
- tributárias** · 42, 329, 332, 372, 648, 649, 659, 787, 840, 860, 991, 992, 1102, 1103, 1111, 1164, 1215, 1301, 1306, 1335, 1339, 1351, 1353, 1354, 1355, 1465, 1494, 1496, 1509, 1512, 1524, 1526, 1527, 1528
- tributário** · 36, 62, 66, 215, 240, 296, 330, 350, 352, 367, 372, 375, 380, 570, 753, 757, 758, 808, 856, 915, 987, 991, 999, 1057, 1065, 1109, 1137, 1154, 1214, 1331, 1334, 1339, 1354, 1355, 1417, 1435, 1467, 1469, 1473, 1489, 1491, 1495, 1496, 1498, 1505, 1510, 1526
- tributários** · 37, 41, 76, 128, 186, 215, 297, 365, 384, 388, 752, 755, 756, 871, 1110, 1341, 1472, 1526
- tributo** · 76, 97, 202, 237, 240, 241, 242, 252, 266, 296, 311, 312, 313, 314, 315, 328, 338, 354, 355, 360, 361, 367, 375, 380, 381, 382, 510, 511, 795, 815, 816, 834, 894, 914, 915, 1058, 1059, 1098, 1101, 1102, 1104, 1148, 1210, 1432, 1433, 1500
- tributos indiretos** · 1282, 1295
- tutela antecipada** · 129, 131, 132, 836, 1097, 1340
-
- ## U
- unânime** · 125, 139, 140, 141, 142, 146, 149, 199, 268, 298, 342, 343, 358, 450, 777, 945, 1115, 1442
- unanimidade** · 138, 143, 145, 246, 309, 332, 476, 576, 719, 752, 1072, 1114
- União** · 49, 50, 62, 68, 70, 74, 75, 78, 79, 98, 106, 108, 121, 124, 125, 127, 132, 138, 144, 146, 147, 153, 155, 157, 178, 188, 189, 201, 202, 218, 237, 238, 240, 241, 242, 261, 277, 286, 295, 296, 301, 314, 315, 330, 340, 350, 352, 354, 370, 374, 383, 386, 400, 405, 414, 415, 416, 417, 418, 424, 434, 438, 440, 441, 529, 538, 539, 542, 550, 555, 556, 557, 575, 579, 580, 600, 618, 632, 641, 642, 657, 675, 683, 705, 706, 723, 730, 735, 739, 756, 766, 770, 771, 775, 778, 783, 793, 794, 796, 805, 813, 824, 825, 834, 864, 941, 945, 946, 970, 993, 994, 995, 996, 997, 999, 1006, 1010, 1013, 1018, 1019, 1045, 1061, 1062, 1067, 1068, 1088, 1089, 1100, 1104, 1114, 1116, 1138, 1172, 1173, 1222, 1232, 1234, 1235, 1249, 1250, 1273, 1274, 1275, 1277, 1279, 1280, 1284, 1289, 1290, 1293, 1298, 1319, 1323, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1341, 1343, 1359, 1362, 1466, 1477, 1494, 1530, 1533, 1541, 1542
- União Européia** · 683, 1088, 1089, 1172
- União Federal** · 132, 238, 242, 330, 825, 1138, 1284, 1293, 1298, 1533
- uniformizar o direito** · 450, 1280, 1442
- urgência** · 36, 77, 98, 239, 240, 241, 242, 246, 307, 510, 525, 556, 570, 584, 639, 645, 646, 648, 650, 655, 656, 662, 670, 673, 693, 696, 698, 700, 704, 705, 706, 707, 709, 711, 713, 714, 717, 724, 725, 727,



ÍNDICE GERAL



728, 731, 732, 733, 734, 735, 738, 739, 740, 741,
742, 763, 768, 778, 782, 786, 787, 793, 797, 823,
840, 849, 853, 856, 857, 859, 860, 863, 864, 865,
867, 869, 870, 871, 875, 890, 895, 898, 901, 902,
922, 950, 954, 956, 957, 959, 961, 969, 971, 993,
994, 997, 998, 999, 1000, 1002, 1003, 1004, 1005,
1006, 1007, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013,
1015, 1016, 1017, 1019, 1020, 1021, 1023, 1036,
1037, 1043, 1044, 1045, 1046, 1048, 1065, 1080,
1081, 1113, 1142, 1309, 1310, 1311, 1312, 1316,
1317, 1318, 1329, 1349, 1350, 1352, 1353, 1432,
1464, 1465, 1466, 1471, 1474, 1483, 1488, 1493,
1494, 1523, 1524, 1525
utilitarismo · 610, 1458

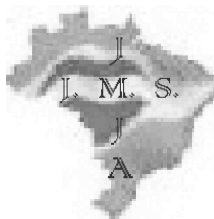
V

valor agregado · 51, 1175, 1267, 1296, 1512, 1513
valores · 34, 38, 40, 70, 98, 101, 105, 106, 107, 113,
121, 151, 163, 172, 181, 195, 199, 202, 206, 219,
220, 221, 230, 233, 242, 259, 273, 288, 324, 335,
347, 378, 379, 396, 509, 510, 527, 532, 549, 557,
579, 582, 660, 721, 796, 889, 892, 894, 896, 897,
898, 904, 905, 906, 920, 923, 924, 948, 952, 970,

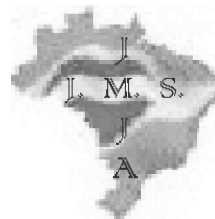
971, 982, 983, 984, 1006, 1023, 1024, 1027, 1035,
1041, 1045, 1058, 1074, 1075, 1079, 1080, 1088,
1099, 1100, 1101, 1102, 1111, 1112, 1140, 1144,
1155, 1157, 1158, 1170, 1203, 1204, 1206, 1207,
1214, 1215, 1216, 1217, 1306, 1314, 1323, 1354,
1431, 1483, 1484, 1485, 1488, 1492, 1494, 1497,
1507, 1510, 1511, 1512, 1526, 1590
vinculado · 121, 123, 183, 218, 221, 431, 728, 919, 929,
1273
vinculados · 122, 315, 402, 510
VOLTAIRE · 457, 1630
voto · 57, 59, 69, 70, 78, 109, 117, 138, 147, 149, 158,
169, 183, 184, 201, 212, 217, 278, 288, 315, 396,
414, 416, 419, 432, 436, 543, 548, 549, 557, 570,
576, 593, 603, 628, 641, 657, 658, 668, 681, 682,
689, 691, 697, 725, 731, 755, 791, 814, 816, 858,
929, 931, 937, 947, 951, 1055, 1100, 1114, 1115,
1315, 1338, 1354, 1462, 1464, 1527
vulnerabilidade externa · 1198

X

xenofobia · 606, 610, 1119, 1457, 1459



ÍNDICE GERAL





ÍNDICE GERAL



ÍNDICE GERAL

CITAÇÕES E ABREVIATURAS.....	3

INTRODUÇÃO GERAL	31

TÍTULO I - A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA – UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS	43
Noções Preliminares.....	44
Capítulo 1. O Brasil – Uma Breve Visão Histórica do Estado, das Constituições e dos Tributos	47
Capítulo 2. A Atual Realidade no Brasil e o Quadro das Emendas Constitucionais Brasileiras	96
Capítulo 3. A Constituição do Brasil de 1988 e o Termo Segurança	112
Capítulo 4. Princípio.....	169
4.1. O Que é um Princípio?	169
4.2. Princípios e Regras Constitucionais.....	181
4.3. Princípios e Hierarquia	192
4.4. Dirigismo Constitucional.....	207
Capítulo 5. Princípio da Segurança Jurídica	211
5.1. Parte Geral (Noções)	211
5.2. Valores e Expressões Objetivas.....	229
5.3. Parte Especial	234
5.3.1. Segurança Jurídica e Legalidade	234
5.3.1.1. Noções Introdutórias	234
5.3.1.2. Medidas Provisórias	239
5.3.1.3. Hierarquia entre Leis Ordinárias e Complementares. Análise e Jurisprudência	248
5.3.1.4. Ainda sobre a Importância da Lei.....	255
5.3.2. Segurança Jurídica e Irretroatividade	260
5.3.2.1. Noções Introdutórias	260
5.3.2.2. Leis Interpretativas	264
5.3.2.3. Ato Jurídico Perfeito e Direito Adquirido	267
5.3.2.4. Direito Adquirido Contra a Constituição.....	277
5.3.2.5. Cinco Questões Polêmicas	280
5.3.2.6. Coisa Julgada	285
5.3.2.7. Análise e Jurisprudência.....	293
5.3.3. Segurança Jurídica e Anterioridade	301
5.3.3.1. Noções Introdutórias	301
5.3.3.2. Anterioridade e Anualidade.....	311
5.3.3.3. Orçamento	317
5.3.3.3.1. Definição e Enunciação Histórica	317
5.3.3.3.2. O INSS do Brasil. Questões Práticas.....	323
5.3.3.4. Anterioridade e Isenções Tributárias	326
5.3.4. Segurança Jurídica e Isonomia	335
5.3.4.1. Noções Introdutórias	335
5.3.4.2. Critérios Relevantes	345
5.3.4.3. Segurança Jurídica. Igualdade e os seus Contraprincípios.....	376



ÍNDICE GERAL



5.3.4.3.1. Praticabilidade.....	376
5.3.4.3.2. Seletividade.....	386
5.3.5. Segurança Jurídica e Devido Processo Legal	389
5.3.5.1. Noções Introdutórias	390
5.3.5.2. Súmula com Efeito Vinculante no Brasil e Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias. Propostas	399
5.3.5.3. Controle Externo da Magistratura Brasileira. Propostas.....	424
5.3.5.4. Questão de Repercussão Geral. Propostas	444
5.3.6. Segurança Jurídica. Liberdade e Elisão	456
5.3.7. Segurança Jurídica. Lealdade e Transparência Democrática	474
5.3.8. Segurança Jurídica e o Direito Penal Tributário. Aspectos Atuais	489
Conclusões	506
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO.....	521
Noções Preliminares.....	522
Capítulo 6. Segurança Jurídica. Estado de Direito e Brasil.....	526
6.1.Noções Introdutórias.....	526
6.2. Segurança Jurídica. Estado de Direito e Sentido Histórico-Político	536
6.3. Estado de Direito e Classificação das Constituições.....	582
6.4. Estado de Direito e Organização de Poderes – uma Evolução Histórica	590
6.5. Estado de Direito, Democracia e Orçamento Participativos	613
Capítulo 7. Segurança Jurídica e Medidas Provisórias	638
7.1. As Medidas Provisórias e os Decretos-Leis nas Constituições do Brasil.....	638
7.2. As Medidas Provisórias na Constituição do Brasil de 1988	652
7.3. Direito Comparado e Projetos de Emenda que dizem respeito ao Art. 62, da Constituição do Brasil de 1988.....	667
7.4. Aspectos e Comentários mais Relevantes dos Projetos de Lei que dizem Respeito ao Art. 62, da Constituição do Brasil de 1988.....	702
7.5. Medidas Provisórias e Resoluções do Congresso Nacional. Aspectos Principais.....	729
7.6. Medidas Provisórias e Força de Lei.....	743
7.7. Medidas Provisórias. Estados, Distrito Federal, Municípios	768
7.8. Medidas Provisórias. Limites Materiais. Direito Tributário. Direito Penal	780
7.9. Responsabilidade do Estado pelos Prejuízos Causados por Medidas Provisórias.....	800
7.10. Planejamento Econômico. Segurança Jurídica. Medidas Provisórias	826
Conclusões	849
TÍTULO III - SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS CONSTITUCIONAIS. SILÊNCIO ELOQUENTE. CONCEITOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS INDETERMINADOS.....	886
Noções Preliminares.....	887
Capítulo 8. O Direito Brasileiro e as Lacunas.....	903
8.1. Previsibilidade Legislativa.....	903
8.2. Tudo o que Não Está Proibido, Está Permitido?.....	923
8.3. Lacunas Constitucionais	932
Capítulo 9. As Lacunas e o Silêncio Eloquente	941
9.1. Parte Geral	941
9.2. Silêncio Eloquente, Reedição e Prorrogação de Medida Provisória no Brasil. Trabalhos Legislativos	948
9.3. Reedição e Prorrogação de Medida Provisória, Princípios Jurídicos Implícitos e a Jurisprudência no Brasil	962
Capítulo 10. As Lacunas e os Conceitos Jurídicos Indeterminados	972



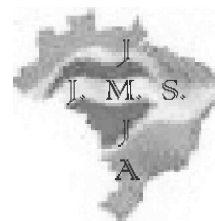
ÍNDICE GERAL



10.1. Parte Geral.....	972
10.2. Relevância e Urgência. Medida Provisória no Brasil. Doutrina e Jurisprudência.....	1001
10.3. Relevância e Urgência e os Trabalhos Legislativos.....	1008
Conclusões	1022
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À	
RESPONSABILIDADE FISCAL	1049
Noções Preliminares.....	1050
Capítulo 11. A Inflação Normativa e o Direito Brasileiro	1053
Capítulo 12. Segurança Jurídica. Codificação. Consolidação. Coleção. Refundição de Leis	1079
Capítulo 13. Algumas Consequências Práticas da Instabilidade do Direito Brasileiro	1094
Capítulo 14. A Inflação Normativa e o Princípio da Responsabilidade Fiscal.....	1121
Conclusões	1133
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS	
LEIS DESCARTÁVEIS NO BRASIL	1153
Noções Preliminares.....	1154
Capítulo 15. Globalização, Desenvolvimento e Segurança Jurídica	1164
Capítulo 16. Globalização, Ética e Segurança Jurídica.....	1199
Conclusões	1214
TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E	
OUTROS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS	1221
Noções Preliminares.....	1222
Capítulo 17. O Sistema Tributário e a Realidade Normativa - Quadros Estruturais do Direito Tributário no	
Brasil	1228
Capítulo 18. O Sistema Tributário e as Medidas Provisórias.....	1280
Capítulo 19. As Medidas Provisórias na Prática da Experiência Presidencialista Brasileira e outros Reflexos	
Tributários	1300
Conclusões	1345
TÍTULO VII – DE 2.001 EM DIANTE	1364
Noções Preliminares.....	1365
Capítulo 20. Disposições Gerais.....	1379
Capítulo 21. Disposições Tributárias.....	1388
Capítulo 22. Disposições Transitórias	1392
Conclusões	1414
TESES E CONCLUSÕES GERAIS	1416
TÍTULO I – A ATUAL CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - UMA VISÃO	
CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS.....	1420
TÍTULO II - SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO ESTADO DE DIREITO NO BRASIL E O MOVIMENTO DE	
IMPLANTAÇÃO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO	1456
TÍTULO III - SEGURANÇA JURÍDICA. LACUNAS. SILÊNCIO ELOQUENTE E CONCEITOS JURÍDICOS	
INDETERMINADOS.....	1483
TÍTULO IV - A INFLAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À	
RESPONSABILIDADE FISCAL	1495
TÍTULO V - O DESENVOLVIMENTO GLOBALIZADO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DAS	
LEIS DESCARTÁVEIS NO BRASIL	1505



ÍNDICE GERAL



TÍTULO VI - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA PRÁTICA DA EXPERIÊNCIA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRA E OUTROS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS	1520
TÍTULO VII – DE 2.001 EM DIANTE	1534
QUADRO SINÓPTICO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.....	1541
QUADRO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS EDITADAS E REEDITADAS POR GOVERNO	1545
PRINCIPAIS MUDANÇAS NA EDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS BRASILEIRAS	1546
PRINCIPAIS ASPECTOS DO ORÇAMENTO 2.002.....	1547
BIBLIOGRAFIA	1548
ANEXO - EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 32, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001	1643
ÍNDICE ONOMÁSTICO	1649

J.M.S. _____ J.M.J.A.