

Medidas Provisórias: como os Contribuintes deveriam enxergá-las

Gabriel Nogueira Dias

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da USP.

1. Constituições Liberais, o Problema da Necessidade e o seus Grandes Grupos Situacionais na Temática Estatal do Mundo Contemporâneo

Dentre os problemas que sempre acompanharam os teóricos de filosofia política ocidental, principalmente a partir do século XVIII com a sistematização das teorias constitucionais liberais modernas, destaca-se aquele de como abordar o dilema trazido por uma situação de *estado de necessidade*, ou seja, como garantir, *aos governantes*, por um lado, poderes excepcionais capazes de lidar com esta situação, e, de outro, *aos cidadãos*, a segurança de não verem, nestes momentos, transgredido o seu “conjunto de normas constitutivas e organizadoras dos elementos do Estado (o território, a população e o governo) ou seja, a própria constituição”.¹

Esta problemática envolve, de pronto, a imposição de identificar-se quais os *elementos* próprios à conceituação do fenômeno “*estado de necessidade*” e quais as *situações* que levam, comumente, ao seu aparecimento.

Quanto aos *elementos*, procurar-se-á aqui uma resposta a partir de uma análise ordinária da linguagem tentando-se identificar, na morfologia e no uso da palavra pelo sujeito falante, o seu correto significado.

O termo “*estado de necessidade*” apresenta-se como um termo composto, podendo ser desmembrado em seus dois vocábulos *estado* e *necessidade*. O primeiro não parece ensejar grandes dificuldades revelando, de pronto, a idéia de “situação em que se encontra algo”. Decisiva porém, a verificação do termo *necessidade*, do qual perceber-se-á que o seu uso, tanto na língua portuguesa quanto na língua inglesa (*necessity*), italiana (*necessità*) ou francesa (*nécessité*), dá-se a partir do sentido convencionado à palavra latina *necessarius* que, opondo-se por sua vez à palavra *voluntarius*, acaba por transmitir, a princípio, uma imagem de algo “forçoso, inevitável, urgente” ligando-se, por conseqüência, à idéia trazida no uso da expressão, também latina, *necessarius tempus*, que poderia ser traduzida por “circunstância crítica”.

Aprofundando a nossa análise, perceber-se-á que na língua alemã a palavra *necessidade* não tem sua raiz em algum vocábulo latino, pelo contrário, sua origem integral está no alto alemão médio² sendo traduzida pelo substantivo feminino composto *Notwendigkeit*. O correto desmembramento e análise desta revela-nos que o 2º vocábulo desse substantivo, a palavra *wendigkeit* (obrigatoriamente o 1º na ordem de análise das palavras alemãs compostas), tem a sua origem no verbo *wenden* que, primitivamente, era usada para represen-

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, p. 37, 1994.

² DUDEN, Herkunfts - Wörterbuch - *Etymologie*. vol. 7.

tar: “Quando os ventos viram para outra direção”. Logo depois surge a palavra *wendig* trazendo a idéia de mobilidade com rapidez, “algo que se deixa dirigir rapidamente”, e, finalmente, o substantivo *Wendigkeit*, usado para representar “a qualidade de ser dirigido”. De outro lado, *Not* substantivo feminino por origem, exercendo a função de partícula condicionadora no vocábulo em análise (“*Notwendigkeit*”), nas suas origens graficamente representada por *Note*, desde a sua aparição no alto alemão antigo significava “necessidade, emergência” com seu uso estando relacionado às situações de “miséria, grave crise econômica etc.”, chegando-se, portanto, à conclusão que *Notwendigkeit* é usada, precisamente, na representação de situações em que “se deve fazer, dirigir, ou mudar para uma certa direção, em virtude de uma situação de não normalidade (miséria, questão econômica etc.)”.

A partir desta breve análise, vê-se, portanto, que quanto aos elementos próprios à conceituação do *estado de necessidade*, sua significação e uso, seja ou não nas palavras de origem latina, fazem-nos perceber que ao menos dois elementos principais devem ser considerados: a *urgência*, no sentido de ter que praticar um ato com rapidez - imediatamente/no exato instante seguinte, e a *inevitabilidade* deste ato, pois não teria havido a possibilidade de sua previsão e regulação pelo ordenamento.

Destarte, estes dois elementos (*urgência* e *inevitabilidade*) põem a desnudo o aspecto da celeridade na tomada de decisão que tal situação deve gerar, concomitantemente à impossibilidade de se ter previsto uma *facti specie* e consequência normativa (não somente no sentido clássico de sanção como um mal) para tal fato.

Com relação pois à sua *ocorrência*, como meio de simplificar nossa exposição e tendo em vista não só o modelo liberal dos modelos dinâmicos de posituação), as situações que geram um ato a ser tomado com urgência em virtude de um fato não previsível podem ser agrupadas em dois grandes grupos: *beligerância* e *descompasso legislativo*.

No primeiro grupo encontrar-se-iam, essencialmente, as situações de guerra (civil ou externa) que acabam, invariavelmente, por criar ao Estado necessidades imprevisíveis envolvendo problemas de segurança, estado de sítio etc., que afetam, especialmente (se bem que não exclusivamente), a manutenção do elemento território do Estado.

Quanto ao segundo grande grupo dos chamados *estados de necessidade*, sua aparição ocorreria por um problema de descompasso entre o modelo clássico de divisão de poderes e a exigência de dinamismo do Estado no mundo Contemporâneo. Trata-se da necessidade de legislar que se impõe ao poder Executivo no trato da correção dos problemas que o modelo capitalista baseado tão-somente no mercado não se mostrou plenamente capaz de resolver (“exteriorizações, estruturas de poder desigual e distribuição injusta da riqueza”³).

³ REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica). *Revista de Direito Público* n° 94, p. 265.

A opção do Estado pós-2ª Guerra Mundial por um modelo jurídico dotado de uma função essencialmente finalística, isto é, de um “instrumento destinado a impor imperativos sociais e políticos sobre a economia privada”⁴ torna inevitável o enfraquecimento dos poderes Legislativo e Judiciário perante às novas características do poder Executivo que, colocando-se como poder planejador e decisório central, acaba por afetar a tripartição de poderes ou, melhor dizendo, o elemento governo do Estado.

Pois bem, como então estes *estados situacionais* de *beligerância* ou *descompasso legislativo* que geram a obrigatoriedade de implementação de soluções imediatamente após o seu aparecimento num movimento que mais parece se aproximar da famosa Lei de Newton “a toda ação tem-se obrigatoriamente uma reação contrária e na mesma proporção” seriam enfrentadas e, mais ainda, legitimadas perante o modelo jurídico adotado pelo Estado Moderno que exulta o princípio da legalidade e a segurança jurídica.

2. Justificando os “Atos do Soberano” perante a Necessidade (uma abordagem Zetética): Carl Schmitt (Teoria Decisionista) e Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito)

Filósofos da pedra angular, polemistas por excelência, talvez nenhum outro filósofo do Direito tenha se enveredado pelo campo da teoria do Estado no século XX de forma tão consistente e ao mesmo tempo gerando tão polêmica quanto o alemão *Carl Schmitt* e o vienense *Hans Kelsen*.

O primeiro deles, Carl Schmitt, de temperamento ideológico mas, não obstante, considerado pelo próprio Kelsen (segundo o seu ex-aluno Professor José Roberto Vernengo em conferência realizada no Colóquio Internacional : Direito Oficial, Contracultura e Semiótica do Direito realiza entre os dias 18.08 a 21.08 de 1997) como o mais inteligente adversário teórico, foi com certeza, depois de Hobbes, o autor que mais se preocupou em abordar as situações surgidas a partir do “estado de necessidade”. Seria contudo, imprestável do ponto de vista teórico, avaliar a contribuição da teoria decisionista de Carl Schmitt para o problema da justificação dos “atos do soberano” perante a situação de estado de necessidade sem antes, porém, serem estabelecidos ao menos alguns pontos conceituais básicos sob os quais se funda o seu pensamento. Precisamente, sem se ter ao menos uma breve noção do que Schmitt tem para si como Direito (conceito de Direito), modelo de Estado ou decisões do soberano como atos racionais, torna-se muito difícil compreender o valor da explicação desenvolvida pelo autor.

Quanto à visão de Schmitt sobre o conceito de Direito, deve-se esclarecer que, fundamentalmente, o autor pontua o seu discurso teórico em oposição à concepção de “pureza” tipicamente kelseniana.

Observa-se, ao longo de sua obra, a intransigência do jurista alemão quanto à delimitação restritiva do objeto de conhecimento jurídico como iso-

⁴ Idem, nota 3.

lado da realidade social. As concepções da teoria decisionista estão calcadas numa ordem jurídica derivada de um *comando do soberano* (sujeito que detém “o monopólio da decisão”) e, assim sendo, como bem observa o Professor Ari Marcelo Solon,⁵ “a concepção objetiva, impessoal e abstrata da norma jurídica, colocando no começo da ordem uma autoridade anônima e formalista, experimenta repulsa enérgica de Schmitt. *O direito só existe onde há decisão pessoal*”.

Esta perspectiva do objeto de conhecimento dos jurista que acaba por aproximá-lo da jurisprudência sociológica, torna-se ainda melhor compreendida a partir de sua visão do Estado e do entendimento da racionalidade usada pelo autor ao discutir as decisões do soberano.

O modelo de Estado schmittiano mostra-se extremamente resistente à tecnização e organicização do Estado, colocando-se para tanto, em linha de pensamento própria daquela encontrada nas obras escritas por Thomas Hobbes (séc. XVII)⁶ e, neste particular, em oposição a algumas constatações de Max Weber de quem o autor se dizia filho teórico. Em reação de antagonia ao positivismo jurídico, Schmitt prende-se a uma imagem do Estado fundada no elemento personalista do século das Luzes entendendo por sua vez (quanto ao problema da racionalidade), que a decisão do soberano recusa o “irracionalismo” (justamente do que era criticado pelos seus adversários) inclinando-se, pelo contrário, a uma decisão que só pode ser o retrato da deliberação de “homens políticos ativos”, isto é, homens detentores da capacidade de “decisão intelectual consciente”. O autor torna pois, coerente, a obrigatoriedade de ter-se que pressupor a noção do “político”⁷ como capacidade de determinar a distinção entre “amigo” e “inimigo”⁸ quando da visualização do Estado “como a unidade política de um povo”.⁹

Destarte, como de resto o faz o Professor A. M. Solon, pode-se afirmar que na visão do jurista alemão Carl Schmitt o “Estado, enquanto unidade substancialmente política, tem uma existência anterior à Constituição. A unidade política, por meio de uma decisão consciente, cria a constituição, que é apenas a decisão sobre a forma e o modo da unidade política”¹⁰ e, neste sentido, a Constituição positiva do Estado aparece como unidade política valendo, segundo Carl Schmitt,

“por virtude da vontade política existencial daquele que a cria. Toda espécie de normatividade jurídica, inclusive as normas constitucionais, pressupõe uma tal vontade como existente”.¹¹

⁵ SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*, p. 88.

⁶ Para Schmitt o autêntico inaugurador do “Siècle des lumières”.

⁷ SCHMITT, Carl. *Le categorie del politico: Saggi di teoria politica* a cura di Gianfranco Miglio & P. Schiera. Bologna : Il Mulino, 1972.

⁸ Para um maior aprofundamento da distinção entre “amigo” e “inimigo”, idem 5, p. 91.

⁹ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*, Madrid : Alianza Editorial, 1982, p. 29.

¹⁰ Idem nota 8.

¹¹ SCHMITT, Carl.

Em sendo assim, apoiando-se em categorias não normativas no sentido positivista de Kelsen (*vontade, decisão política*), quanto ao problema da excepcionalidade e de sua justificação, Schmitt parece não encontrar problemas ao justificar, por exemplo, os atos decorrentes do art. 48 da Constituição de Weimar que dispunha:

“Art. 48. O presidente do Reich pode, quando a segurança pública e a ordem estiverem gravemente perturbadas e ameaçadas, adotar as medidas que julgar adequadas para o restabelecimento da segurança e da ordem pública (...) Para este fim, poderá, provisoriamente suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais contidos nos artigos (...) da Constituição”.

Desta maneira, a *faculdade* excepcional atribuída ao Presidente para adotar *medidas* é interpretada como autorização para *quebrar* prescrições legais em casos particulares, que, entretanto, permanecem válidas. Já a *autorização* para suspender alguns direitos fundamentais não se comportaria como uma quebra do direito constitucional, mas apenas cessação, temporária, da validade de suas prescrições.

O segundo autor em análise, Hans Kelsen, ao abordar o problema, prefere oferecer uma resposta que se trilha por uma outra direção. Do ponto de vista estritamente teórico, o gênio vienense vai buscar os pressupostos do seu pensamento em fontes neo-kantianas ou, talvez mais precisamente dizendo, em fontes kantianas.

Estabelecendo como imprescindível ao conhecimento do Direito a correta delimitação de seu campo de estudo, Kelsen esforça-se para propor uma teoria convincente que pudesse afastar todo e qualquer elemento não-normativo do estudo científico do Direito.

Neste labor, o autor, em realidade, está lançando as bases para o combate de duas linhas de pensamento jurídico que até aquele momento, segundo a sua visão histórica da Ciência do Direito, haviam dominado o pensamento filosófico do Direito na tradição Ocidental, levando-o por conseqüência a desastrosas confusões, quais sejam, a de colocar o estudo do Direito de maneira intimamente ligada à Moral (teoria do direito natural) e a apresentação do Direito como inseparável do mundo dos fatos ou natureza (teoria empírico-positivista).

“*Die Reinheit der Lehre* oder - was gleichbedeutend ist - die Selbständigkeit des Recthes *als eines Gegenstandes wissenschaftlicher Erkenntnis* bin ich schon in meiner Erstlingsarbeit bemüht, *nach zwei Richtungen* hin sicher zu stellen. Einmal *gegen* die Ansprüche einer sogenannten “*soziologischen*” *Betrachtung, die sich des Rechtes wie eines Stückes naturgegebener Wirklichkeit nach kausalwissenschaftlicher Methode Bemächtigen will.* Dann aber *gegen die Naturrechtslehre*, die - weil sie die ausschliesslich und allein im positiven Recht gegebene Beziehungsgrundlage igno-

riert - *die Rechtstheorie aus dem Bereiche positiver Rechtssätze in den ethisch-politischer Postulate zieht*".¹²⁻¹³

A Reine Rechtslehre, posta-se como uma tentativa de separação entre norma e fato (*tese normativista*) e a separação entre o Direito (como norma no sentido kelseniano) e a Moral (*tese da separabilidade*)¹⁴.

Assim, a identificação kelseniana do Estado com o próprio ordenamento jurídico, apresentando-o ademais como um mero instrumento do pensamento jurídico para denotar complexas relações normativas (Estado como uma palavra sem significado semântico¹⁵) mostra-se apenas como uma consequência coerente dos pontos de partida do autor.

Neste sentido, na linha de raciocínio do próprio Kelsen, não pode haver qualquer importância em se perguntar *por um* ou *qual* "indivíduo" haveria de ter posto e dado um sentido objetivo às prescrições pois, o que realmente teria relevância, seria o fato de se perguntar quais condutas podem ser interpretadas como dotadas de validade (aqui no sentido de *pertinência*, ou seja, *norma jurídica* - posta por autoridade competente - *elemento do repertório do ordenamento jurídico kelseniano*) constituindo atos do Estado.

"If we say that the State creates or enforces the law, the state is presented as an acting person (teoria empírico-sociológica). But the state can act only through individual human beings. When may an act, performed by an human being, be constructed as an act of state? The problem of the state is essentially a problem of imputation (adoção de uma análise puramente normativa, longe da teoria do direito natural)" ... "That the state creates law means that human beings in their capacity as organs of the state create the law; and that means that they create law in conformity with legal norms regulating the creation of law. That the state enforces law means that a human being acting as organ of the state execute a sanction provided for *by the law*".¹⁶

Percebe-se portanto, que os atos ou decisões postas nas situações de necessidade devem ser abordadas, segundo o positivismo kelseniano, a partir da existência ou não de norma superior conferindo competência a algum órgão (no caso delimitado pela norma jurídica como um órgão estatal) para do-

¹² KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre - Vorrede zur zweiten Auflage*, p. V (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923, repr. Aalen: Scientia, 1960).

¹³ "Purity of the theory ... is to be secured in two directions. It is to be secured against the claims of a so-called 'sociological' point of view, which uses the methods of the casual sciences to appropriate the law as a part of nature. And the purity of the theory is to be secured against the claims of the natural law theory, which...takes legal theory out of the realm of positive legal norms and into the realm of ethico-political postulates" (tradução livre do Professor Stanley L. Paulson *Introduction to the problems of legal theory* (Hans Kelsen) - Claredon Paperbacks, 1997).

¹⁴ Para uma abordagem muito mais aprofundada do problema, ver: Paulson, Stanley L. *On Kelsen's place in jurisprudence; Introduction to the problems of legal theory* (Hans Kelsen) - Claredon Paperbacks, 1997. E mais, Paulson L. Stanley, Kelsen's legal theory: the final round, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, nº 2 (1992).

¹⁵ Toma-se aqui uma linguagem usada por Alf Ross no seu *Sobre el Derecho e la Justicia*, quando do tratamento da noção de direito subjetivo.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. 1960, p. 292. Trad. por Stanley L. Paulson e Bonnie L. Paulson, Califórnia, 1962.

tar um ato seu de vontade de sentido objetivo, transformando-o assim, em norma jurídica válida, tanto no sentido de pertinência ao ordenamento, quanto em relação à sua estrutura (existência de sanção). Como apregoa o jurista vienezense, existiria uma incapacidade instrumental de se positivar todos os comportamentos e situações, mas não uma impossibilidade material desde que haja a previsão dos procedimentos e órgão competente à positivação.

Isto posto, ao serem avaliadas as teses desenvolvidas pelos dois grandes juristas de língua alemã, notar-se-á que as mesmas encontram-se em franca rota de colisão o que, por um lado, explica-se pelos pontos de partida conceituais adotados por cada um e, de outro, serve ao objetivo deste tópico, qual seja, o de apresentar duas explicações zetéticas (abertas, em contraposição às explicações dogmáticas¹⁷) sobre o problema da justificação das medidas *urgentes* e *inevitáveis* perante a ordem jurídico-constitucional adotada por aquele Estado (mais precisamente pelo Poder Executivo) nas ocasiões de *beligerância* ou *descompasso legislativo*.

Mas se as exposições dos dois juristas oferecem ao leitor o benefício, cada dia mais escasso, da especulação filosófica, doutro mirante, obrigatório se faz procurar apresentar-lhe também o relevante aspecto dogmático do problema sem o qual as explicações a muitos parecem sem sentido prático.

Restaria portanto, analisar como foi trilhada a inserção de instrumentos legislativos capazes de lidar com o problema das situações de necessidade? E, de interesse ainda maior, como este movimento ocorreu dentro da temática do Direito constitucional positivo brasileiro? Neste sentido que se procurará trabalhar a partir de agora.

3. Uma Análise da Abordagem Dogmática do Problema

O positivismo legalista próprio da virada deste século, representando uma evolução teórica que, sob certo ponto de vista, já trazia ao menos descompasso legislativo,¹⁸ se deslocasse de uma discussão sobre os limites dos poderes do déspota, para uma análise sobre o uso dos instrumentos jurídico-dogmáticos que foram criados e introduzidos nas constituições dando poderes excepcionais aos, agora em sua grande maioria, chefes de Estado no sentido republicano.

Como perceber-se-á ao longo deste trabalho, em realidade, tomando-se por base uma explicação política para o problema, a situação não mudou tanto e neste sentido, a importância da teoria decisionista de Carl Schmitt. Entretanto, também é inegável que, sob o ponto de vista dos elementos argumentativos que hoje são colocados em evidência para a discussão da validade dos atos tomados pelo representante do Poder Executivo quando dos momentos com as características da *urgência* e da *inevitabilidade*, passou-se de um tra-

¹⁷ Para uma abordagem melhor desenvolvida sobre esta questão, ver, Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., pp. 38/41.

¹⁸ Ver item 2 deste trabalho.

balho restrito à análise dos limites impostos pelos preceitos constitucionais para as decisões do soberano (Montesquieu) a uma discussão da legalidade na instituição destas medidas, agora previstas no capítulo da Legislação ou do Poder Executivo das constituições republicanas.¹⁹

O que passa, pois, a importar, neste momento, é a análise do cumprimento, por parte do legitimado a tais atos, dos requisitos pré-ordenados pela constituição para a adoção das chamadas medidas de caráter extraordinário. Sendo sucinto, passa-se de uma discussão que girava em torno da relação *soberano-constituição* para uma discussão da relação *legalidade-constituição*.

Isto se torna cada vez mais evidente a partir da criação dos instrumentos dogmáticos chamados decretos-leis e, sua evolução mais moderna, as medidas provisórias. A teoria dogmática do Direito, apegando-se ao modelo dinâmico dos sistemas legislativos, ao positivizar instrumentos de mudança para as situações de evidente necessidade exige que todas as análises sobre a validade destas medidas estejam voltadas ao cumprimento ou não dos pressupostos para a sua adoção previstos no ordenamento constitucional.

Neste particular, quanto aos pressupostos de adoção e, por decorrência quanto aos elementos estruturais contidos neste tipo de norma jurídica, torna-se importante apreendê-los tendo por supedâneo uma visão de sua ocorrência no direito constitucional positivo brasileiro republicano. Ressalve-se porém, que nem sempre tais instrumentos (decretos-lei e medidas provisórias) serão encontrados dentro de uma coerência, juridicamente esperável, entre função e uso.

Nesta análise, abordar-se-á aqui, primeiramente, o decreto-lei, indispensável para que se possa entender a nossa atual medida provisória. Sua abordagem será feita, do ponto de vista de seu aparecimento histórico, no item 3.2, e, quanto à sua constitucionalidade no trato das questões tributárias, no item 4.

3.1. Decreto-lei no Direito Constitucional brasileiro: um primeiro passo às medidas provisórias

Aludidos pelo ilustre Pontes de Miranda nos seus comentários à Constituição Federal de 1946²⁰ como *decretos de necessidade* “próprios dos Estados fascistas, de que tivemos o exemplo no Brasil de 1937-46”, o instrumento dogmático primeiramente usado no Brasil para lidar com os *estados de necessidade* foi o Decreto-lei. As Constituições de 1891, 1934 e 1946 não previam este instrumento, mas a Constituição de 1937, reflexo das ideologias do pós-guerra de 1918 sendo alterada nada menos do que 21 vezes ao longo de sua breve existência, já trazia-o consigo.

Na sua análise, importância maior será dada aqui ao período compreendido entre as constituições de 67 e 88. Período-sede do movimento de apa-

¹⁹ Como exemplo o art. 62 da CF do Brasil de 1988.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, tomo II, Cap. II, 1960, pp. 372 a 375.

relhecimento estatal com instrumentos de coerção organizada, este espaço de tempo em que vigorou o autoritarismo burocrático é o berço da tecnocracia brasileira criadora não só do *decreto-lei* mas também donde veio a parte da inspiração para a atual *medida provisória*, pois não se pode olvidar de que justamente na figura do decreto-lei previsto no art. 58 da CF de 1967 e, principalmente, na Emenda nº 1, de 1969 (art. 55), nas palavras de José Afonso da Silva, “tecnicamente uma nova constituição”,²¹ que o atual instituto da medida provisória vai buscar o seu antecedente imediato²² e, além da legislação italiana (que funcionou mais como modelo teórico como se verá), a sua influência direta.

O art. 58 da CF de 1967 dizia:

“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 dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.

A CF de 69, mantém o *caput*, mas aduz uma modificação no inciso II, um terceiro inciso e um segundo outro parágrafo. Dessa forma o texto constitucional assim passa a vaticinar:

II - ... criação, inclusive normas tributárias; e

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Parágrafo segundo. A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

O primeiro ponto a se ressaltar na figura do decreto-lei, tanto na CF de 67 quanto na CF de 69, é a questão da “urgência” ou “interesse público relevante”. Sem entrar no mérito interpretativo destes vocábulos (o que será feito no tópico 4 deste trabalho) percebe-se que estes dois elementos, vistos sob as condições históricas vividas pelo país quando da sua previsão constitucional e em conjunto com o trecho que dizia “se, ..., não houver deliberação (do Congresso Nacional) o texto será tido como aprovado”, equivaliam a entregar um poder discricionário à figura do presidente (ou, mais especificamente no nosso caso, ao ditador) da República, com certeza um dos objetivos políticos que cercavam essa redação.

Um segundo ponto, a questão da eficácia da rejeição do decreto-lei por ato do Congresso Nacional, parece revelar um conflito entre o disposto nos dois artigos que versaram sobre o decreto-lei. Enquanto da leitura do texto legal

²¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed., São Paulo : Malheiros, 1995.

²² Neste particular, ver, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *As Medidas Provisórias com força de Lei*, p. 87, IOB 1ª quinzena de março de 1989, nº 5/89.

da CF de 67 torna-se obrigatório inferir, através de uma interpretação restritiva do preceito constitucional, que a desconstituição têm eficácia *ex tunc*²³ pois, o artigo apenas preceitua que “publicado o texto terá vigência imediata” não sendo feita qualquer outra referência sobre como se deveria entender o problema da eficácia destes decretos quando de um ato de rejeição congressional, da CF de 69, diferentemente, de acordo com o § 2º do art. 55 (“A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência”), parece não ser possível apresentar outra interpretação que a da eficácia *ex nunc* para os atos do Congresso que “ousassem” rejeitar um decreto-lei.²⁴

Em terceiro lugar e como ponto mais importante da figura do decreto-lei porém, surge a questão da delimitação da matéria. Não resta dúvida pelo exposto até aqui que o decreto-lei, assim como a medida provisória, só pode ser enxergado a partir da tônica da excepcionalidade e, em assim sendo, teoricamente, teria andado bem o legislador constitucional de 1967 e 1969 em delimitar a edição de decretos-lei a apenas um leque restrito de possibilidades materiais.

Ocorre no entanto que, especificamente no caso do decreto-lei, como já era de se esperar, a toque de um fortalecimento do Poder Executivo ocorrido não só por força de um autoritarismo interno mas, a bem da verdade, também pela mudança mundial do papel do Estado na imposição de políticas públicas, os conceitos de *segurança nacional*, *finanças públicas*, e um pouco mais tarde, *criação de cargos públicos e fixação de vencimentos* (inciso III do art. 55 da CF de 69), acabaram por ser interpretados de maneira extremamente abrangente, fazendo com que praticamente todas as vontades do poder Executivo pudessem ser satisfeitas, juridicamente falando, através de um decreto-lei, esquecendo-se assim, quase que totalmente, de seu caráter de instrumento criado pela dogmática para lidar com as situações excepcionais surgidas a partir dos *estados de necessidade*.

Percebe-se pois, que o decreto-lei caminhou de instrumento teoricamente excepcional para mero bonifrate na mão de uma burocracia autoritária. Destarte, viabilizou movimentos prescritivos que, embora inconstitucionais²⁵ e fugindo a todo e qualquer arcabouço criado pelo pensamento dogmático para lidar com as situações surgidas a partir do estado de necessidade, acabaram impondo-se pela via da força.

Mas e a Medida Provisória, como surgiu na CF de 1988? Qual o modelo teórico em que se inspirou? Quais as suas influências determinantes? E mais, estaria a mesma cumprindo o seu papel de instrumento dogmático criado para atuar em situações excepcionais motivadas por um *estado de necessidade* gerado por *beligerância* ou, mais do que nunca nos dias de hoje, *por um descompasso*

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo II, Cap. III, 1967, pp. 156 a 158.

²⁴ Idem nota 21.

²⁵ Decisão do STF declarando nulidade de decreto-lei que não respeitava os elementos previstos na constituição para o seu cabimento. FERREIRA FILHO, M. G., *Do Processo Legislativo*. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 251.

legislativo? E quanto aos aspectos pertinentes ao direito tributário, como ficaria a questão da segurança do contribuinte e o princípio da legalidade dentro deste quadro situacional?

Estas questões serão abordadas com mais profundidade nos itens que se seguem.

3.2. *Medida provisória e a sua introdução no Direito Constitucional brasileiro*

As medidas provisórias não são um privilégio brasileiro. Inspiradas, ao menos quanto ao seu arcabouço teórico, no art. 77 da Constituição Italiana que dispunha na sua parte inicial que,

“Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, *provvedimenti provvisori* com forza di legge ...”.

ocorre porém, que a sua introdução na CF de 1988 deu-se de maneira bastante estranha. Sua previsão não constava como objeto do Poder Legislativo no projeto da nossa Carta Magna, evidentemente porque sua formação não se dá pelo processo legislativo, até menos de um mês antes de sua promulgação²⁶ (5.10.88). Como um passe de mágica ela aparece neste Capítulo primeiro do Título IV, mais precisamente na Subseção III, da Constituição Federal de 1988.

Este, no entanto, parece ser o menor dos seus erros pois, a bem da verdade as medidas provisórias sofreram uma total descaracterização quanto ao modelo em que foram inspiradas tendendo muito mais para um decreto-lei sem uma delimitação da matéria, o que conforme seja usada pode aumentar ainda mais os poderes do presidente da República, do que para o instrumento dogmático criado pelo direito italiano para as situações geradas por um *estado de necessidade*.

A verdade é que na sua origem os “*provvedimenti provvisori*” foram inseridos na constituição italiana dentro de um ambiente de rígido controle parlamentar possível apenas pelo fato de que na Itália optou-se por um fortalecimento do Poder Legislativo, ocorrido tão-somente pela via da adoção de um sistema parlamentarista de governo. A sua inspiração doutrinária estava na Lei nº100, de 31.1.26 (Lei Rocco), que já procurara delimitar e precisar quando seria possível a emanção dos, àquela época, *decreti-legge*. Como escreveria, tempos depois de sua adoção, o constitucionalista italiano Pietro Virga a Constituição italiana se inspirou substancialmente na disciplina da Lei Rocco, introduzindo todavia ulteriores limitações.²⁷

O Brasil, doutro lado, parece não ter seguido a mesma linha de evolução. Em que pese o país também já contar com um histórico de uma malfadada deturpação do decreto-lei pelo regime autoritário, a adoção das medidas provisórias não teve uma correspondência no âmbito do fortalecimento do Poder Legislativo.

²⁶ Idem nota 1, p. 452.

²⁷ VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*, 1975, p. 303.

As medidas provisórias foram sim uma encomenda para um regime parlamentarista²⁸ e, efetivamente, pode-se dizer que a figuração do Estado brasileiro está modelada em uma estrutura parlamentarista. Entretanto, no plano da eficácia esta figuração do Estado brasileiro não gozou de uma resposta positiva criando um descompasso entre a intenção do constituinte, o modelo idealizado e o modelo plasmado pelo plenário, com diretrizes políticas diversas.²⁹

Assim sendo, todas as garantias de controle que seriam e são exercidas rigidamente pelo parlamento italiano têm sua aplicação tolhida no Brasil, tendo-se a impressão de que o legislador constitucional gostou da planta, comprou, plantou, regou, mas esqueceu de comprar a tesoura de poda, estando aí, com certeza, o início dos problemas atuais. Mais uma vez, o país coloca-se defronte a uma importação jurídica de conseqüências ainda um tanto sombrias. Abordar-se-á a partir de agora, a interpretação do art. 62 tentando mostrar qual deveria ser a circunscrição de sua validade.

4 - Edição de Medidas Provisórias, o Problema do seu Uso Inconstitucional e o Direito Tributário Brasileiro

“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 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*” (grifo nosso).

A interpretação integral do art. 62 será aqui feita de maneira invertida, isto é, examinar-se-á primeiramente o problema da perda da eficácia da medida provisória, contida no parágrafo único do artigo, para então adentrar-se na exploração do sentido a ser dado aos outros elementos que motivam a possibilidade de edição de uma Medida Provisória pelo Presidente da República, notadamente a questão da *urgência* e do *interesse público*.

Assim, com relação à análise da perda da eficácia da medida provisória, pode-se dizer, preliminarmente que, o art. 62 da CF/88 retoma alguns pontos do antigo art. 58 que instituía o decreto-lei na CF/67, distanciando-se radicalmente, ao menos nesse ponto, do disposto no art. 55, que por sua vez, previa-o na CF de 1969.

Neste particular, salta aos olhos o fato de a CF/88 adotar o mesmo critério de ineficácia *ex tunc* utilizado pela Constituição brasileira de 1967, critério, como se viu no item 3.2 do trabalho, repellido explicitamente pelo parágrafo 2º da CF/69. A diferença que se coloca, entretanto, entre a Constituição

²⁸ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Medida Provisórias no Direito Brasileiro e no Direito Tributário Brasileiro, BDA nº 10/90, 1990, pp. 540/545.

²⁹ MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à CF de 88*, vol. 4, tomo I, São Paulo : Saraiva, 1995, p. 427.

de 88 e a de 1967 é o fato de enquanto nessa a ineficácia *ex tunc* aparece como consequência de uma interpretação restritiva do parágrafo único do artigo 58³⁰, aquela deixa esta conclusão explícita pela adoção da expressão “*As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a adoção...*”, prevista no início do parágrafo único do artigo 62.

Outros aspectos do parágrafo único devem ser analisados, mas tendo como auxílio o texto constitucional na sua integralidade dada pelo art. de 62 da CF/88.

Primeiro, quanto a combinação das expressões “convertidas em lei” do parágrafo único, e “com força de lei” encetada pelo *caput* do art. 62. As medidas provisórias recuperam uma linguagem usada pelo art. 58 da CF/67 colocando-se dentro de um grupo de normas que, apenas inicialmente, tem uma eficácia de lei.³¹

Neste sentido, é preciso ser entendida a dualidade do termo eficácia.³²

Um primeiro sentido prende-se à possibilidade de eficácia por existência das condições fáticas exigíveis para a sua observância. Aqui fica claro que se pode ter uma norma e, no caso uma medida provisória, que não encontra no mundo real condições para a produção de efeitos. Pode-se pensar, por exemplo, em uma medida provisória editada pelo Presidente da República que, ao vislumbrar uma *situação de beligerância* contra uma nação que tem por especialidade o uso de armas químicas, torna obrigatório o uso de máscaras de gás, que por outro lado não são fabricadas em larga escala no país. Ter-se-ia aqui um claro problema de *eficácia social* por falta dos elementos dos requisitos de fato para a produção de efeitos.

Um segundo aspecto do termo volta-se para o que seria a eficácia num sentido técnico, ou melhor dizendo, a presença ou não dos requisitos técnico-normativos exigíveis para a sua produção de efeitos. Ligando-se à uma relação sintática norma/norma, deve-se ter aqui a idéia de que, não havendo dúvidas quanto ao fato de que cada norma tem uma determinada *função efical* (bloquear condutas indesejáveis, impor a realização de um determinado objetivo ou assegurar uma conduta desejada), e sendo de fácil percepção que as normas, na maior parte das vezes têm apenas uma destas funções ligando-se, por consequência, a outras para aquisição da *eficácia*, não seria raro encontrar uma medida provisória que se apoiasse em uma outra norma jurídica por impossibilidade de alcançar uma eficácia plena por si. Desta forma percebe-se que a exigência deste enlace com outra norma pode comprometer a eficácia da medida provisória num sentido técnico-normativo.

Por outro lado surge o problema de como deverão ser disciplinadas as relações que alcançaram a produção de determinados efeitos.

Retomando o disposto no parágrafo único:

³⁰ Idem nota 22.

³¹ ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. de Maria Helena Diniz, São Paulo : RT, 1977, p. 349.

³² FERRAZ JÚNIOR, Tercio S. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo : Atlas, 1994, pp. 196/202.

“*Parágrafo único.* As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, *devendo o Congresso disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes*” (grifo nosso).

Antes de mais nada, mister se faz uma diferenciação importante entre período de *vigência* e *vigor* da medida provisória. A *vigência* é uma característica ligada tão-somente à temporalidade, exigindo para tanto a publicação. Quanto ao *vigor*,³³ versa sobre o poder de império de uma norma jurídica, ou seja, à sua força vinculante.

Assim, quando o parágrafo único delimitou a *vigência* da medida provisória tendo inclusive, como visto, previsto uma perda de eficácia *ex tunc* para estas e, no mesmo texto legal estabeleceu também, como função do Congresso Nacional, a disciplinação das relações jurídicas decorrentes dessa determinada medida provisória, não fez mais nada do que reconhecer que a perda da eficácia desta medida provisória não obsta a continuação de sua imperatividade, do seu *vigor*, às relações jurídicas que tiverem ocorrido por força de sua edição.

Neste particular, surge uma questão à qual não parece ter sido dada ainda a devida importância, qual seja, o problema da possibilidade de reparação.³⁴

O parágrafo único do art. 62, ao impor que o Congresso Nacional deverá “disciplinar as relações jurídicas delas (medidas provisórias) decorrentes” e inovar com relação ao que previa o legislador constitucional nos arts. 58 (CF/67) e 55 (CF/69) para o decreto-lei que os transformava automaticamente em lei se não analisados pelo Congresso, fez com que, à luz do disposto constitucional do art. 37, em seus §§ 5º e 6º, se tornasse perfeitamente factível a possibilidade de se entrar com uma ação de reparação perante o responsável do Poder Público quando do surgimento de danos ocorridos pela edição de uma medida provisória que expirou o seu prazo de vigência ou foi rejeitada pelo Congresso Nacional, não se tornando assim, uma lei.

Ao atentarmos para o fato de que o art. 62, outra vez em dissonância com a herança deixada pelo decreto-lei, não delimitou sobre quais matérias as medidas provisórias poderiam versar, este problema se torna ainda mais agudo haja vista, por exemplo, a MP 449/94, que ao arrepio das garantias individuais dispostas pelo art. 5º em seus incs. LIV, LV e LVII, matérias que protegem um bem maior do cidadão sendo impassíveis de serem objeto de medida provisória, permitia a prisão civil sem o devido processo legal.

Isto posto, parece que a única forma de evitar todos esses problemas é tentar esclarecer quando, de fato, haveria a possibilidade de edição de uma medida provisória pelo Presidente da República. Torna-se portanto, para que todos estes problemas sejam dirimidos profilaticamente, necessário enfrentar o complicado tema dos critérios para a adoção de medidas provisórias. Está-se falando aqui não de outra coisa que sobre a existência ou não da *urgência* e

³³ Idem nota 31.

³⁴ Idem nota 28, pp. 431/433.

da *relevância*, a serem analisados sob o ponto de vista do problema da excepcionalidade, ou seja, da questão do estado de necessidade.

Neste mister, torna-se obrigatório a retomada de alguns conceitos explicitados no item número 1 deste trabalho.

Os estados de necessidade, de acordo com a abordagem inicial deste trabalho, apresentam-se, fundamentalmente, em duas grandes situações: as *situações de beligerância* que versam, essencialmente, sobre as situações de guerra (civil ou externa) e que acabam, invariavelmente, por criar ao Estado necessidades imprevisíveis envolvendo problemas de segurança, estado de sítio etc., afetando, especialmente (se bem que não exclusivamente), a manutenção do elemento território do Estado; e, as *situações de descompasso legislativo*, que ocorrem, como já fora explanado, devido à opção do Estado pós-II Guerra Mundial por um modelo jurídico dotado de uma função essencialmente finalística (isto é, como um “instrumento destinado a impor imperativos sociais e políticos sobre a economia privada”³⁵) tornando inevitável o enfraquecimento dos poderes Legislativo e Judiciário perante às novas características do Poder Executivo que se coloca como poder planejador e centralizador dos atos decisórios, afetando desta maneira, a tripartição de poderes ou, melhor dizendo, o elemento governo do Estado.

Por outro lado, como também já fora dito, estas situações, imprescindivelmente, devem portar para a sua identificação como um *estado de necessidade* os elementos da “urgência”, no sentido de ter que praticar um ato com rapidez - imediatamente/no exato instante seguinte, e aquele da “inevitabilidade” deste ato, isto é, impossibilidade de sua previsão e regulação prévia pelo ordenamento.

Pois é a partir destes pontos de partida que se faz necessário analisar os vocábulos *urgência* e *relevância* trazidos pela letra da lei no início de seu *caput*.

A *urgência* não pode ser entendida doutra forma que a da obrigatoriedade de se tomar uma decisão com rapidez, fato que, como num jogo sem fim, só pode ocorrer se vislumbrada uma das situações de necessidade acima expostas. Entenda-se assim, que a celeridade não deve e não pode ser entendida aqui descontextualizada da ocorrência de uma destas situações de necessidade, pois do ponto de vista subjetivo de quem toma as decisões, poder-se-á sempre estar-se querendo que uma determinada decisão seja implantada da maneira mais rápida possível seja lá qual forem os fatores impeditivos para tal atitude.

No que pertine à *relevância*, esta surge, historicamente, em substituição ao inciso “interesse público relevante”³⁶ existente nos arts. 58 e 55 das respectivas constituições. Como bem coloca o Professor José Cretella Júnior, trata-se de “redação mais sintética e mais técnica, porque tudo que a Administração faz é sempre por interesse público” e se assim, por outro lado, admite-se que

³⁵ Idem nota 4.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, São Paulo : Forense Universitária, 1995, vol. V, p. 2742.

a Administração não pode atuar sem a existência de uma lei prévia e devendo fazê-lo quando a mesma existe (princípio da legalidade no Direito Administrativo), os vocábulos “interesse público relevante” ou “relevância”, quando vistos sob o necessário prisma contextual das *situação de beligerância* ou de *descompasso legislativo* (principalmente este), só podem ser entendidos no sentido pesquisado da *inevitabilidade*, isto é, da impossibilidade de sua previsão e regulação prévia pelo ordenamento, pois, evidentemente, caso houvesse ou haja uma norma jurídica regulando aquela situação, não se poderia admitir que a Administração estivesse vendando os seus olhos para esta norma pelo simples prazer em lançar mão de uma medida provisória.

Isto posto, ressalte-se que parece equivocado o uso do conectivo *ou* pelo texto legal para ligar os vocábulos *urgência* e *relevância*, pois parece dar a impressão de que na vida de um Estado possa existir uma situação que apesar de *relevante* não tenha qualquer *urgência* em ser tomada e ainda assim se possa fazer uso de uma medida provisória ou, pelo contrário, que uma situação que requeresse *urgência* não passasse pela análise da *relevância* (verificação da existência de uma outra norma para lidar com aquela situação) para ser editada uma medida provisória sendo, por este raciocínio errôneo, inclusive do interesse do legislador racional o acúmulo legislativo e até a possível contradição entre normas.

O mais correto portanto, seria a utilização do conectivo *e* para que não restasse nenhuma dúvida sobre a *real excepcionalidade* da situação.

Tendo por base a interpretação acima exposta, torna-se possível perceber que as medidas provisórias que procuram fugir a esta moldura de *instrumento dogmático com uma função especial de lidar com as situações próprias de um estado de necessidade*, só podem ser fulminadas de nulidade pelo Congresso Nacional ou tidas como inconstitucionais quando, irresponsavelmente, transformadas em lei por este poder estatal. Do contrário, estar-se-ia este instrumento da mesma maneira que outrora ocorria com o decreto-lei.

Mas como este problema se colocaria no Direito Tributário brasileiro, pois se não resta dúvida sobre o entendimento de que as medidas provisórias poderiam instituir tributos, e isso seria muito fácil de se justificar, por exemplo, pela situação gerada por uma necessidade do Poder Executivo de implementar políticas heterodoxas de combate à inflação (seriam um caso típico de uma necessidade urgente da sociedade de verem corrigidas eventuais distorções econômicas não havendo a possibilidade de terem sido criados leis ou qualquer outro instrumento normativo para lidar tal problema) como se poderia, doutro lado, resguardar o Direito Tributário e, por via de consequência, o contribuinte, de um uso exagerado destas medidas? Sucintamente, como poderiam ser vistas do ponto de vista dos princípios que norteiam o Direito Tributário brasileiro?

4.1. O problema no Direito Tributário brasileiro

Dentre os princípios que informam o Direito Tributário de maneira mais importante, o *princípio da Segurança Jurídica* parece ser o que mais se destaca.

Isto se dá pelo fato de que ao se instaurar como pressuposto da figura de um Estado Moderno a existência do império do Estado de Direito³⁷ (Rechtsstaat), o Princípio da Segurança Jurídica, no que tange ao Direito Tributário, acaba por pressupor outros tantos como, por exemplo, o princípio da Legalidade, o princípio da Capacidade Contributiva etc. Neste sentido, caberia apenas analisar este princípio para que se apercebesse a decorrência dos outros.

O princípio da *Segurança Jurídica* envolve, ao mesmo tempo, a necessidade de oferecer ao cidadão condições tanto de *certeza* quanto de *igualdade* quando de sua interação com o sistema normativo sob o qual está submetido.

Por *certeza* deve-se entender o elemento que garante ou mantém a relação conduta/efeitos estabilizada, ou melhor dizendo, a condição *certeza* tem como função fazer com que o cidadão saiba, ou possa saber, de antemão que, realizado um determinado ato, determinadas conseqüências deverão ser aplicadas (ligado ao princípio da Legalidade).

Já a função *igualdade* é um atributo da segurança jurídica que não se liga ao conteúdo normativo e sim às expectativas de seu destinatário. Como determina o Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Junior:³⁸

“A *segurança* só se obtém se, ..., valer para todos igualmente. ...diz respeito à norma ...que obedece o princípio da *isonomia*” (ligado ao princípio da Capacidade Contributiva).

Diz-se então, que a *Segurança Jurídica* não pode prescindir de normas positivadas garantidoras do chamado *câmbio de expectativas*. Neste sentido, contundente, a colocação de Radbruch (Teoria dos Valores):

“A Segurança Jurídica exige positividade do Direito: se não se pode fixar o que é justo, ao menos que se determine o que é jurídico”.

Perceba-se por conseguinte, que se está falando aqui de uma positivação que, necessariamente, deve cumprir duas funções, quais sejam: *tornar certa ou possível de predição a reluto. E, em assim sendo, o não respeito aos mínimos pressupostos legais do art. 62 para edição de uma medida provisória deve, principalmente no Direito Tributário, alcançar um nível de tolerância zero, pois do contrário, não resta dúvida de que se estará mesmo é abdicando do Rechtsstaat!*

4.2. A questão do salário-educação: um caso exemplificativo

Para exemplificar um caso de franca deturpação do uso da Medida Provisória no campo Tributário, escolheu-se para a análise o problema do salário-educação.

O salário-educação, previsto tanto pela CF de 1946 (art. 168, inciso III) quanto pela CF de 69 (art.178) destacava-se nestas duas Constituições como uma *pura obrigação de fazer*, ressaltando-se porém, que sob a vigência da última Carta de 1969, esta obrigação foi também prevista de maneira alternativa,

³⁷ ROTHMANN, Gerd W. Princípio da Legalidade Tributária, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* nº 8, Nova Série, RT, 1972.

³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Segurança Jurídica e Normas Gerais*, arquivo particular do próprio professor.

pagamento da contribuição do salário-educação, tratando-a portanto, como obrigação de pagar.

Com o advento da Constituição de 1988, o salário-educação passou a ser considerado uma obrigação principal (*obrigação de dar*). Dever-se-ia considerá-lo como o pagamento de determinado montante a título de contribuição social sem caráter de custeio da seguridade social (art. 212, § 5º, da CF/88).

Englobado dentro da natureza jurídico-tributária das contribuições parafiscais (STF, RE nº 148.754-2/RJ) estaria, portanto, sujeita a todos os princípios constitucionais tributários, notadamente aqueles previstos nos arts. 149 e 150, inciso I, da CF/88, devendo, além do mais, por sua natureza, respeitar o disposto no art. 97 do CTN.

A sua polêmica surge porém, com o advento da nova lei que regulamenta a sua cobrança (Lei nº 9.424 de 26.12.96, entrando em vigor no dia 01.01.97), pois em que pese o governo federal ter determinado corretamente o sujeito ativo e o sujeito passivo da obrigação, respectivamente, União Federal e empresas, além do fato gerador “*ter empregados*”, ao regulamentar o art. 60, § 7º, do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), dispondo sobre o fundo de “Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e da Valorização do Magistério” e seu recolhimento, houve uma falha por parte do legislador, do ponto de vista tributário, ao deixar não suficientemente claro e preciso como deveria ser recolhido o tributo³⁹ criando, segundo algumas opiniões, uma insegurança jurídica ao contribuinte.

Apercebendo-se do fato, o Poder Executivo, em 09.01.97 editou a MP de nº 1.565/97, regulando novamente o recolhimento aludido. Reeditada em 30.05.97 sob o nº 1.565-5/97, a MP parece contudo não se aperceber de sua patente inconstitucionalidade tanto do ponto de vista de uma *validade condicional ou retrospectiva*, quanto do ponto de vista de uma *validade finalística ou prospectiva*.⁴⁰

Do ponto de vista de uma *validade condicional*, ou seja, uma validade que se liga a uma desvinculação da relação meio/fim privilegiando-se o respeito às condições formais da norma, independentemente do atingimento dos fins visados, deve-se dizer que esta medida provisória só pode ser considerada inconstitucional pois, tomando-se o fato de que ao editar a MP 1.565-5/97 acabou-se por regular também, ainda que indiretamente o art. 212, § 5º, da CF/88. Tendo este artigo sido alterado recentemente pela Emenda Constitucional nº 14/96, a edição desta medida provisória não respeitou requisito formal essencialíssimo à sua edição quando do tratamento de artigos constitucionais alterados por Emenda, qual seja, o que dispõe o art. 246 da CF/88:

“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”.

³⁹ Para uma visão do problema segundo jurisprudência, ver *DJU* 2 de 09.07.97, pp. 52.614/5.

⁴⁰ Idem nota 31, pp. 183/185.

Desta maneira, ao analisar-se a validade desta medida provisória retrospectivamente, ver-se-á que a mesma não chegou a cumprir sequer o requisito básico do respeito a uma vedação constitucional.

Doutro mirante, quanto aos aspectos de uma validade finalística, solidarizando-se a relação meio/fim e privilegiando-se a análise do atingimento dos fins visados por aquele instrumento normativo, deve-se mais do que nunca afirmar que esta medida provisória é inconstitucional, pois do que se expôs até o momento por todo o trabalho, impossível não se perceber que a finalidade das medidas provisórias não é outra senão aquela de atuar como um instrumento dogmático especial quando dos *estados de necessidade* (situações de *beligerância* ou de *descompasso legislativo*). Ora, seria querer ir além da natureza jurídica da medida provisória querer-se afirmar que o problema de se clarificar a forma de recolhimento daquele tributo, dado que os sujeitos da relação obrigacional tributária (sujeito ativo - União Federal, sujeito passivo - empresas) e o fato gerador (ter empregados) estavam previstos de maneira mais que cristalina pela lei, não poderia ser dirimido por uma portaria, uma resolução normativa, ou qualquer outro meio jurídico que não a medida provisória.

Tentar transformar os analisados conceitos de *urgência* e *relevância* do art. 62 da CF/88 de maneira tal a aceitar-se que a Lei de nº 9.424/96 necessitaria, de um ponto de vista de uma visão prospectiva (finalística) de validade, de uma medida provisória seria querer incorrer nos mesmos erros do decreto-lei que, vendando os olhos para a finalidade excepcional de sua edição, interpretou os seus conceitos e limitações materiais de forma amplíssima a tal ponto que, até a hora do chá do coelho do Mundo de Alice, poderia sofrer uma normatização via decreto-lei. Incorrer neste erro seria não atentar para as palavras de encerramento do livro *Raízes do Brasil* do grande historiador Sérgio Buarque de Holanda. São elas:

“Já temos visto que o Estado, criatura espiritual, opõe-se à ordem natural e a transcende. Mas também é verdade que essa oposição deve resolver-se em um contraponto para que o quadro social seja coerente consigo. Há uma única economia possível e superior aos nossos cálculos para compor um todo perfeito de partes tão antagônicas. O espírito não é força normativa, salvo onde pode servir à vida social e onde lhe corresponde. As formas superiores da sociedade devem ser como um contorno congênito a ela e dela inseparável: emergem continuamente das suas necessidades específicas e jamais das escolhas caprichosas. Há porém, um demônio perverso e pretensioso, que se ocupa em obscurecer aos nossos olhos estas verdades singelas. Inspirados por ele, os homens se vêem diversos do que são e criam novas preferências e repugnâncias. *É raro que sejam das boas*”.