

- SEHN, Paulo Rogério. Observações sobre o direito penal tributário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 7. Ed. RT, p. 205.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Crimes de abuso de poder econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 693, p.315-327.1993.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 3ª. ed., São Paulo: LTR.
- STEFANI, G. & LEVASSEUR, G. *Droit pénal général*. Cinquième édition. Paris: Dalloz. 1971, *apud*. Vaz, Izabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- STOCO, Rui. Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.11, p. 208-230.
- TAVARES, Juarez. Critério de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número especial de lançamento.
- TIEDMAN, Klaus. *Poder económico y delito*. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. Traducción de Amélia Mantilla. Barcelona: Ariel, 1985.
- . Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 21-35.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- ZAFARONI, Raul Eugenio. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973.
- ZANOBINI. *Le sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Boca, 1924, *apud* OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, 1985.

A FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA: REQUISITO DE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL E GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

Luís Carlos Martins Alves Jr.**

Sumário

1. Introdução.
2. Separação dos Poderes e Medidas provisórias.
3. Medidas provisórias e decretos-leis.
4. Natureza da medida provisória.
5. Fundamentação da medida provisória.
6. Fontes bibliográficas.

Persuada-se o príncipe que [...] a lei morta não pode dar vida à república; considere que as leis são os muros dela, e que se hoje se abriu uma brecha, por onde possa entrar um só homem, amanhã será tão larga que entre um exército inteiro.

(Pe. Antônio Vieira)

1 INTRODUÇÃO

Dentre as inovações da Constituição de 1988, tem-se a Medida Provisória (art. 62), em substituição ao decreto-lei, que fazia parte da ordem constitucional

* Tese aprovada no CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO, em Recife, Estado do Pernambuco, Brasil, realizado nos dias 22 a 24 de agosto de 1996.

** Advogado; Doutorando e Monitor em Direito Constitucional da Pós-Graduação, UFMG; Pesquisador da Capes/CNPq.

anterior (art. 58). O uso indiscriminado deste novel instituto, assim como as dúvidas que ainda plainam sobre sua natureza, características, efeitos e, sobretudo, seus limites e controle, tornam por demais interessante e atual o seu estudo e debate.

A fim de obter algum êxito, visto que exíguo é o espaço de que dispomos, centramos a análise em um aspecto que reputamos o *cerne da questão*, quando se trata de *expedição de medidas provisórias e limites constitucionais*: a fundamentação da medida provisória, que, a nosso ver, é requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E MEDIDAS PROVISÓRIAS

É consabido que as medidas provisórias são exceções constitucionais ao princípio da separação dos poderes, que em nossa Constituição goza de enorme prestígio, haja vista os arts. 2º e 60, § 4º, III, assim como todo o Título IV, versando sobre a organização dos Poderes.

Sendo uma exceção constitucional, é limitada. Exige-se a sua submissão ao crivo do Congresso Nacional (art. 62), só tendo perfeição se aprovada por ele. Além de que, caso haja lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV), provocada por medida provisória, esta não escapa da apreciação do Judiciário.

Essa proeminência da separação dos Poderes advém das lutas contra o Estado absolutista, quando alguns se insurgiram contra a concentração do poder estatal em torno de um só, seja órgão ou pessoa. Locke e Montesquieu foram os mais importantes teóricos do moderno constitucionalismo no tocante à questão da divisão das competências.

No Absolutismo, a produção normativa estatal concentrava-se na vontade do rei, que dizia o direito e dava a última, senão a única, palavra na sua aplicação. Em face do direito, o monarca criava, executava e decidia.

A teoria da separação dos poderes não nega a indivisibilidade do poder estatal. Ocorre que o Estado não é um só indivíduo, conforme célebre frase de Luís XIV, o Rei Sol (*L'état c'est moi*). O sentido dos atos emanados do Estado, que se convencionou chamar de vontade estatal, já não é somente do monarca soberano, mas sobretudo advinda do povo, por meio da soberania popular, expressada por seus representantes, os legisladores. De sorte que, ao monarca (não mais soberano),

ficava a atribuição ou o poder de fazer valer a vontade emanada da lei, no aspecto executivo ou administrativo.

Formava-se o tripé que tinha como corolário a garantia dos direitos individuais e a limitação do poder estatal, com o Legislativo criando as leis, o Executivo administrando-as e o Judiciário aplicando-as nos conflitos de interesses. Era a teoria dos *checks and balances*, freios e contrapesos, de Bolingbroke.

A teoria da separação dos poderes procura ser um mecanismo racional de limitação ao uso do poder, do mesmo modo que é uma técnica de divisão das funções precípua do Estado (legislar, administrar e julgar). Esse princípio tornou-se verdade insofismável no constitucionalismo ocidental. No Brasil, a atual Constituição também é estruturada sobre tal princípio.

Toda a teorização em torno da estrutura e do exercício dos poderes estatais tem origem empírica. Foi a experiência histórica que possibilitou a sistematização de doutrinas concernentes ao poder. Tratando-se dos atos emanados do Poder Executivo, com força de lei, não é diferente. A pureza do princípio da separação dos poderes impunha-lhes uma total distinção; as esferas de atuação estavam delimitadas, sendo vedada a interferência de um poder nas atribuições de outro.

A força da realidade, porém, foi (e é) maior que as palavras escritas na "folha de papel". Mesmo sem prévia disposição constitucional, o Poder Executivo começou a imiscuir-se nas atribuições dos outros Poderes, mormente do Legislativo. Isso passou a ocorrer principalmente com a necessidade de maior atuação do Estado na vida social. A rigidez da separação dos poderes, apanágio do Estado liberal, sofria os seus primeiros abalos com o surgimento do Estado social, que exigia maior e mais rápida atividade normativa estatal.

3 MEDIDAS PROVISÓRIAS E DECRETOS-LEIS

É conveniente estudar-se as medidas provisórias analisando os institutos que lhe são afins, cuja denominação é, geralmente, decreto-lei. A própria terminologia demonstra ser um ato híbrido, uma vez que contém dois termos que pertencem, em regra, a duas categorias de atuação do Estado: o decreto (Poder Executivo) e a lei (Poder Legislativo).

Para Biscaretti di Ruffia, o primeiro exemplo de ingerência do Executivo na atividade legislativa, após a consagração da separação dos poderes, foi na Itália, com o Decreto n. 738, de 27 de maio de 1848, que invocava a urgência como razão

de sua expedição. Apesar da falta de previsão constitucional (o Estatuto Albertino), esse decreto e os demais que advieram foram validados tanto pela magistratura como pelo parlamento. Em razão, registre-se, do aspecto urgência.

Também foi na Itália que o constituinte brasileiro buscou a matriz das medidas provisórias. No art. 77, da Constituição italiana de 1947, está disposto em nosso vernáculo:

“Quando em casos extraordinários de necessidade e de urgência o governo adota, sob sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve apresentá-los no mesmo dia para a conversão às Câmaras, que, mesmo dissolvidas, serão especialmente convocadas para se reunir 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 de sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base no decreto.”

É bem verdade que na ordem constitucional brasileira anterior (1967/1969) havia o instituto do decreto-lei, *in verbis*, redação originária:

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

Posteriormente, esse artigo sofreu uma série de modificações, assim como toda a Constituição de 1967, principalmente por meio da Emenda n. 1 de 1969. Na terminologia originária, tinha-se *decreto com força de lei*, que com essa Emenda, passou a chamar-se decreto-lei, e também acrescentou-se, ao art. 58, o inciso III (criação de cargos públicos e fixação de vencimentos), e o inciso II foi ampliado com a expressão “inclusive normas tributárias”.

O atual Texto Constitucional brasileiro dispõe:

“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 máximo 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.”

Da leitura desses dois dispositivos e dos textos constitucionais nos quais estavam insertos, extraem-se algumas semelhanças e diferenças entre os institutos.

Dentre as semelhanças, elencamos as seguintes:

- a) ambos os institutos fazem parte do processo legislativo (art. 49, V, CF de 1967 e art. 59, V, CF de 1988);
- b) são atos do Executivo com força de lei;
- c) têm como pressupostos constitucionais a urgência e/ou interesse público relevante;
- d) devem ser apreciados pelo Congresso Nacional;
- e) as relações jurídicas oriundas devem ser reguladas por lei, em sentido estrito.

E dentre diferenças apontamos:

- a) o caráter de provisoriedade das medidas;
- b) os prazos de aprovação e de exame;
- c) a possibilidade de emenda do legislador, vedada no decreto-lei;
- d) a delimitação expressa do campo de atuação do decreto-lei (incisos I, II e III);
- e) a aprovação tácita do Congresso, se não se manifestar sobre a matéria, no decreto-lei;
- f) a exclusividade de expedição do decreto-lei somente pelo Presidente da República (art. 188 das Disposições Gerais e Transitórias e art. 200 da Emenda n.

1, de 1969), sendo que a atual Constituição não vedou a edição de medida provisória por parte dos outros chefes do Poder Executivo (Estados e Municípios);

g) nos decretos-leis os pressupostos são alternativos, urgentes “ou” relevantes, enquanto que nas medidas provisórias os pressupostos não são alternativos, urgentes “e” relevantes, ou seja, a partícula é copulativa.

Entretanto, podemos afirmar que a principal diferença entre esses dois institutos não reside nos textos constitucionais, mas sobretudo no ambiente político-constitucional. A realidade política anterior a 1988 era bastante diferente, pois havia uma imensa crise no constitucionalismo brasileiro.

Com o advento da nova Constituição e uma maior participação popular em sua elaboração, aos poucos ela vai atingindo o lugar que lhe cabe no ordenamento jurídico brasileiro: o de superioridade, não apenas textual, mas supremacia fática. E essa supremacia só é possível se os atores políticos brasileiros interpretarem corretamente os seus papéis e se houver uma organização da cidadania em busca da concretização constitucional.

4 NATUREZA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Quanto à natureza da medida provisória, como é ato do Poder Executivo, de forte conteúdo político, quer-se dar uma natureza política. Ocorre, no entanto, que a medida provisória tem nascedouro constitucional, portanto, tem natureza jurídico-constitucional.

Essa politicidade tem como apanágio a discricionariedade do Presidente da República, que, achando oportuno e conveniente, a edita em face de circunstâncias relevantes e urgentes, que seriam insatisfeitas com os instrumentos jurídicos existentes no ordenamento.

Os atos do Poder Executivo, especificamente do seu chefe, podem ser distinguidos, basicamente, em dois tipos: atos administrativos e atos de governo. Aclare-se que são atos típicos de suas funções. Tanto o Legislativo quanto o Judiciário emitem atos administrativos, mas não como suas funções típicas.

Não se deve, todavia, confundir os atos políticos e os atos de governo, apesar da distinção não ser de todo clara e estanque. No sistema político brasileiro, porém, convencionou-se chamar ato de governo os que são emitidos pelo Poder

Executivo, com o objetivo de conduzir a política de execução das normas superiores do Estado, diretamente emanadas da Constituição. Dentre eles citam-se o veto, a sanção, a nomeação dos ocupantes de cargos de confiança, a iniciativa do processo legislativo, os decretos de intervenção, de estado de sítio ou de defesa, e a edição de medida provisória.

Considerando que os Poderes do Estado são poderes políticos, é inconveniente denominar de ato político o que deveríamos chamar de ato de governo, uma vez que os atos do Legislativo são eminentemente políticos, e não se confundem com os atos de governo emanados do Executivo. Assevera-se que os atos de governo têm uma forte densidade política, portanto, ato político é gênero, do qual são espécies os atos legislativos e os de governo.

Os atos de governo têm os mesmos elementos e pressupostos dos atos administrativos, ou seja, o conteúdo e a forma (elementos), e o sujeito, o motivo, a finalidade, a motivação e a causa (pressupostos). Assim sendo, a perfeição, a validade e a eficácia do ato de governo está adstrita ao preenchimento destes pressupostos e à existência daqueles elementos.

O jaez político da atividade legislativa advém justamente de todo o processo que a antecede. É política na medida em que exige um modo de conduta dialógico. Isso incorre na edição de medidas provisórias, que só vão a debate político posteriormente, no Congresso Nacional.

A medida provisória é um ato do Executivo, próprio, com características especiais e só deve ser editada em circunstâncias excepcionais. Além de que é política, no sentido da lição de Hely Lopes Meirelles: “É forma de atuação do homem público quando visa a conduzir a Administração a realizar o bem comum.”¹

A caracterização da medida provisória quanto ao órgão emissor é clara: tem como editor o chefe do Poder Executivo; sua força vinculante é a mesma da lei, sendo precária, no sentido de que pode haver ou não sua conversão em lei; pressupõe circunstâncias especiais de relevância e urgência.

Arriscamos, então, dizer que a medida provisória *é um ato emanado do Presidente da República, em circunstâncias excepcionais de relevância e urgência*.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 35.

cia, com força provisória de lei, que necessita da aprovação do Congresso Nacional para que tenha força definitiva de lei, posto que é convertida em lei mesmo, caso contrário, perde a eficácia desde o momento de sua edição.

A principal conseqüência dessa natureza jurídico-constitucional é a possibilidade de limites e de controle, sendo este exercido pelo Congresso Nacional, quando aprova ou rejeita a medida provisória. É bem verdade que o Congresso exerce o denominado controle de constitucionalidade político, principalmente em torno da eficácia, da conveniência e da oportunidade da medida, assim como pode fazer uma modificação no seu conteúdo.

No entanto, a última palavra a respeito da constitucionalidade de atos normativos, sejam emanados do Legislativo, sejam do Executivo, compete ao Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal. Nenhum ato que adentrou o mundo jurídico e esteve apto a produzir efeitos jurídicos escapa da apreciação judiciária (art. 5º, XXXV); caso alguma pessoa se sinta lesada ou ameaçada pelos efeitos de tal ato, pode questioná-lo no Judiciário.

Dessa sorte, as medidas provisórias são passíveis do controle jurisdicional, como o são todos os atos estatais. No específico das medidas provisórias, controla-se, inicialmente, a sua constitucionalidade, no tocante à competência da autoridade emissora (o chefe do Poder Executivo), se se tomaram as providências necessárias para submetê-las à apreciação do Congresso Nacional e, principalmente, se atenderam aos pressupostos constitucionais de urgência e relevância, que inquinam de vício de inconstitucionalidade quando não são atendidos.

Então, compete ao Judiciário o controle formal de edição de medida provisória, concernente aos procedimentos que devem ser adotados, e o controle material de constitucionalidade, quanto ao conteúdo mesmo da medida, se atenta ou não contra o sentido das normas constitucionais, e quanto aos pressupostos de relevância e urgência, se os fatos ensejadores da edição os contêm. Portanto, o controle dos pressupostos não é tarefa apenas do Congresso Nacional, não é somente político, mas é também tarefa do Judiciário, uma vez que tem um cariz jurídico-constitucional, infringindo expresso dispositivo constitucional, se inexistentes. É, sem dúvida, condição necessária de validade do ato.

5 A FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA

Fundamentar ou motivar o ato, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,

“é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir, e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato”.²

Afirmamos que somente os atos emanados do Poder Legislativo, em sua atividade típica, dispensam a fundamentação, em razão da própria sistemática do processo e procedimento legislativos. Tanto o Judiciário (art. 93, IX e X) quanto o Executivo devem fundamentar ou motivar os seus atos. Isso é corolário dos princípios da publicidade e da moralidade, que norteiam a atividade estatal.

Exceções há nos atos administrativos estritamente vinculados à determinação legal e aos atos de governo altamente subjetivos, como a sanção ou como a exoneração em cargos de estrita confiança. Em outros casos, o veto por exemplo, deve o Presidente da República expor os motivos que o ensejaram (art. 66, § 1º), a fim de que seja apreciado pelo Congresso Nacional.

Ao fundamentar os atos emanados do Poder Executivo, a publicização é, além do mero conhecimento público do ato, também o conhecimento das razões que o ensejaram, da adequação da medida à realidade dos fatos. Publicizando-se os motivos, estar-se-á controlando a própria moralidade de tais atos. Como o Executivo é o condutor da administração pública, e a medida provisória um ato executivo de administração superior dos interesses do Estado e da sociedade, torna-se indispensável que seja fundamentada.

Ora, se atos emanados do Poder Executivo, que não têm o mesmo grau de importância (os estritamente administrativos), devem ser fundamentados, mais ainda se impõe esse procedimento na edição das medidas provisórias, principalmente em relação aos pressupostos constitucionais de urgência e relevância. Para que a medida provisória tenha validade, mister se faz a existência desses pressupostos, ou incorre-se no vício de inconstitucionalidade.

Eis, portanto, o “cerne da questão”: havendo as circunstâncias excepcionais de urgência e relevância, e não existindo no ordenamento jurídico instrumentos

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 181.

legais capazes de solucionar e remediar os efeitos dos acontecimentos excepcionais, deve o Estado atuar prontamente, cabendo ao chefe do Poder Executivo editar medida provisória com esse desiderato. Para tanto, como garantia de legitimidade constitucional, deve-se fundamentá-la, demonstrando-se a relevância e a urgência. Não basta dizer que o Presidente a considera relevante e urgente, mas dizer o porquê de sê-lo, expondo a relação de causalidade entre o ato expedido e a finalidade perquirida.

Com a fundamentação, torna-se mais tranqüilo o exame dos pressupostos constitucionais, não obstante a fluidez dos conceitos de relevância e de urgência, deixando ao executor da medida a liberdade de escolher o momento conveniente e oportuno para a sua edição. Mas essa discricionariedade é limitada, justamente pelos pressupostos constitucionais, que devem ser examinados pelo Congresso Nacional, e, havendo lesão ou ameaça a direito, pelo Judiciário.

A idéia de urgência e relevância à luz do direito brasileiro tem um significado próprio. Na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha,

“urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente”.³

A urgência requer uma pronta atuação, a fim de dirimir as conseqüências dos fatos.

Por ser relevante, tomemos a lição de Rosenice Deslandes e Alexandre Barros Castro: “Seja de fato ou de direito, é a que se apresenta em toda exuberância, em toda evidência, para ser acatada ou apreciada como justificativa do pedido, da pretensão, ou da proteção do direito.”⁴

A dicção do texto não permite interpretação diferenciada: a circunstância deve ser relevante e urgente, ambas devem ocorrer juntamente, o termo “e” é

copulativo. Portanto, é inicialmente válido o ato se atendidos tais pressupostos constitucionais, cujo exame verifica-se mais facilmente por meio da fundamentação do ato editor de medida provisória, quer pelo Congresso Nacional (controle político), quer pelo Judiciário (controle judicial).

Vacila-se, ainda, na possibilidade de o Judiciário examinar os pressupostos constitucionais, que, por serem denominados de políticos, estariam alheios ao crivo judicial. Crêem que seria uma tarefa política, competência vedada ao juiz. É uma idéia que destoa da realidade constitucional brasileira, que coloca sob o crivo do Judiciário a apreciação de qualquer ato estatal que esteja apto a produzir efeitos jurídicos, lesando ou ameaçando direito.

Na edição de medida provisória, se existirem as circunstâncias excepcionais, deve o emissor demonstrá-las na fundamentação, posto que atende ao mandamento constitucional que requer a ocorrência delas. Além disso, é uma garantia do Estado Democrático de Direito, uma vez que o Executivo estaria inibido de editar medidas provisórias em demasia, como vem acontecendo, pois seria mais complicado “arranjar” tantos fatos relevantes e urgentes que necessitassem da edição de tais atos, como ocorre desde a promulgação da atual Constituição.

Esse descontrole na quantidade de medidas provisórias é um atentado contra o Estado de Direito e contra a ordem democrática, pois dota o Executivo de um instrumento jurídico bastante forte, tornando-lhe um verdadeiro “ditador constitucional”, que comete suas violências contra a ordem jurídica sob o manto da constitucionalidade, que sabemos ser camuflada.

Apesar disso, dizemos que o constituinte não vedou a edição de medidas provisórias em quaisquer matérias: tributária, penal, privativa de lei complementar, ou mesmo aquelas que dizem respeito às leis delegadas. As vedações são as do art. 62 e parágrafo único, da CF, e as impostas pelas Emenda n. 7 e 8, de 15/8/95, que, cremos, serem as constitucionalmente expressas. Evidentemente que também existem aquelas que infringem materialmente o Texto Constitucional.

Não obstante os mais autorizados doutrinadores pátrios serem contra a edição de medida provisória em algumas matérias, como a tributária, por exemplo, pensamos que não têm razão, pois, em nossa opinião, os argumentos usados não são suficientemente fortes para extrair tal interpretação do Texto Constitucional.

Os primeiros documentos de acordos políticos, limitando o poder estatal, relacionavam-se, principalmente, com questões tributárias. A instituição de um tributo, só a título exemplificativo, requer uma análise demorada e minuciosa, na qual se envolvem vários setores da sociedade, tendo como foro legítimo de debates

3 ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Conceito de urgência no direito público brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 1, p. 234, 1993.

4 DESLANDES, Rosenice; CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro*. São Paulo: Carthago e Forte, 1992, p. 32.

o Poder Legislativo, sede da representação dos mais variados interesses de uma sociedade, sobretudo a hodierna, tão complexa.

Assim sendo, torna-se bastante delicada a existência de situações emergentes que ensejem a criação de tributos. Daí que a impossibilidade de medida provisória acerca dessa matéria não é em razão dela em si, mas do fato de que é implausível justificar sua edição pela existência de circunstâncias excepcionais, relevantes e urgentes. Ou seja, inviáveis são as medidas provisórias em matéria tributária, porque injustificáveis são os fatos ensejadores de sua edição.

Entretanto, caso haja circunstâncias excepcionais que requeiram a imediata atuação do poder público, e que devem atuar em matéria tributária, inexistindo instrumentos jurídicos capazes de atender às exigências para a solução do caso, pode ser editada medida provisória. Como exemplo, a instituição de imposto de guerra (art. 154, II). Entretanto, para a validade do ato, deve haver sua fundamentação, aclarando-se os motivos.

Se houver, conforme requer o art. 62, circunstâncias excepcionais, relevantes e urgentes, inexistindo instrumentos jurídicos capazes de solucionar a questão, pode o Presidente da República, fundamentando, editar medida provisória. Assim, demonstra-se a ocorrência dos pressupostos constitucionais e se atendem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, evitando-se os abusos do poder conferido constitucionalmente, por meio de um controle imediato e eficaz.

Inexistindo a fundamentação, inquina-se a medida provisória do vício de inconstitucionalidade, por não conter requisito essencial capaz de possibilitar o seu devido exame. Há uma presunção de inexistência dos pressupostos constitucionais, se não for a medida provisória devidamente fundamentada, posto que a interpretação das exceções constitucionais deve ser restritiva. Diferentemente daquela no sentido de oportunizar o maior número possível de requisitos que ensejem os limites e controles dos atos estatais emanados do Poder Executivo.

6 A POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO

Um dos pilares fundamentais para o fortalecimento do “sentimento de constitucionalidade” é o Poder Judiciário. Relevante, também, é a posição do Ministério Público. Aquele como guardião da Constituição (art. 102), este como defensor do regime democrático e da ordem jurídica (art. 127). A postura dessas instituições

pode fazer da nova Constituição um fator de modificabilidade da realidade social em que vivemos.

Não se deve incorrer no “simbolismo” das constituições pretéritas, sobretudo a que antecedeu a atual, que procurava constitucionalizar, ou seja, camuflar de legitimidade uma situação jurídico-política que se impôs pela força das armas, e não pelo convencimento dialógico.

Com a oxigenação do “sentimento de constitucionalidade”, havida depois de 1988, mais do que nunca se deve buscar transformar o texto constitucional, a “folha de papel”, em instrumento político a serviço da vontade popular, dentro dos princípios de juridicidade. O discurso constitucional retórico deve ceder espaço à efetiva concretização do texto, sob pena de esvaziamento do conteúdo de constitucionalidade, em vista da decepção provocada por sua inefetividade.

A desculpa de serem os pressupostos constitucionais questões políticas e discricionárias, sujeitas apenas ao alvedrio do Presidente da República, e por isso insindicação ao Poder Judiciário, é própria de quem, com receio de enfrentar os problemas, prefere não conhecê-los, ficando numa postura covarde.

O não-reconhecimento do dever de examinar os pressupostos é uma omissão leviana do Judiciário, demonstrando a não-receptividade da atual Constituição. Falta àquele Poder assumir os encargos que lhe foram delegados, principalmente a guarda da Lei Maior. A ele outorga-se o poder de decidir o que é ou não direito e inafastável é o seu dever de julgar, sejam quais forem os atos públicos.

Outrossim, a apreciação judiciária é independente do exame feito pelo Congresso Nacional, de sorte que não há que se falar em convalidação da medida provisória feita por este. Se demonstrada a carência dos pressupostos constitucionais ou se materialmente a medida provisória fere a Constituição, deve ser expurgada do mundo jurídico.

Se a Constituição impõe a existência de determinados pressupostos para a validade de um ato estatal, ao Judiciário é vedado escusar-se de apreciá-los, a fim de que, pelo seu exame, possa declarar válido ou não o ato emanado.

7 CONCLUSÃO

A fundamentação da medida provisória legitima constitucionalmente o ato, ensejando o controle judicial dos pressupostos de relevância e urgência, assim como garante o Estado Democrático de Direito, como aquele no qual se tem como

requisito a juridicidade, a publicidade, a moralidade e o interesse público dos atos estatais.

O Poder Judiciário é o responsável pela integridade da Constituição, e sua imparcialidade e neutralidade não podem significar indiferença, sob pena de incorreremos no grave perigo de uma ditadura camuflada de constitucionalidade, que atentaria contra o Estado Democrático de Direito, violaria os direitos fundamentais e quebraria o princípio da separação dos poderes.

6 FONTES BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed., revista, ampliada e atualizada do livro *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da separação dos poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 19, n. 76, out./dez., 1982.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 304, ano 84, out./nov., 1988.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito constitucional* (Instituições de direito público). Tradução de Maria Helena Diniz, revisão de Ricardo Olivo, São Paulo: RT, 1984.
- CALMON, Sacha. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema tributário*, 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias – Um estudo comparado dos direitos nacional e estrangeiros*. Recife: Nossa Livraria/Ciência Jurídica, 1990.
- DESLANDES, Rosenice & CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro*, [s.n.t.].
- FERRAZ, Sérgio. Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.) *Perspectivas do direito público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. Medidas provisórias: natureza jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993.
- GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, ano 23, n. 93, jan./mar., 1990.
- HORTA, Raul Machado. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n. 107, jul./set., 1990.
- MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 191, jan./mar., 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1995.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 2. ed., ampliada e revista. Rio de Janeiro: José Korfino, 1951.
- RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Conceito de urgência no direito público brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993.
- SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr 1993.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*, ano 23, n. 75, jul./set., 1985.
- TÁCITO, Caio. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, ano 22, n. 90, abr./jun., 1990.