**MEDIDA PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Rafael Scalon Pacagnella

**RESUMO:** Concebida para substituir o decreto-lei, a medida provisória surgiu para curar os excessos e abusos na utilização do antigo decreto. A medida provisória é um ato normativo, e provisório circunscrito à esfera privativa de competências do Presidente da República, possuindo desde logo, força, eficácia e valor de lei, está prevista no artigo 59, V, da Constituição Federal.

A discussão existe em relação de a medida provisória pode ser utilizada quando se trata de matéria tributária, pois um tributo só pode existir a partir de uma lei que o cria, lei esta ordinária, ferindo desse modo o princípio da legalidade. A medida provisória é criada pelo Presidente da República e tem um período de vigência até a análise do Congresso Nacional, que pode vetar ou transformá-la em lei, mas seus efeitos serão válidos durante esse período de vigência.

**Palavras-chave:** Medida Provisória. Princípios Constitucionais. Princípio da Legalidade.

**1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como finalidade de discutir a possibilidade da criação de tributos como fonte geradora a medida provisória, e desse modo, contrariando o princípio da legalidade presente na criação de um novo tributo no ordenamento jurídico brasileiro.

O Poder Executivo vem cada vez mais aumentando o seu poder de legislar através de medidas provisórias, surgindo o problema relacionado entre o princípio da legalidade que norteia o direito tributário e a criação de um tributo através de medida provisória, atualmente mitigada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, embora a doutrina majoritária sustente a inconstitucionalidade da instituição e majoração de tributos através desse instituto.

**2 SURGIMENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Antes da Constituição Federal de 1988 existia a figura do decreto-lei, tratava-se de um ato privativo do Presidente do Executivo, cabível em situações de urgência ou relevante interesse público, e somente englobando as matérias arroladas pela Constituição, como por exemplo: segurança nacional; finanças públicas, inclusive normas tributárias, etc.

O decreto-lei, após ser criado pelo Presidente da República, tinha sua vigência imediata, já produzindo efeitos. Ao Congresso Nacional cabia examiná-lo no prazo de sessenta dias, podendo aprovar ou rejeitá-lo. No caso de rejeição do decreto-lei, restabeleciam-se *ex nunc* as leis modificadas pelo decreto, mas os seus efeitos produzidos durante sua vigência eram preservados. Desse modo, o presidente da República legislava sozinho durante o tempo de vigência do decreto-lei, sendo um problema perante os princípios constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 introduziu a medida provisória, ato normativo análogo ao decreto-lei, todavia, não existi um rol definido de matérias em que pode atuar. Finalmente, a Emenda Constitucional nº 32, de 1/09/2001, veio estabelecer novas e importantes alterações no trato constitucional dessa espécie normativa, especialmente no que diz respeito ao processo legislativo, ao prazo de eficácia, à possibilidade de reedição e às limitações materiais para sua adoção.

**3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O princípio da legalidade no direito tributário, garante ao contribuinte a existência de uma lei para criar e cobrar o tributo, pois não será imputada uma obrigação tributária ao contribuinte, sem antes observar as disposições legais quanto à criação e cobrança de um tributo.

Este princípio, muito embora desponte como a mais antiga destas normas destinadas a proteger o contribuinte, manteve seu "status" e, ainda hoje, figura dentre as mais importantes limitações constitucionais ao poder de tributar, sendo vista como a origem de diversas outras garantias hoje expressamente asseguradas ao contribuinte sob diferentes títulos.

Os limites postos ao poder de tributar devem ser observados sob pena de inconstitucionalidade, o princípio da legalidade visa impedir abusos por partes das autoridades e uma possível discricionariedade na cobrança dos tributos.

Tomando como referência o conceito de legalidade para o direito, podemos dizer que no direito tributário, ninguém será obrigado a cumprir um dever instrumental tributário que não tenha sido criado por meio de lei, pela pessoa política competente. Ou seja, por meio de ato do legislativo, cria-se a lei, e tal lei descreve o tipo tributário. O meio que a União, os Estados e Municípios utilizam para criação dos tributos, é a lei ordinária, em regra cabe somente a ela, criar ou majorar tributos, porém tem-se a exceção da medida provisória e os casos em que a Constituição Federal expressamente excepciona.

**4 MEDIDA PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

A Constituição Federal de 1988, como já visto, instituiu um processo legislativo que surgiu do fim do decreto-lei. No Brasil, seguindo a tendência das Constituições modernas de postura social, a Carta Magna de 1988 estabeleceu um instituto para ser utilizado pelo Poder Executivo em momentos excepcionais, mais especificamente nos casos de relevância e urgência, quando a decisão, mais afim ao Governo, deve ser tomada de imediato, antecipando-se o ato normativo e deixando que as assembléias façam o posterior controle político, visto que são órgãos de tramitação legislativa mais morosa. É uma atribuição constitucional sem delegação, que é o poder conferido, pelo Constituinte, ao Executivo para, diretamente, produzir ato normativo com ou sem força de lei.

Os pressupostos de adoção das medidas provisórias são relevância e urgência, de forma cumulativa. Os pressupostos de adoção na criação de medidas provisórias são relevância e urgência, de forma cumulativa. Esses pressupostos devem ser observados pelo Presidente da República no momento da edição da medida, bem como pelo Congresso Nacional ao apreciá-la posteriormente. O Supremo Tribunal Federal já consolidou orientação de que a aferição desses requisitos pode ser controlada judicialmente, com isso, o Poder Judiciário poderá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória.

A doutrina discutiu se as medidas provisórias teriam cabimento em matéria tributária especialmente no que respeita à criação ou aumento de tributo. Alguns doutrinadores só admitiram as medidas provisórias em matéria tributária para a criação de impostos extraordinários e empréstimos compulsórios de calamidade pública e guerra externa. Acabaram por aceitar que elas cuidassem de matérias de lei complementar, figura prevista na Constituição para a criação de empréstimos compulsórios, o que, mesmo antes da referida Emenda nº 32, não parecendo possível.

Contra a intromissão das medidas provisórias em matéria tributária afirmou-se: os tributos precisam ter prévia aprovação popular, que as referidas medidas são incompatíveis com o princípio da anterioridade e que a Constituição exige lei para a criação de tributos e por isso não admitiria a medida provisória, pois não é lei.

O argumento de que não pode existir medida provisória para criação de um tributo por não ser lei é difícil de aceitar, pois todos deixariam de fazer qualquer coisa em relação a qualquer matéria regulamentada em medida provisória por não se tratar de lei. E o artigo 62 da Constituição diz que a medida provisória tem força de lei.

Por outro lado, o princípio da aprovação popular é conciliável com a medida provisória, pois esta é submetida à aprovação do Congresso, e perde seus efeitos, *ex tunc*, se não for convertida em lei. De qualquer modo, é a mesma Constituição que prevê a legalidade tributária e que autoriza as medidas provisórias com força de lei.

O princípio da anterioridade não torna as medidas provisórias incompatíveis com os tributos, ao final do exercício, a medida provisória seria o único veículo legislativo eficaz para editar a norma de incidência com respeito pelo citado princípio, a atual Constituição buscou conciliar a edição da medida provisória com aquele princípio, ao dizer que a medida provisória que institua ou majore impostos, com exceção dos previstos nos artigos 153, IV e V e 154, II, para produzir efeito no exercício seguinte ao de sua edição, deve ser convertida em lei até o último dia do citado exercício (art. 62, §2º).

Os requisitos da relevância e da urgência condicionam o exercício do poder do Presidente da República de editar medidas provisórias, em algumas situações, a urgência é de grau tão elevado que a Constituição dispensa mesmo o princípio da estrita reserva legal, é o caso dos tributos cujas alíquotas poder ser alteradas por ato do Executivo.

O que parece inaceitável é a prática da reiteração da medida provisória não aprovada pelo Congresso Nacional. Como a medida provisória está correlacionada a urgência, deve ser urgente também a necessidade de o Congresso sobre ela manifestar-se.

As medidas provisórias não podem ser utilizadas para criar empréstimos compulsórios, nem mesmo nos casos de despesas extraordinárias. Mas o problema, nessa hipótese, está não na medida provisória mas sim no artigo 148 da Constituição, que exige lei complementar para a instituição daquela figura tributária, e a medida provisória não viceja acima do nível da lei ordinária.

**5 CONCLUSÃO**

A medida provisória não é um instrumento muito adequado para a criação ou majoração de um tributo. A Constituição Federal não descreve em nenhum lugar do seu texto que é vedada a medida provisória quando se trata de matéria tributária, mas existe uma série de obstáculos quando relaciona a medida provisória e tributos, tanto formais quanto materiais.

Afinal, tem-se um impasse: a Constituição não proíbe, mas também não dá meios totalmente possíveis para se implementar. Deve-se então, buscar um solução hermenêutica para mais um problema de redação da Carta Magna.

A melhor maneira de acabar de uma vez com esse empasse seria uma nova Emenda Constitucional no artigo 62, dando um final definitivo se é possível a criação ou aumento de tributos através de medidas provisórias, respeitando sempre os princípios constitucionais que são o alicerces de todo o nosso ordenamento jurídico brasileiro.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

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

FILHO, Aurélio Pitanga Seixas Filho. **Princípios fundamentais do direito administrativo tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.