

## **SEGURANÇA JURÍDICA: VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS<sup>1</sup>**

*“O primeiro elemento que a simples existência do Direito comporta para a segurança é, por conseguinte, a certeza: os membros da sociedade sabem o que os espera, podendo prever os efeitos das suas condutas e das condutas de terceiros, sabendo antecipadamente com aquilo que podem contar na planificação da sua actuação pessoal, profissional e social. Neste sentido, como já tem sido sustentado (cfr. MARCELO CAETANO, **O Respeito...**, p. 17, ‘uma lei, mesmo quando seja má, é preferível à ausência de lei nos casos em que da sua falta resulte o capricho nas resoluções da autoridade e a incerteza dos direitos dos indivíduos’. Pode-se concluir, por tudo isto, que a simples existência de normas jurídicas, quaisquer que elas sejam, constitui sempre uma primeira garantia de segurança na sociedade: comporta certeza, isto é, previsibilidade de condutas e de conseqüências ou efeitos jurídicos.”* (OTERO, PAULO. Lições de Introdução ao Estudo do Direito – I volume – 1º Tomo. Lisboa. Pedro Ferreira – Artes Gráficas. 1998, p. 188)<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> **HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS**. Juiz Federal; Juiz da Turma Nacional de Uniformização em Brasília; Juiz da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco; Professor da Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco e Universidade Católica de Pernambuco (Adjunto); Doutorado pela Faculdade de Direito de Lisboa (Clássica); Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade de Direito de Lisboa (Clássica) – Equivalência; Ex-Procurador do Estado de Pernambuco e do Município do Recife. Página Pessoal na Internet: [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net).

<sup>2</sup> Em suas Lições de Introdução ao Estudo do Direito, I Volume, 1º Tomo, PAULO OTERO diz, naquilo que denomina de *Nota Prévia*, à p. 11: “Saber leis é fácil, basta que se saiba ler o jornal oficial ou, mesmo não sabendo ler, que se tenha boa memória de ouvir a leitura feita por terceiros. Ser jurista é mais

Inicialmente, peço que se imagine um pai zeloso que procura ter uma residência tranqüila e segura para a sua esposa e os seus filhos.

Se esta é a sua intenção, ele, provavelmente, adotará algumas providências: gradeará a sua casa, colocará fechaduras mais consistentes, não esquecerá portas e janelas abertas etc.

Pois bem, se assim o é com o cidadão comum, nada mais natural que também o Estado preocupe-se com a adoção de medidas de modo a tornar mais objetivo este seu desejo de segurança.

O Estado também deverá tomar as providências necessárias; ou melhor, deverá ir tomando as providências, pois esta é uma tarefa que não se esgota.

É como raciocino. Se a segurança é um instrumento para a realização da justiça, e esta é um objetivo ideal, cada vez mais o Estado deve desenvolver a síntese entre o binômio certeza-segurança<sup>3</sup> e o binômio justiça-ordem.

Há uma relação de complementariedade entre a segurança e a justiça.

Assim, se estes são valores que se completam, jamais poderão ser reduzidos um ao outro.

Insista-se nisto, pois é preciso complementar o campo subjetivo com a objetividade.

---

*difficil: jurista é aquele que pensa sobre a lei. Como dizia CELSO, 'saber as leis não é conhecer as suas palavras, antes é compreender-lhes o sentido e os efeitos' (D. 1, 3, 17). Introduzir alguém no estudo do Direito é, conseqüentemente, e antes de mais nada, 'implantar' no estudante do 1º ano as sementes de uma atitude reflexiva sobre o universo do Direito."*

<sup>3</sup> Disse MIGUEL REALE, em sua Teoria Tridimensional do Direito – situação atual. Obra citada, ps. 86-87: "É a razão pela qual TEÓFILO CAVALCANTI FILHO, na monografia que dedicou ao problema segurança, sentiu a necessidade de estudar a 'segurança' concomitantemente com a 'certeza', a primeira atinente mais ao aspecto subjetivo, a segunda mais pertinente ao aspecto objetivo do problema. Certeza e segurança, embora não se confundam, são valores que imediatamente se implicam, pois, de maneira mediata, todos os valores se correlacionam (...)." A obra indicada é TEÓFILO CAVALCANTI FILHO. A Segurança no Direito. São Paulo. 1964.

Daí, tal como o pai do exemplo que apresentei adotou o seu conjunto de providências instrumentais, também o Estado deve exercer o seu poder de síntese, servindo-se dele para atingir os seus fins.

Não basta a intenção. É preciso objetivá-la.

Mas, quais as formas que o Estado vem adotando no interesse de tornar a segurança algo mais próximo do possível?

Antes de responder a esta pergunta, é preciso que se esclareça que novas formas podem surgir e as já existentes podem ser aperfeiçoadas. Os modelos jurídicos sofrem com o processo temporal.

Nem o sentimento de segurança é algo estático, como também não é estática a justiça; nem tampouco as providências objetivas instrumentais o são.

Diz MIGUEL REALE, em sua Teoria Tridimensional (obra citada, ps. 87), que o homem é dotado de um certo *espírito de revolta*, pois, sendo livre, tem um impulso por mudar. Defender a estaticidade seria propugnar pela insegurança, dado a impossibilidade de inovação.

Eis, novamente, o jusfilósofo: “(...) a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina ‘espírito de revolta’”.

Quanto ao espírito de revolta, ou ao fato de o ser humano apresentar-se como um eterno insatisfeito, parece-me que, em torno disto, há algum senso comum.

Mas, é possível que se esteja perguntando sobre quais são estas referências que o Estado utiliza para objetivar este seu sentimento de segurança.

Isto será objeto do que escreverei em edições posteriores. Por enquanto, lanço alguns indícios do que falo.

Imagine-se que o Estado, que deve se submeter às normas que produz, determine:

1. Ele nada fará senão quando autorizado por lei, que precisa ser aprovada pelos representantes do povo, que serão eleitos pelo próprio povo.
2. Ele não cobrará tributos senão no ano subsequente ao da lei instituidora, ou ao daquela que aumentou a carga impositiva.
3. Ele não aplicará a lei nova a situações passadas, acaso isto implique em prejuízo para o cidadão.
4. Ele cumprirá as decisões judiciais que não mais estejam passíveis de recurso.
5. Ele assegurará o cumprimento dos contratos celebrados nos termos da lei.
6. Ele não penalizará ninguém, senão quando o comportamento estiver tipificado em lei anterior.
7. Ele cumprirá os procedimentos fixados nas leis processuais, não estabelecendo privilégios.
8. Ele cumprirá a Constituição, etc.

Este processo de constante evolução faz-me lembrar do que disse PAULO MANUEL OTERO, em seu Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional<sup>4</sup>, ao concluir a sua exposição sobre *Estado de Direito e princípio da legalidade*.

---

<sup>4</sup> A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, atualizada pelas quatro Revisões Constitucionais até setembro de 1997, prevê, em seu art. 282, entre os *efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade*, nos itens 3 e 4, a ressalva dos casos julgados nestes termos: “3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, *quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*. 4. *Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs. 1 e 2*”. É o que dizem estes dois itens: “1. *A declaração de inconstitucionalidade ou de*

Ali, ele relata o movimento ampliativo de fiscalização e controle do Estado, abrindo-se novas portas à sindicabilidade jurisdicional.

Contemplando desde o Estado liberal, e indo até o Estado Social de Direito, toma em conta a figura do relativo controle dos atos do Poder.

É o que falou: *“Em suma, pode dizer-se que o Estado liberal trouxe consigo uma nova concepção de controlo do poder político, sujeitando os actos administrativos a diferentes processos de fiscalização da sua legalidade, independentemente do respectivo autor. Em simultâneo, o princípio da legalidade passou a assumir intuítos limitativos e legitimadores da acção administrativa, desempenhando ainda uma função garantística das posições jurídicas subjectivas dos administrados. Por seu lado, o Estado Social de Direito, além de alargar as áreas da actividade administrativa sujeitas ao controlo jurisdicional da sua legalidade, vem conferir a todos os administrados um direito fundamental à fiscalização jurisdicional da actividade administrativa: o direito de recurso contencioso.”*<sup>5</sup>

Como se vê, o conjunto de medidas (expressões objetivas)<sup>6</sup> que possibilitam a concretização do sentimento de segurança é algo que ainda está sendo construído. Não é estático, ficando aberto a novas formulações.

Nas edições posteriores desta Revista, embora não tendo a

---

*ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.”*

<sup>5</sup> OTERO. PAULO. Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional. Lisboa. LEX Edições Jurídicas. 1993, p. 25.

<sup>6</sup> Enquanto os valores são verificados segundo critérios de intuição emocional, as expressões objetivas podem ter os seus cumprimentos comprovados, dando menores margens a dúvidas.

pretensão de ser exaustivo, exemplificarei as providências instrumentais que pretendem objetivar a segurança como um meio de fazer justiça.

Por enquanto, discorro sobre o princípio da legalidade.

## **SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE**

### **NOÇÕES INTRODUTÓRIAS**

*“As mais significativas concepções sobre o Estado e o Direito projectam-se necessariamente em diversos entendimentos do que seja (ou deva ser) a lei. Recordem-se, assim, nos últimos séculos: - lei, ordenação da razão (S. TOMÁS DE AQUINO, e, de certo modo, ainda SUAREZ); - a lei, vontade do soberano (HOBBS), - a lei, garantia da liberdade civil e da propriedade (LOCKE); - a lei ligada à divisão do poder e ao equilíbrio das instituições (MONTESQUIEU); - a lei, expressão da vontade geral (ROSSEAU); - a lei, vontade racional (KANT); - a lei, instrumento para a utilidade e a felicidade geral (BENTHAM); - a lei, manifestação imediata do poder soberano (AUSTIN); - a lei, instrumento do domínio de classe (MARX, ENGELS); - a lei, escalão de normas imediatamente a seguir à Constituição (KELSEN); - o conceito político de lei (SCHMITT). Mas a problemática da lei insere-se na problemática geral do poder. Com o conteúdo da lei contendem a organização da sociedade e do poder de a governar.”* (MIRANDA, JORGE. Manual de Direito Constitucional. Tomo V – Actividade constitucional do Estado. Coimbra. Coimbra Editora, LDA. 1997, p. 125)<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Neste Tomo V do seu Manual de Direito Constitucional (1997), JORGE MIRANDA acrescenta, na p. 126: “Não é por acaso que LOCKE considera o poder legislativo o poder primordial por ser ele que determina as diferentes

Até aqui, muito já se falou sobre este assunto, enfatizando a necessidade de o intérprete não desprezar a norma, principalmente a constitucional, alçando vãos em direção a outras alternativas.

Bem ao contrário, pois quanto mais ele conhecer o ordenamento jurídico que aplica, melhor. Afinal, mesmo que, aparentemente, ele só esteja fazendo incidir uma única norma; no seu ato de aplicação, deve haver o compromisso com todo o ordenamento.

É tal como uma esfera em contato com uma mesa plana. O ponto de contato entre a esfera e a mesa pode ser um só, mas a mesa suporta todo o peso da esfera.

Note-se, então, uma importante advertência. Concluir deste modo não se trata apenas de um valor, mas da fixação de uma providência objetiva.

A segurança, um valor, é instrumentalizada por uma expressão objetiva, que é a legalidade.

Assim, o seu cumprimento passa a poder ser provado dentro de limites mais estritos, dando margem a um menor número de dúvidas.

Daí, ser fundamental que a Constituição não seja vista como uma espécie de “*Constituição patrícia*” (os patrícios eram os aristocratas proprietários de terras na antiga Roma – formavam a camada social dominante), que traria, em seu próprio interior, margens a contra-argumentos que inviabilizam as conquistas das camadas sociais menos favorecidas.

A segurança e a legalidade, que é uma sua expressão objeti-

---

*formas de governo. Nem é por acaso que, recusando embora a separação de poderes, Rosseau admite a distinção entre função legislativa e função executiva, sustentando que aquela é a única soberana. Ou que, pelo contrário, Montesquieu a pretende limitar.”* Pessoalmente, entendo que seja preciso distinguir entre a ilusão sobre como os homens deveriam ser, e a constatação de como o homem realmente é, elaborando-se soluções políticas que detenham um potencial concreto de funcionamento. Provavelmente, a virtude não seja monopólio do povo, enquanto a corrupção econômica e moral das camadas de elite (populismo). Há uma espécie de mixagem entre qualidades e defeitos em todas as esferas, e daí a importância de facilitar o fluxo social e a alternância no governo das comunidades organizadas.

va, são, elas próprias, instrumentos da justiça.

Em um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição do Brasil), deve a lei estar a serviço da redução das *desigualdades sociais e econômicas*, não devendo esta previsão constitucional confundir-se com uma forma oca, onde cabe tudo; especialmente, os privilégios dos grupos ou elites politicamente influentes.

Sem a tentativa de se tornar iguais os cidadãos, termina por haver uma relação entre inferiores e superiores, onde os primeiros, simplesmente, sujeitam-se.

A interpretação da lei não deve ser sinônimo de indiferença. A imparcialidade também não. É um comando constitucional a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da Constituição do Brasil). No Brasil, este é um objetivo fundamental da República (art. 3º, “caput”).

Enfim, a lei deve estar a serviço da segurança, da liberdade, da igualdade. Tudo isto se operando mediante a lei.

A Lei Constitucional fixa limites que o legislador não pode ultrapassar.

Em outras palavras, legislar também é aplicar a Constituição.

Na Constituição do Brasil, o princípio da legalidade encontra-se presente de maneira explícita, e também implícita. E, às vezes, o silêncio<sup>8</sup> fala tão ou mais alto, considerando as circunstâncias que o envolvem.

De maneira expressa, é forçoso citar alguns artigos. São eles:

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a in-*

---

<sup>8</sup> Quem cala não consente nem dissente, pois isto dependerá das circunstâncias. Um exemplo disto é a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. É o seu art. 40: “Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.”

*violabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de **lei**;*"

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)"

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I- exigir ou aumentar tributo sem **lei** que o estabeleça;"

São outras tantas as oportunidades em que se faz referência expressa à legalidade, apontando estas apenas como exemplificativas.

De fato, discute-se sobre a adequabilidade da repetição. Alguns podem ver esta técnica repetitiva como algo inútil.

No entanto, é preciso observar o contexto do Brasil, e de sua sociedade, que ainda se mantém ansiosa por preservar direitos que, melancolicamente, não acredita que sejam concretizados.

Demonstração do que digo são as *medidas provisórias*, onde, mesmo alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram o excesso, mas o Poder Judiciário pouco fez, na prática, para contê-lo. É o caso, por exemplo, da instituição e da majoração de tributos por esta via, onde não são incomuns as discordâncias individuais de alguns Ministros do mais Alto Tribunal, que, no entanto, dizem ceder ao entendimento do Plenário.<sup>9</sup>

Além do mais, em um passado recente, fatos pretéritos foram

---

<sup>9</sup> No *site* do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)) , surgiu a seguinte Manchete: "Data: 09.11.99. Hora: 14 h. CELSO DE MELLO fala do uso excessivo de medidas provisórias pelo Governo. (...) a utilização indiscriminada e as

atingidos, por exemplo, com a utilização dos chamados empréstimos compulsórios.

Sobre isto, destacou PAULO DE BARROS CARVALHO a respeito da forma grosseira como o princípio constitucional da irretroatividade das leis vinha sendo descumprido, pelo Poder Público impositivo, na seara dos empréstimos compulsórios.

Eis o Autor: “*Com efeito, o enunciado normativo que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conhecido como princípio da irretroatividade das leis, não vinha sendo, é bom que se reconheça, impedimento suficientemente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial a União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios. Tranqüilos, na confiança de que tais eventos se encontravam sob o pálio daquele magno*

---

*sucessivas reedições de medidas provisórias ‘não podem transformar-se em instrumento de imposição normativa da vontade unipessoal do Presidente da República, exacerbando-se, desse modo, o componente autoritário de que se acham inquestionavelmente impregnados esses atos executivos com força de lei. (...) de 05 de outubro de 88 até o dia 31 passado, o Governo Federal editou e reeditou 4.026 medidas provisórias, média de 366 medidas provisórias por mês. Desse total, o Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO foi responsável por 3.223 medidas provisórias, de acordo com o levantamento divulgado pelo Senado. Para o Ministro CELSO DE MELLO, os dados evidenciam que os Presidentes JOSÉ SARNEY, FERNANDO COLLOR, ITAMAR FRANCO e FERNANDO HENRIQUE legislaram quase duas vezes mais do que o próprio Congresso Nacional. No seu Despacho, o Ministro defendeu a necessidade de o Governo definir as matérias que não podem constituir objeto de disciplinação jurídica por medidas provisórias, de maneira que o Presidente diminua a sua intervenção no trabalho do Legislativo. Ele acha que essa intervenção ‘suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que devem estar ordinariamente sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional’. (...) Apesar de considerar que a criação e a majoração de tributos são matérias de competência exclusiva do Congresso, o Ministro CELSO DE MELLO não conheceu do recurso extraordinário apresentado pela Transportadora Urano Ltda contra a União Federal. No seu Despacho, o Ministro observou que a orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do próprio Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a possibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República instituir ou majorar tributos mediante a edição de medida provisória.”*

*princípio, foram surpreendidos por grosseiras exações, que assumiram o nome de empréstimos compulsórios.*<sup>10</sup>

### **MEDIDAS PROVISÓRIAS<sup>11</sup>**

*“A jurisprudência vem lapidando esse instituto, insculpindo-lhe o formato preciso. (...) Sem dúvida é de se aperfeiçoar o texto (constitucional), contudo, parece-nos que a raiz do mal não está nas leis em si, mas na sua efetiva execução e na consciência de sua obediência.” (SZKLAROWSKY, LEON FREJDA. Medidas Provisórias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991, p. 11)*

Voltando às medidas provisórias, a Constituição brasileira, de outubro de 1988, assim dispôs sobre elas em seu texto originário:

*“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”<sup>12</sup> (Texto originário)*

---

<sup>10</sup> CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988. 4ª ed., atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo. Editora Saraiva. 1991, ps. 99-100.

<sup>11</sup> A regulamentação jurídica apontada é a original do Texto de 1988. Atualmente, há uma nova regulamentação para as medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).

<sup>12</sup> A Constituição da República italiana, em seu art. 77, dispõe: “Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade

Diante destas medidas, acirra-se uma forte polêmica, no Brasil, em torno da segurança jurídica e da sua forma de manifestar-se pela expressão da legalidade; especialmente em matéria tributária.

Em uma outra oportunidade, pretendo, ainda mais, detalhar este assunto. Por enquanto, apresento os seus contornos, particularmente no campo tributário.

Como se pode verificar, nos termos do art. 62, a medida provisória tem, entre as suas características básicas, a *urgência*.

Ora, um dos limites constitucionais fixados para o Estado tributar o cidadão é o da anterioridade (espera pelo ano subsequente – regra geral).

Diz a Constituição sobre a anterioridade, em seu art. 150, inc. III, al. “b”: “Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III- cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*”.

Ocorre que o exercício financeiro, nos termos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (*Diário Oficial da União de 23 de março de 1964, estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*<sup>13</sup>), é o ano civil, como diz o

---

*e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias, com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para a conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.*”

<sup>13</sup> Constituição do Brasil. “Art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.*”. Diz o art. 30, inc. III: “Art. 30. *Compete aos Municípios: (...) III- instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;*”

seu art. 34. É o art. 34: “DO EXERCÍCIO FINANCEIRO (arts. 34 a 39). Art. 34. *O exercício financeiro coincidirá com o ano civil. (...)*”

Logo, surge a questão da impossibilidade de se compatibilizar a urgência, que é uma característica constitucional da medida provisória, com a exigência, também constitucional, de se esperar o próximo ano para instituir ou aumentar o tributo (anterioridade).

Assim, é voz corrente, na doutrina nacional<sup>14</sup>, a conclusão de que a regra é a de que os tributos não devam ser urgentes; e, portanto, não possam ser viabilizados por medidas provisórias.

Porém, há exceções constitucionais à falta de urgência do tributo.

Mas é preciso reconhecer que, quando a Constituição do Brasil afirma que a lei de diretrizes orçamentárias deve orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária (art. 165, § 2º), deixa claro que, em matéria tributária, há a necessidade de um planejamento tanto do Estado, quanto também das empresas privadas, que não podem (assim como o cidadão comum) ser surpreendidas com abruptas inovações legislativas.

Entre as exceções a que me refiro, uma delas está no próprio art. 150, e diz respeito a quatro impostos. Uma outra encontra-se no art. 149, e diz respeito aos empréstimos compulsórios. E, finalmente, há a figura dos impostos de guerra, ou extraordinários no art. 154, inc. II (*observação: todos os dispositivos citados são da Constituição do Brasil*).

Veja-se o que eles dizem:

“Art. 148. *A União, mediante lei complementar*<sup>15</sup>,

---

<sup>14</sup> Ver MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI. Revista de Direito Tributário – 47. Princípio da praticabilidade do Direito Tributário (Segurança Jurídica e Tributação), ps. 166 e ss.

<sup>15</sup> De acordo com a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, atual art. 62, § 1º, inc. III, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar. Contudo, o próprio art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, ressalva desta previsão o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário nas hipóteses de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

*poderá instituir **empréstimos compulsórios**: I- para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II- no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”).* *Parágrafo Único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. (...)*

*Art. 150. (...) § 1º. A vedação da anterioridade tributária (inc. III, “b”), não se aplica aos impostos previstos nos artigos 153, I, II, IV e V (são os impostos da União Federal sobre a **importação de produtos estrangeiros; sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários**); e*

*Art. 154, II (são os impostos de guerra) Art. 154. A União poderá instituir: (...) II- na iminência ou no caso de guerra externa, **impostos extraordinários**, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessando as causas de sua criação.” (Grifei)*

Procurando dizer tudo isto de maneira direta. A anterioridade tributária sofre exceções constitucionais, entre elas estão os impostos de guerra, os impostos regulatórios externos (importação e exportação), o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações financeiras.

Ocorre que, nos casos dos impostos de guerra, não há impedimento para a medida provisória, dado a significativa relevância e urgência da situação. Não se trata de zona de fronteira.

Quanto aos demais, parece-me desnecessária a utilização da medida provisória, pois basta ver o art. 153, § 1º, da Constituição do Brasil, que faculta ao Poder Executivo a alteração das alíquotas (e não mais base de cálculo, como previa o art. 97, inc. IV, do

Código Tributário Nacional<sup>16</sup>), que poderá se utilizar dos decretos (art. 84, inc. IV)<sup>17</sup>, desde que dentro dos limites (mínimo e máximo) fixados pela lei geral.

Restariam, então, os empréstimos compulsórios, disciplinados no art. 148, da Constituição do Brasil.

Note-se que, aqui, a exigência de lei é expressa. E a lei exigida é a complementar<sup>18</sup>, que tem quórum qualificado de maioria absoluta<sup>19</sup>.

Com isto, desde a redação originária, havia aqueles que defendiam que, por ter a medida provisória força de lei (art. 62), estaria vedado a ela o campo reservado às leis complementares, pois as medidas provisórias poderiam, apenas, atuar na seara das leis ordinárias. Atualmente, a vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria de lei complementar é expressa no art. 62, § 1º, inc. III (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001). Observe-se, entretanto, o mesmo art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, quando ressalva

---

<sup>16</sup> Código Tributário Nacional. “Art. 97. *Somente a lei pode estabelecer: (...) IV- a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 (já havia sido revogado pelo Decreto lei nº 406, de 31.12.68 e tratava da circulação de mercadorias) e 65;*” Estes artigos referem-se ao imposto sobre a importação, sobre a exportação, sobre a transmissão de bens imóveis, sobre operações de crédito, câmbio e seguros e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

<sup>17</sup> Constituição do Brasil. “Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*” (grifei).

<sup>18</sup> Sobre o tema “hierarquia da lei complementar”, destaco as palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO, onde, socorrendo-se do magistério de SOUTO MAIOR BORGES, esclarece que estas leis não são necessariamente superiores às leis ordinárias. É a Constituição que indica se a matéria lhe é ou não reservada. Se o for, em face de mandamento constitucional nesta direção, não caberá à lei ordinária invadir-lhe o espaço que lhe é próprio. Ver CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo. Editora Saraiva. 1991, ps. 135-136.

<sup>19</sup> Constituição do Brasil. “Art. 69. *As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.*”

das vedações o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Além disto, quando a Constituição do Brasil registrou que não deveria ser objeto de delegação ao Executivo as matérias inerentes à lei complementar<sup>20</sup>, estaria, também aí, fixando mais um impedimento para as medidas provisórias.

A base disto estava na argumentação de que, quando a Constituição do Brasil quis falar em lei complementar, ela o fez expressamente.

Logo, como no art. 62, que trata das medidas provisórias, ela assim não procedeu, a conclusão seria pela impossibilidade de sua utilização em matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

Ocorre que, se assim o fosse em relação à medida provisória, também o deveria ser em relação às demais situações constitucionais, onde o termo *lei* vem desacompanhado da expressão *complementar*.

Mas não é isto o que ocorre, pois o próprio art. 5º, inc. II, que consigna o princípio da liberdade, vem grafado da seguinte maneira: “Art. 5º. (...) II- *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”.

Ora, quer me parecer evidente que, na expressão *lei* ali utiliza-

---

<sup>20</sup> Constituição do Brasil. “Art. 68. *As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar (...)*” (grifei). Vide, também, o art. 62, § 1º, inc. I, al. “d” que ressalva das vedações às medidas provisórias o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. De onde concluo pela possibilidade de utilização de medidas provisórias para a instituição de empréstimo compulsório fundado nestas causas (art. 148, inc. I, da Constituição brasileira de outubro de 1988).

da, cabia entender lei ordinária, e também lei complementar. Seria um tanto absurdo imaginar o contrário, pois estaria permitindo a Constituição o descumprimento das leis complementares, exatamente aquelas que têm um quórum qualificado, tal como foi visto.

Enfim, com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Por tudo isto, em minha visão, era possível, em face da redação originária do Diploma Constitucional, a utilização da medida provisória em matéria tributária em alguns casos excepcionais, a saber:

a) impostos de guerra;

b) empréstimo compulsório para o qual a Constituição do Brasil não veiculou a obediência ao princípio da anterioridade, ou seja, em casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Lembrando, aqui, que o art. 148 da Constituição de outubro de 1988, exige lei complementar para a instituição de empréstimo compulsório.

Portanto, foi constituída uma situação bem peculiar pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, porquanto da vedação da edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Assim, não caberia mais a utilização de medida provisória em se tratando de empréstimo compulsório, embora destacada a relevância e a urgência? Creio que ainda caiba, por força da ressalva feita pelo art. 62, § 1º, inc. I, al. "d", que faz remessa ao art. 167, § 3º, dispositivo que regulamenta a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Sobre a exceção à anterioridade, e como argumento de reforço ao que digo, lembro um antigo adágio que ensina que, ao se incluir um, exclui-se o outro<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Sobre os brocardos jurídicos, disse CARLOS MAXIMILIANO: "*Na alvorada do século XI, Burcardo, Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones, que adquiriram grande autoridade, e foram impressos em Colônia, em 1548, e, em Paris, em 1550. Granjeou fama aquele repositório, sob o título de **Decretum***"

Ora, se, em nossa Constituição, incluiu-se, expressamente, o princípio da anterioridade na hipótese normativa do inc. II, é porque não era preciso observá-la no inc. I, do art. 148.

E, ainda, é de destacar que as hipóteses do inc. I dizem respeito à guerra e calamidade, que são situações urgentes e relevantes.

Acaso fosse preciso observar o princípio da anterioridade nestas circunstâncias, quando o empréstimo fosse cobrado, já se haveria perdido a guerra, ou a calamidade já teria feito um enorme estrago.

Sei que este assunto é bastante polêmico, e a qualquer conclusão que se chegue, dificilmente, haverá a unanimidade.

Também por isto, e em face das várias implicações que deste tema poderão decorrer, consagrarei, em um outro espaço, um tratamento mais minudente.

Quanto à utilização da medida provisória, em matéria penal, parece imperioso concordar com FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em seus Princípios Básicos de Direito Penal, quando afirma que não pode haver a instituição de crime ou pena (direito penal e processual penal), nem tampouco a agravação das mesmas, por esta via. Além do mais, é imperativo que se evitem os abusos.

---

**Burchardi.** *Eram os cânones dispostos em títulos e reduzidos a regras e máximas; na prática lhes chamavam burcardos, a princípio; dali resultou a corrutela brocardos, que se estendeu, em todo o campo do Direito Civil, aos preceitos gerais e aos aforismos extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes. Os brocardos parecem fadados a passar, com certos condutores de homens, do exagerado prestígio à injusta impopularidade. A sua citação, diurna outrora, vai-se tornando cada vez menos freqüente; rareiam, talvez, os entusiastas, à medida que surgiam desdenhosos e opositores. Àquelas regras de Direito, muito breves e formuladas, quase sempre em latim, os antigos chamavam de axiomas, vocábulo destinado, em Matemática, a designar as proposições evidentes por si mesmas, que dispensam esclarecimentos e demonstrações.(...) Outros mestres julgam eternos os brocardos, por serem a própria razão natural escrita; ao invés de homenagem ao progresso, acham insânia mudá-los ou repeli-los; pois esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos." *Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ª ed/2ª tiragem. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1981, ps. 239-240.**

São estas as suas palavras em torno do caráter quase ilimitado de criação de novas figuras típicas, e o que isto representaria contra a liberdade em seus diferentes matizes, precipuamente contra a liberdade de locomoção.

É o Autor: *“A Constituição de 1988, no art. 62, substitui o decreto-lei pela medida provisória, sem tradição no direito brasileiro, e não estabeleceu, de modo expresso, os limites objetivos para a edição desta última, exigindo apenas ‘relevância e urgência, requisitos genéricos e pouco confiáveis. (Ora, a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX)<sup>22</sup> (...) Sendo assim, não se faz necessária muita acuidade para perceber que a criação de figuras penais e até a simples agravação de penas através de medida provisória poderiam prestar-se para coisas desta natureza: a) extirpação da liberdade de ir e vir, através da prisão em flagrante por crimes recém-criados, por medidas provisórias; b) extirpação da inviolabilidade da residência e do sigilo da correspondência, nas mesmas hipóteses, pondo por terra as garantias dos incisos XV, XI e XII, já que a possibilidade de criação de tipos penais novos é quase ilimitada.”*

E, continua o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relatando a sua preocupação com o exagero e o abuso na utilização do instituto das medidas provisórias, realçando as atrocidades que, infelizmente, foram cometidas a título de cumprimento de alguns decretos-leis, uma versão antiga e agressiva das “leis do Executivo brasileiro”.

Nas suas exatas palavras: *“Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição em série dessas medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos ‘leis’ de segurança nacional, o que poderá sugerir, a qualquer momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por ‘medida provisória’”.*<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

<sup>23</sup> TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed., São Paulo. Editora Saraiva. 1994, ps. 24-25.

Aliada a estes argumentos, veio a Reforma Constitucional de setembro de 2001 que, no art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”, veda a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil.

### **HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA.**

Como uma forma de fixação de segurança, no Brasil, certamente um tema mereceu, e ainda merece, destaque, conforme as implicações jurisprudenciais que relatarei após a explicação do assunto a que me refiro.

Trata-se de saber se a “*lei complementar*” detém hierarquia sobre a “*lei ordinária*”.

Há aqueles que pensam que sim.

Basicamente, são dois os motivos que apresentam:

1. o quórum de aprovação da lei complementar é superior ao da lei ordinária.

Sobre a lei ordinária, dispõe o art. 47, do Texto Constitucional: “Título IV. DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES. Capítulo I – DO PODER LEGISLATIVO. Seção I - DO CONGRESSO NACIONAL. (...) Art. 47. *Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.*”

Sobre a lei complementar, dispõe o art. 69, do Texto Constitucional: “Art. 69. *As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.*”

2. o dispositivo constitucional que se refere ao processo legislativo traz as leis complementares logo abaixo das Emendas Constitucionais, deixando as leis ordinárias para depois.

É o art. 59 da Constituição do Brasil que trata das Disposições Gerais do processo legislativo, e tem a seguinte redação: “Art. 59. *O processo legislativo compreende a elaboração de: I- emendas à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos; VII- resoluções. Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a*

*elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”*

Pessoalmente, não me perfilho entre aqueles que defendem esta hierarquia, pelo menos com base nestes dois fundamentos.<sup>24</sup>

O motivo para esta tomada de posição é o de que considero que se a Constituição atribui um assunto para a seara da lei ordinária, e, mesmo assim, o legislador dispõe mediante lei complementar, a matéria não deixará, por isto, de estar reservada à lei ordinária.

Logo, atendendo à própria Constituição, esta lei havida, formalmente, como complementar, pode ser, perfeitamente, alterável por lei ordinária.

O cerne da questão, portanto, não é o de se a lei complementar mantém hierarquia sobre a ordinária; mas o de que os espaços fixados constitucionalmente devem ser observados pelo legislador inferior.

Do que até aqui foi dito, retiro duas conclusões:

1. se a Constituição atribui um assunto para a lei ordinária, e o mesmo é tratado por lei complementar, esta deverá ser havida como se lei ordinária fosse, podendo ser modificada pela via ordinária, sem restrição de quórum.
2. se a Constituição atribui um assunto para a lei complementar, e o mesmo é tratado por lei ordinária, esta deverá ser havida como inconstitucional.

Evidentemente que, do ponto de vista estritamente formal, a partir da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (e de outras que a sucedam e que tenham a mesma natureza), que regulamenta o Parágrafo Único do art. 59 da Constituição do Brasil,

---

<sup>24</sup> De fato, pragmaticamente, é enganoso pensar que o quórum qualificado seja uma nítida dificuldade de empenço. Por vezes, e sobre um mesmo assunto, pode ser mais difícil aprovar uma lei ordinária do que uma Emenda Constitucional. Exemplifico. Certas matérias estão na vala da competência privativa para a iniciativa de encaminhamento de projetos de lei. Logo, se a autoridade competente não a encaminha, não adianta possuir o quórum parlamentar necessário, simplesmente porque o projeto de lei não será encaminhado.

de outubro de 1988, havendo surgido a disciplina nacional para a confecção legislativa, as normas elencadas, no art. 59, inclusive as leis complementares e as ordinárias, devem se submeter aos predicamentos fixados.

Não se trata, portanto, de hierarquia quanto ao conteúdo, mas de uma necessidade de uniformização da técnica formal de legislar.

Embora não utilizando os mesmos argumentos, disponibilizo, para o leitor, PAULO DE BARROS CARVALHO, que assim se manifestou, com o apoio de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, sobre o tema da hierarquia da lei complementar, ressaltando que não é a topologia normativa, nem tampouco o mero procedimento que transforma *acordos dilatatórios* práticos em estruturas normativas hierarquizadas.

Eis o filósofo-tributarista: *“É excelente instrumento de legislação nacional, alcançando, conjunta ou isoladamente, a esfera jurídica das pessoas políticas de direito constitucional interno. Talvez por isso seja freqüente o magistério de que as leis complementares desfrutem de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do art. 59 (CF), vindo logo abaixo das emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o art. 69 (CF). Foi JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Lei Complementar Tributária, Revista dos Tribunais, 1975, p. 54 e s.) quem pôs a descoberto as erronias dessa tese, baseada, rudimentarmente, na topologia do enunciado legal e no procedimento legislativo preconizado para a edição dessas normas. Com argumentos sólidos, demonstrou que as leis complementares não exibem fisionomia unitária que propicie, em breve juízo, uma definição de sua superioridade nos escalões do sistema. De seguida, propõe critério recolhido na Teoria Geral do Direito, para discernir as leis complementares em duas espécies: a) aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos; b) as que realizam sua missão constitucional independentemente da edição de outras normas.”*

E o mesmo autor arremata que é a própria Constituição que define a existência, caso a caso, da hierarquia entre as normas a ela subalternas: *“Trazendo essa diretriz para o setor que nos inte-*

*ressa, ganha outro aspecto a questão da hierarquia, tornando legítimo asseverar que, em alguns casos, a lei complementar subordina a lei ordinária, enquanto noutros descabem considerações de supremacia nos níveis do ordenamento, uma vez que tanto as complementares como as ordinárias extratam seu conteúdo diretamente do texto constitucional.”<sup>25</sup>*

No entanto, diante da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, fez questão de frisar a vinculação de todas as normas do sistema à estrutura construtiva da norma prevista no Parágrafo Único do art. 59 do Texto Constitucional: “Quanto à hierarquia da lei complementar é que devemos registrar a novidade, pois, assim que forem editados os preceitos a que alude o parágrafo único do art. 59, a lei ordinária e as que lhe forem equiparadas ficarão a ela submetidas, sob o ângulo formal. No que tange ao conteúdo, permanece tudo como antes.”<sup>26</sup>

O dispositivo mencionado diz o seguinte: “Art. 59. (...) Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

Esta lei já existe. É a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Cabe, então, aproveitar esta oportunidade e apresentar três das mais importantes questões levadas ao Poder Judiciário brasileiro sobre este assunto.

Duas delas suscitam a questão de uma lei ordinária válida, de acordo com a Constituição antecedente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com a nova Constituição, deixando de poder sofrer, por isto, alteração por lei ordinária.

São as questões cogitadas: a discussão sobre o Programa

---

<sup>25</sup> A referência a este trecho já foi feita em nota de rodapé anterior, quando se discutira se era possível as medidas provisórias serem utilizadas em matéria própria às leis complementares. CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário, 4ª ed., 1991, obra citada, ps. 134-136.

<sup>26</sup> CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário, 4 ed., 1991, obra citada, p. 140.

de Integração Social (PIS); a polêmica sobre a quebra do sigilo bancário e a natureza jurídica da lei do Código Tributário Nacional.

Apresentarei arestos sobre cada um destes temas. O critério de seleção foi o da clareza de exposição do problema. (*Observação*: como se poderá constatar, ainda está muito em voga, no Judiciário nacional, o entendimento da existência de hierarquia entre a lei complementar e a ordinária).

#### 1. Programa de Integração Social.

Aqui, o Tribunal concluiu no sentido de que a Constituição anterior do Brasil não exigia lei complementar para tratar deste assunto. No entanto, em face do entendimento dominante na época, optou-se por ela. Ocorre que a mesma foi alterada como se fosse lei ordinária, suscitando o problema da hierarquia e da pertinência constitucional deste procedimento.

É a Decisão, que, até hoje, no início de um novo século, ainda vem servindo de precedente para o deslinde das demandas judiciais remanescentes neste tema:

*“A edição de lei complementar só é inafastável quando a Constituição expressamente prevê. O Programa de Integração Social foi criado para atender mandamento constitucional, constante do art. 165, inc. V, da Constituição de 1967, redação da Emenda nº 01/69. Ora, tal dispositivo constitucional – art. 165 – exigia, para a implementação dos direitos nele mencionados, a existência de lei, não de lei complementar. A criação do PIS, via lei complementar, a de nº 07/70, deveu-se a entendimento, dominante à época, de sua edição, de que a contribuição para o aludido programa tinha natureza jurídica de tributo. Assim, para que não fosse desatendido o comando do art. 62, § 2º., da Constituição então vigente, editou-se a mesma. Porém, com a vigência da Emenda Constitucional nº 08/77, a contribuição para o PIS deixou de se revestir de tal natureza, como reiteradamente entendeu o colendo Supremo Tribunal Federal. Nestas condições, a denominada Lei Complementar nº 07/70 perdeu esta hierarquia, de-*

*vendo-se ter a mesma como lei ordinária. Ora, se passou a ter a hierarquia de lei ordinária, é possível a sua alteração pela via do decreto-lei, técnica de expressão da ordem jurídica então vigente, de igual posição, como seguidamente entendeu a jurisprudência. Inocorrente, desta forma, lesão ao princípio da hierarquia das leis. A expressão 'finanças públicas', empregada no inc. II do art. 55 da Constituição revogada, não tem uma conotação restritiva, no sentido de que se refere, exclusivamente, aos recursos monetários administrados pelo Estado em seu próprio interesse. No Estado moderno, a expressão também abarca aquela soma de dinheiro que o Estado administra, por expressa disposição de lei, mas que só mediatamente é do seu interesse. O Programa de Integração Social visa assegurar aos trabalhadores a participação no lucro das empresas, que será maior na medida em que for crescente o desenvolvimento econômico nacional. Ora, tal crescimento implementa-se através de planos nacionais de desenvolvimento que, aplicando os recursos obtidos com a contribuição para o PIS, provocará o crescimento deste. Refere-se ele, pois, a um aspecto de macroeconomia, afetador do desenvolvimento nacional e, via de consequência, dizendo respeito às finanças públicas, cujo regramento era possível, na ordem constitucional então vigente, por meio de decreto-lei. Arguição de inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 400200, 1989, Rio Grande do Sul, Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 14.11.90, p. 27126. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, p. 54. Relator para o Acórdão Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria”.*

## 2. Sigilo bancário.

Aqui, além de haver uma discussão sobre o princípio do devido processo legal, concluiu-se que uma lei ordinária válida, de acordo com o sistema constitucional anterior, poderá, perfeitamente,

vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com o novo ordenamento encimado pela nova Constituição; não podendo, daí, vir a sofrer alteração por lei ordinária.

É a Decisão:

*“A Lei nº 4.595/64, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ter força de lei complementar, não podendo ser alterada pela Lei nº 8.021/90, ordinária, e, pois, de hierarquia inferior. No entanto, se assim não for, não basta o início do procedimento fiscal, fazendo-se necessário que se observe o princípio constitucional do devido processo legal. A simples menção da abertura do procedimento fiscal, sem a comprovação de que o contribuinte sequer teria sido cientificado de sua deflagração, importa em exonerar a instituição financeira do dever de fornecer as informações solicitadas pela autoridade fiscal, abrigando-se na proteção do sigilo bancário. Remessa de Ofício nº 3105940, 1994, São Paulo. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma. DJ 31.10.95, p. 75041. Relatora Juíza LUCIA FIGUEIREDO. Unânime.”*

Ocorre que o tema do sigilo bancário e as polêmicas em torno dele, receberam importante revigoramento com a política brasileira de combate à sonegação de tributos; o que implicaria dizer, acaso haja sucesso nesta iniciativa, que a carga tributária daqueles que atualmente já pagam os seus tributos regularmente pode vir a baixar, pelo singelo motivo de que *se todos pagam*, é possível reduzir a carga tributária individual, sem prejuízo da carga tributária geral, não inviabilizando as necessárias despesas do Estado.

Foi a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, a revitalizadora das discussões; pois, no ponto de vista dos que por ela propugnam, na verdade não se estaria quebrando sigilo algum; mas apenas repassando dados das instituições financeiras para a Fazenda Pública; e, também ela, deveria guardar o respectivo sigilo.

Assim, haveria apenas uma transferência de sigilo. Dos ban-

cos para a Fazenda. Uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal.

### 3. Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional foi votado como lei ordinária, pois assim se permitia no ordenamento encabeçado pela Constituição de setembro de 1946. Ocorre que foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de janeiro de 1967, não cabendo mais alterá-lo pela via ordinária, mas tão-somente pela complementar.

Esta questão suscitou grande interesse, pois o Código Tributário Nacional é de 25 de outubro de 1966, tendo advindo, logo a seguir, uma nova Constituição.

Se a conclusão não fosse afirmativa pela sua recepção, haveria a necessidade de um novo Código.

A Decisão que vai a seguir não é a que primeiro consagrou o entendimento da recepção, mas esclarece o ocorrido, ao analisar outra importante discussão, que foi a da validade da contribuição sobre os lucros das empresas.

O Acórdão, em suma, registra que, mesmo uma lei votada como se ordinária fosse (Código Tributário Nacional), mas recepcionada por um novo sistema constitucional que lhe atribui o jaez de complementar, não pode vir a ser regularmente modificada pela via da legislatura ordinária, simplesmente porque, se assim se fizesse, restaria descumprido o novo comando constitucional:

*“Reconhecido ser o Código Tributário Nacional lei ordinária, mas com força de lei complementar, configura-se hipótese de inconstitucionalidade, e não de ilegalidade, já que usurpada competência reservada pelo Texto Maior àquele diploma. Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 89825/Rio Grande do Sul e do Colendo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Recurso Extraordinário nº 101084/Paraná. Questão preliminar que, por maioria, é rejeitada. Estabelecendo o art. 35 da Lei nº 7.713/88 que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte*

*pelo imposto de renda viola o disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa das previstas em texto de maior hierarquia. Em assim estabelecendo, o texto – art. 35 da Lei nº 7.713/88 – violentou o princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente estabelecido no art. 59 da Lei Maior. Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 404947, 1991, Rio Grande do Sul. Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 16.09.92, p. 28541. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região vol. 12, p. 40. Relator Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria.”*

#### **AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI**

*“Uma Constituição escrita – e assim tenho enfatizado em diversas decisões proferidas nesta Suprema Corte – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. A Constituição reflete um documento político-jurídico da maior importância, sob cujo império protegem-se as liberdades e impede-se a opressão governamental. A Constituição é a lei fundamental do Estado. Nela repousam os fundamentos da ordem normativa instaurada pela comunidade estatal. A normatividade subordinante que dela emerge atua como pressuposto de validade e de eficácia de todas as decisões emanadas do Poder Público. O estatuto constitucional, na pluralidade dos fins a que se acha vocacionado, reflete o momento culminante da instauração de uma ordem normativa revestida do mais elevado grau de positividade jurídica.”(Trecho do Discurso proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, na solenidade de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal realizada em Brasília/Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997).*

Por tudo o que vem sendo estudado quanto à legalidade, é pertinente a preocupação demonstrada pelo Ministro CELSO DE MELLO, que, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, fez registrar a sua indignação a respeito da impunidade dos crimes transnacionais<sup>27</sup>, falando sobre a ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis. Raciocina o Ministro, dizendo que o descumprimento das leis reduz a autoridade do direito e leva ao descrédito as instituições.

Ora, se é assim, no plano internacional, com a mesma força e indignação, certamente, o será no plano interno.

São as palavras do Ministro, indicando que o hábito do descumprimento normativo acarreta a indignação e a indiferença das populações e leva à derrocada a autoridade do direito, ferindo a própria dignidade de cada um e de todos: *“a existência da impunidade dos crimes transnacionais e a recusa de cooperação na repressão internacional a esses gravíssimos delitos constituem sinal visível de que o Estado não está sendo capaz de realizar plenamente uma das funções para as quais foi instituído. A ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis, por parte daqueles que atuam no âmbito de organizações criminosas transnacionais, traduz omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da solidariedade internacional na repressão incondicional aos delitos que ofendem a*

---

<sup>27</sup> Um dos caminhos de combate à ação internacional criminosa é a permuta de informações, relativizando o sigilo. Seguindo esta linha de raciocínio, cito duas recentes leis brasileiras: a) Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001, art. 1: *“A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.”*; b) Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, alterando o art. 199, do Código Tributário Nacional: *“A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.”*

*consciência universal e o sentimento de decência e dignidade dos povos. Por isso mesmo, a impunidade representa preocupante fator de estímulo à delinquência, gerando, no espírito do cidadão honesto, o sentimento de justa indignação contra a indiferença ética do Estado, que se revela incapaz ou destituído de vontade política para punir aqueles que transgridem as leis penais.”<sup>28</sup>*

As palavras são fortes, tal como recomenda a gravidade da situação que se constitui com o desrespeito às leis.

A opção pelo abandono da lei é extremamente perigosa. Imagine-se se outras categorias, como, por exemplo, a dos militares (Forças Armadas), viessem a se filiar ao “*direito alternativo*”, partindo para a conclusão de desconsiderar o direito legislado.

Tenho comigo que, ao contrário do que alguns possam imaginar, grande parte dos problemas jurídicos, que, atualmente, assolam o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, não são aqueles provenientes dos leigos, mas os decorrentes daqueles que têm conhecimento jurídico e deveriam chegar, por si sós, a um consenso.

Esta é a minha insistência: a forma democrática de viabilizar a segurança é a lei, que precisa atender aos limites constitucionais.

Em verdade, há quem acredite que a maior entre as manifestações políticas do Estado é a função de elaborar a lei<sup>29</sup>, pois, tanto a função executiva quanto a judiciária não seriam mais do que de aplicação legal.

Neste quadrante, é de se concordar com HANS KELSEN, que, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, sob o título “Independência dos Juízes”<sup>30</sup>, aponta a similitude entre estas duas funções

---

<sup>28</sup> O texto foi extraído do noticiário do próprio Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)), veiculado aos 05 de dezembro de 1998, com o título: *Íntegra do pronunciamento do Ministro CELSO DE MELLO aos participantes do X Congresso Interamericano do Ministério Público – Parte 4.*

<sup>29</sup> Entre as leis, tenho como de especial destaque a Lei Orçamentária.

<sup>30</sup> KELSEN, HANS. Teoria General del Derecho y del Estado. Tradução de EDUARDO GARCIA MAYNEZ. 2ª ed., revisada. México, Editora Imprenta Universitária. 1958, p. 326.

(*executiva/judiciária*), atribuindo a razões históricas a existência das diversas denominações.

Enfim, a lei é um instrumento assecuratório de liberdade, e assim foi reconhecida, por exemplo, no art. 6º da *Declaração de Direitos de 1789*, que diz: “*A liberdade consiste no poder de fazer tudo o que não ofende outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei.*” (Grifei)

Poder-se-ia pensar que esta afirmação – a lei como um instrumento assecuratório de liberdade – apenas teria incidência para o particular, onde o princípio da legalidade termina por ser resumido na frase “*pode fazer tudo, desde que a lei não proíba*”, e não em relação ao exercício das atividades próprias à Administração Pública, onde a frase seria “*só é permitido fazer aquilo que a lei determina*”.

Ocorre que, tanto na afirmação de que se pode fazer tudo, desde que a lei não proíba; quanto, também, na afirmação de que só é possível fazer aquilo que a lei determina, encontra-se o mesmo espírito, o mesmo fim.

O objetivo é um só, ou seja, o de evitar imposições sem base legal. Assim, o administrador público e o juiz não devem ser avisados como senhores que podem fazer tudo, porquanto sejam servidores da lei.

E não basta atender à legalidade, desvirtuando-a através de interpretações de conveniência e oportunidade. É preciso conformá-la à moralidade e à finalidade administrativas.

Ou, como diz HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Administrativo* (obra citada, 15ª ed., ps. 78-79): “*Cumprir simplesmente a lei na frieza do seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.*”

Foi neste sentido que o art. 37, da atual Constituição da República Federativa do Brasil, que trata da Administração Pública, ane-

xou, ao princípio da legalidade, princípios como o da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Isto porque não basta a segurança pela aplicação da lei. É necessário que se busque a interpretação que melhor atenda aos interesses sociais.

São tentativas constantes de se fixar expressões objetivas para a realização dos valores.

Feitos todos estes comentários sobre o princípio da legalidade, especialmente verificado no contexto do Brasil, é necessário continuar demonstrando os critérios permeadores das providências objetivas que demarcam o princípio da segurança jurídica.

Antes disto, no entanto, peço que se observe o quanto é importante a estabilidade legislativa. Por vezes, passa-se anos construindo uma jurisprudência sobre uma matéria polêmica, e, quando a mesma começa a dar sinais de pacificação, vem o legislador e a altera, começando tudo de novo.

Também quanto à jurisprudência, embora não haja direito adquirido à manutenção da mesma - pois até a súmula pode ser revista -, na medida em que revela o direito na prática, proclamando uma interpretação como assente, é de ser alterada, se este for o caso, com cautela<sup>31</sup>.

Enfim, a lei e o tempo será o nosso próximo objeto de análise (vide bibliografia em [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net) <sup>32</sup>).

---

<sup>31</sup> Entre as Súmulas do Supremo Tribunal Federal, aponto uma que foi cancelada e outra que vem sofrendo abrandamentos pelo Superior Tribunal de Justiça. A cancelada é a de nº 301. Era a Súmula nº 301: "Por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra prefeito municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo por *impeachment*, ou à cessação do exercício por outro motivo." Aquela que vem sendo abrandada pelo Superior Tribunal de Justiça é a de nº 621. É a Súmula nº 621: "Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis." Quanto a esta última, ver o Boletim de Jurisprudência nº 27/92, p. 73, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

<sup>32</sup> Pela extensão das fontes utilizadas, vide Bibliografia em [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net).