

Consultor Tributário: Democracia tributária e a tripartição de Poderes



O princípio da tripartição de Poderes não está em crise, ao menos na minha opinião,

mas reclama cautelosa atenção de todos. O momento é de vigília permanente, pois o máxime princípio da democracia, quando integrado de modo inexorável ao Estado Constitucional, postula que a igualdade e a liberdade dos cidadãos sejam preservadas nas suas máximas possibilidades, restringidas unicamente pela legalidade, como medida e limite de atuação dos órgãos de estado, quando atendido o devido processo legal. Nenhuma restrição às liberdades individuais pode prescindir do cumprimento integral do devido processo legal e seus subprincípios, como o duplo grau de jurisdição, a livre produção de provas e o juiz natural.

Nenhum poder ou órgão estatal recebe poderes ilimitados da Constituição. Por isso, o equilíbrio na repartição dos Poderes é princípio fundamental que se impõe como estruturante do nosso Estado Constitucional, para afastar interferências ou prejuízos ao exercício de poderes pelos órgãos de cada um deles. Portanto, não é dado a qualquer órgão ou autoridade a possibilidade de interferir ou amesquinhar competências alheias.

São muitas as ameaças recentes ao bom equilíbrio entre os Poderes, e isso nas três esferas do nosso federalismo. Interferências frequentes por membros do Judiciário nas competências dos parlamentos. Criação de créditos orçamentários vinculantes, segundo emendas de parlamentares, sem qualquer conexão com os programas de governo ou os planos orçamentários aprovados. Medidas provisórias usadas para todas as situações. Nada disso é salutar à democracia.

Outro desvirtuamento da tripartição de Poderes é a negação de direitos, o que se vê com muita frequência nas regulamentações de leis pela Administração com redução dos direitos assegurados, por “razões de Estado”, interesses de grupos ou por mera pressão política. Não é diferente o caso de aprovações de leis ou de emendas que contrariam direitos reconhecidos por decisões de tribunais, como as do STF ou do STJ.

No caso do Judiciário, ao tempo que a vontade de julgadores, com suas ideologias ou crenças personalistas, colocam programas políticos com prevalência sobre o efetivo cumprimento do devido



processo legal e das garantias constitucionais, mormente aqueles do duplo grau de jurisdição e da livre apreciação de provas, qualquer decisão tomada será fruto do arbítrio, e não prestação jurisdicional.

É da essência do Estado de Direito a substituição da vingança privada ou das pressões coletivas pelo cumprimento do devido processo legal. Decisões judiciais são legitimadas pela independência, ainda que suas decisões sejam contramajoritárias. Daí o sentido das garantias dos juízes. Ao Judiciário cabe a execução das leis. Somente quando estas se encontrem em conflito com a Constituição pode o juiz afastar sua aplicação. Portanto, a sociedade deve esperar do Judiciário o construir uma hermenêutica avançada, mas nunca em detrimento do devido processo legal, corolário do princípio do Estado Democrático de Direito.

Ora, negar o duplo grau de jurisdição, por exemplo, é negar a realização da Constituição e das leis. No Brasil, numa interpretação conforme à Constituição, não pode existir decisão, de qualquer tribunal, que afaste o direito de acesso a recursos. Não se reclama decisão de outro tribunal, mas que todo cidadão tenha acesso a recursos e os meios inerentes ao devido processo legal, e que estes sejam examinados com independência e ampla liberdade, pois seria amplamente inconstitucional receber apenas formalmente os recursos e recusar-lhes a possibilidade de “revisão” do que foi decidido em conformidade com as alegações enfrentadas. Se as provas ou as razões apresentadas não forem suficientes, nada se tem a modificar; entretanto, presentes motivos relevantes, o juiz não pode temer modificar sua decisão.

Precisaremos extrair muitos ensinamentos da Ação Penal 470 para o futuro da democracia nos processos judiciais, tanto das suas virtudes quanto dos seus tropeços. Se há uma “página virada”, esta só poderá ser compreendida como a primeira parte do julgamento. Enquanto o devido processo legal não se esgotar, com os meios e recursos a ele inerentes, não haverá o que executar. Não haverá fim de processo, que só terá cabimento com independência do Tribunal (alheio a quaisquer pressões), ampla apuração das provas, afastamento das contradições e obscuridades, além de respeito ao contraditório. Não temos o direito de legar para as gerações vindouras a deterioração do princípio do devido processo legal, como é o caso do direito aos recursos legais.

Passemos à relação entre Administração e Legislativo, para que se perceba adequadamente que o direito de iniciativa parlamentar deve ser respeitado pela Administração, sem que isso possa merecer caráter vinculante, como se pretende.

A representatividade tem a missão de definir as preferências que se possam converter no conteúdo da legalidade, sempre nos limites da Constituição e dos princípios não escritos. Portanto, afetações à representatividade causam danos também aos princípios democráticos e do Estado de Direito.

Dentre as funções do parlamento, está aquela primordial de produção e tutela da legalidade. A Lei é sempre a expressão de uma vontade qualificada, que é a legislativa, e, como diz Carré de Malberg, “esta vontade legislativa deve seu caráter especial tanto à forma na qual se manifesta como ao órgão de onde provém”^[1]. Nesta, a iniciativa parlamentar assume preeminência indiscutível, mormente em matéria tributária, financeira e orçamentária.

No exercício do poder geral de iniciativa das leis, somente as que são propostas pelos parlamentares tem



o condão de assumir a condição para seguimento no processo legislativo, salvo as exceções de reserva da iniciativa popular e aquelas de competência do presidente da República, no que se incluem as medidas provisórias.

Excetuada a questão relativa à iniciativa popular e o recurso às medidas provisórias, a “iniciativa reservada” ao Poder Executivo coincide geralmente com aquelas matérias que são da sua competência administrativa.^[2] Justifica-se, assim, este poder de iniciativa reservado ao Poder Executivo, pelo vínculo necessário com matérias que demandam a força de lei de modo mais direto.

Provocado que seja, o legislador, por projeto oriundo da iniciativa reservada, esta se exaure na simples propositura, dando início ao processo legislativo, salvo específicos casos, como a proposta de lei do orçamento anual, na qual a ação parlamentar é bem mais limitada. Na iniciativa legislativa geral ou naquela *reservada*, ao fim, todas as leis passarão pela sanção presidencial, que tem poderes para exercer o veto, mesmo que o legislador a este possa se opor ao seu tempo.

As matérias *tributária e orçamentária*, como a criação de fundos e outros que afetem o orçamento de algum modo, dependerão sempre de lei, de competência de “iniciativa reservada” ao Poder Executivo, por força dos artigos 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea “b”, e 63 da CF. E leis que devem ser vinculantes para todos. Sobre isso passamos a cuidar.

Daí a *iniciativa*, no regime constitucional, vir prevista como medida pluralística, constitucionalmente atribuída a pessoas previamente definidas. Cuida-se de um *direito-poder*, como bem observou Canotilho, ou seja, de dever concretamente imposto pela Constituição como ordem para legislar^[3], assim atribuído a cada sujeito competente.

Interessa-nos examinar a iniciativa legislativa, para verificar se, quando seu impulso fique reservado ao executivo ou qualquer outro órgão, isso teria alguma força para obstar o órgão que detém a competência para fazê-lo, no exercício lícito do seu campo material de atividade legiferante.

A competência de *iniciativa das leis*, como regra geral, pertence aos membros do legislativo (iniciativa interna ao órgão legislativo) e, por exceção, nos casos previamente designados na Constituição, como modalidade de “reserva de iniciativa”, atribuída a certos órgãos do Estado, como o presidente da República, o Supremo Tribunal Federal e outros^[4]; e ainda, em qualquer modalidade, cumpre aos cidadãos em geral o direito de participação, ou de *iniciativa popular*, desde que atendido o quórum mínimo de assinaturas. Excetuando-se esse último caso, podemos dizer com tranquilidade que, afastado o caso da competência de elaboração dos regimentos dos tribunais e dos projetos de leis orçamentárias, que são de competência de iniciativa *exclusiva*, todas as demais competências de iniciativa são *relativas*, razão pela qual nada impede que o legislativo possa propor projetos sobre as respectivas matérias.

Para algumas matérias, preferiu a Constituição atribuir ao presidente da República competência para iniciativa legislativa, logo, reservada a determinadas matérias, como a *tributária* e a *orçamentária* (art. 61, § 1º, II, “b”), por estarem diretamente vinculadas à gestão das finanças públicas e a certas competências administrativas, passando o Executivo a ter prerrogativa de provocar a inércia legislativa

para iniciar a tramitação de projeto de lei cujo resultado, sob a forma de lei, posteriormente, será encaminhado ao próprio presidente para a competente sanção, promulgação e publicação (art. 84, IV, da CF).

A competência de “iniciativa reservada” do chefe do Executivo, diversamente do que se supõe, tem origem na necessidade de controle legislativo sobre os atos do executivo que comportem implicações financeiras. Isso é algo decorrente de tempos em que a Administração detinha maiores poderes que o próprio parlamento. Na atualidade, em face dos efeitos da tripartição dos Poderes e outros efeitos típicos do princípio republicano, essa combinação de esforços justifica-se como medida técnica para fomentar maior controle e rigor na condução administrativa e financeira do Estado, porém com franco predomínio dos interesses legislativos na determinação do controle e da execução das leis financeiras. Como bem observou Temístocles Brandão Cavalcanti, “os casos de ‘iniciativa’ do Poder Executivo e, portanto, de limitações à competência da Câmara, devem ser interpretados, restritivamente, as dúvidas, beneficiando a competência da Câmara, por constituírem exceção à regra geral, (...) é indubitável que, levado a extremos (...), importa no cerceamento da atividade legislativa”[\[5\]](#).

Em vista disso, mesmo que reconhecido o direito de iniciativa, não que dizer que implique “proibição” para o Legislativo exercer seu poder geral de iniciativa, porquanto ainda lhe resta o mecanismo de sanção, para aprovar ou vetar as leis naquilo que não lhe pareça conforme aos interesses públicos, incluído aí o bom andamento financeiro ou administrativo, além de uma espécie de controle prévio de inconstitucionalidade, no caso brasileiro, conforme dispõe o artigo 64 da CF.

Nas matérias de *iniciativa* do Poder Executivo, a competência legislativa é sempre *concorrente*. Não o é como na espécie de regimentos internos, dos tribunais ou dos orçamentos anuais, estes últimos entendidos sempre pela jurisprudência do STF como leis de *efeitos concretos*[\[6\]](#). Não acompanha esses, portanto, a legislação do orçamento, matéria para a qual, apesar de ter-se tratamento genérico previsto no artigo 61, parágrafo 1º, da Constituição, mais adiante, apresentam-se diversas regras sobre os distintos modelos de leis orçamentárias e seus projetos somente podem ser propostos nos termos dos procedimentos ali assinalados[\[7\]](#) (por exemplo o artigo 165, inciso III, da CF). Para todas as matérias que ali não estão versadas em rito autônomo, o procedimento será sempre *concorrente*.

E tanto é assim que, em qualquer matéria, os parlamentares podem, e devem, apresentar propostas de modificação de qualquer projeto de lei, inclusive aqueles de cunho orçamentário ou tributário[\[8\]](#). A vinculação da proposta limita-se, destarte, unicamente aos poderes de apresentação *ab initio*, não se estendendo ao conteúdo, que poderá sofrer modificações por meio de propostas de emendas ou alterações.

No caso do orçamento, ele não poderá ser rejeitado, mas certamente poderá receber inúmeras emendas, tantas quantas julguem necessárias os deputados ou senadores[\[9\]](#). É o que Jorge Miranda chama de *iniciativa superveniente*.

No Brasil, o artigo 63 da Constituição admite o direito de propor emendas nos projetos de iniciativa reservada do presidente, apenas prevendo a proibição de que estas se prestem a gerar “aumento da despesa prevista”[\[10\]](#).



A *iniciativa* de apresentação do projeto de lei, como bem diz Carré de Malberg, não é, por si só, um ato de competência legislativa. É, sem dúvida, uma operação essencial, já que se presta como provocação para que o parlamento discuta o conteúdo normativo, porém, para que um órgão possa ser considerado como partícipe da competência legislativa não basta que tenha poder de pôr em movimento esses poderes, ou mesmo que tenha poderes para conferir vigência ao seu conteúdo[11], porquanto desprovido de qualquer *mandamento legislativo* (vontade reveladora do poder popular representado no parlamento). A iniciativa reservada ao presidente da República, diz ele, é só uma consequência de sua função e de sua tarefa de administração[12], de um tal modo que o exercício de tarefa impulsionadora decorre da sua atividade administrativa, não se revelando como qualquer conteúdo legislativo.

Nesse particular, a *competência da iniciativa* pode coincidir com os poderes dos membros do parlamento (i), quedar-se numa condição concorrente com a competência atribuída a um ou mais órgãos específicos (ii) ou, ainda, vir atribuída de modo exclusivo a um terceiro órgão (iii). Com agradável surpresa, vimos em Jorge Miranda coincidência de opinião nesse particular, ao dizer que “iniciativa legislativa” não se confunde com “competência legislativa”, pois “iniciativa legislativa significa *proponer* a lei, competência *decretar* a lei”[13].

A promulgação e publicação da lei no Diário Oficial dependem de ato prévio, a sanção presidencial, que é exigência constitucional. Ao término do processo legislativo, a *promulgação* da lei, após o ato da sanção, visa a conferir *executoriedade* à lei, enquanto que a *publicação* propõe-se como meio de *publicidade* do seu conteúdo, posto ser o Executivo o responsável pela execução das leis. Por isso, ao presidente encontra-se atribuído o poder de *promulgação*.

Por isso, cumpre ao Presidente da República, na oportunidade da sanção arguir eventual *vício de iniciativa*, ao que se pode seguir o veto, caso entenda “inconstitucional ou contrário ao interesse público”. Atendida a constitucionalidade formal, a justificativa para o “veto” somente poderá ser motivada por inconstitucionalidades materiais ou mesmo por prejuízo ao interesse público. Nesse caso, a sanção, será bastante em si para confirmar a cooperação do Executivo e assentimento ao conteúdo da lei aprovada.

Apesar das tantas críticas da população ao legislativo, justas nas suas aspirações de austeridade, essa realidade não pode servir como justificativa para prejudicar a legitimação do parlamento no âmbito das suas competências. Este compromisso com o equilíbrio da relação entre os poderes é dever de todos aqueles que tenham como responsabilidade cumprir e fazer cumprir a Constituição. A proteção da divisão de poderes é uma conquista da segurança jurídica, na realização do princípio do Estado Democrático de Direitos. Nesse sentido, é igualmente um direito fundamental de todos.

[1] CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 353;

[2] *Passim*, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3ª ed., SP: Saraiva, 1995,

p. 204, “o aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante”.

[3] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Directo Constitucional*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, p. 767;

[4] “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição”.

[5] Cavalcanti, Temístocles Brandão. Parecer: Lei de aumento de vencimentos – iniciativa do poder executivo – sanção – ratificação e homologação. *Revista de Direito Administrativo*, RJ: FGV, 1961, nº 72, p. 419. E mais adiante, confirma seu entendimento: “Se foi o Poder Executivo quem, pela sanção, verificou que, na hipótese, o procedimento legislativo não feriu a política governamental na matéria, não há como admitir-se que o Judiciário anule uma lei, impedindo a sua execução, por uma consideração meramente formal, desde que a aprovação do preceito legal supriu a nulidade”.

[6] “EMENTA: – CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei 10.266, de 2001. I. – Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. – Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. – Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida”. ADI 2484 – MC/DF. STF, Pleno, Min. CARLOS VELLOSO. DJ 14/11/2003

[7] “Competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais. Precedentes: ADIN 103 e ADIN 550”. (ADI 1.759-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/04/01).

[8] O STF reconhece idêntico cabimento, mormente em matéria tributária, *in verbis*: “No mérito, não tem relevância jurídica capaz de conduzir à suspensão da eficácia da Lei impugnada o fundamento da presente arguição relativo à pretendida invasão, pela Assembléia Legislativa Estadual, da iniciativa privativa do Chefe do Executivo prevista no artigo 61, § 1º, II, b, da Constituição Federal, porquanto esta Corte (assim na ADI 2.304-MC, onde se citam como precedentes as ADIN’s — decisões liminares ou de mérito — 84, 352, 372, 724 e 2.072) tem salientado a inexistência, no processo legislativo, em geral, de reserva de iniciativa em favor do Executivo em matéria tributária, sendo que *o disposto no art. 61, § 1º, II, b, da Constituição Federal diz respeito exclusivamente aos Territórios Federais*.” (ADI 2.392-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 01/08/03. No mesmo sentido: ADI 2.474, DJ 25/04/03). E ainda: “A Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara, especialmente para os fins de instauração do respectivo processo



legislativo, ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado.” (ADI 724 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27/04/01).

[9] Como assinala Michel Temer: “O Chefe do Executivo pode deflagrar o procedimento de formação da lei, pela iniciativa. Mas é só. Deflagrado aquele procedimento, o projeto se enforma no Legislativo. Lá será emendado com adições (se possível), subtrações ou substituições. Num dado momento – depois da votação – corporifica-se o projeto *criado* pelo legislativo”. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9ª ed., SP: Malheiros, 1992, p. 130;

[10] “Não havendo aumento de despesa, o Poder Legislativo pode emendar projeto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, mas esse poder não é ilimitado, não se estendendo ele a emendas que não guardem estreita pertinência com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo pelo Executivo e que digam respeito a matéria que também é da iniciativa privativa daquela autoridade.” (ADI 546, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14/04/00); “Processo legislativo. Iniciativa privativa do poder executivo. Emenda pelo Poder Legislativo. Aumento de despesa. (...) Entendimento consolidado desta Corte no sentido de ser *permitido a Parlamentares apresentar emendas a projeto de iniciativa privativa do Executivo, desde que não causem aumento de despesas* (art. 61, § 1º, a e c combinado com o art. 63, I, todos da CF/88). Inaplicabilidade ao caso concreto.” (RE 274.383, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 22/04/05).

[11] CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 354;

[12] *Ibidem*, p. 355;

[13] *Ibidem*, p. 244;

Date Created

14/08/2013