



SEGURANÇA JURÍDICA E A QUESTÃO DA HIERARQUIA DA LEI COMPLEMENTAR

*Hugo de Brito Machado**

RESUMO

No presente artigo objetiva-se defender a definição da identidade da lei complementar, com base no processo da sua elaboração e não na matéria compreendida, critério que irá conferir uma maior segurança jurídica ao nosso ordenamento.

Palavras-chave

Segurança jurídica. Lei complementar. Hierarquização normativa

ABSTRACT

This article aims at defending the identity of complementary law based in its elaboration process rather than the subject contained in it, with the conviction that this criteria will reinforce the juridical security of our system.

Key-words

Legal security. Complementary Law. Legal hierarchy

1. INTRODUÇÃO

Tem sido questionada a existência de superioridade hierárquica da lei complementar relativamente à lei ordinária. Entre as correntes doutrinárias que se formaram no trato do assunto destaca-se a daqueles que sustentam não se tratar propriamente de uma questão de hierarquia de normas, mas de reserva de competência. Como a Constituição Federal estabelece que certas matérias devem ser tratadas por lei complementar, delas não se poderia ocupar a lei ordinária. Assim, uma lei ordinária que tratasse de matéria reservada à lei complementar seria inconstitucional por invasão da competência do legislador complementar. Por outro lado, a lei complementar que tratasse de matéria a ela não reservada seria simplesmente uma lei ordinária.

* Juiz aposentado do TRF da 5ª Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

Não obstante fundada em argumentos consistentes, e tendo em seu apoio manifestações de tributaristas os mais respeitáveis do País, essa corrente de pensamento doutrinário incrementa significativamente a insegurança jurídica e por isto mesmo a nosso ver, sem prejuízo de outros questionamentos que pode suscitar, deve ser objeto da nossa reflexão, posto que a segurança jurídica é indiscutivelmente um dos valores fundamentais da humanidade, que ao Direito cabe preservar.

A verdadeira questão que se coloca em torno da lei complementar diz respeito à identidade dessa espécie normativa, e não propriamente a sua posição hierárquica em nosso ordenamento jurídico. É praticamente pacífico o entendimento segundo o qual em nosso ordenamento jurídico a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária. A questão está em saber o que é uma lei complementar, posto que para significativa corrente doutrinária só é lei complementar aquela que trata de matérias pela Constituição reservadas a essa espécie normativa.

A nosso ver a identidade específica da lei complementar não deve ser buscada na matéria de que a mesma se ocupa, mas no procedimento adotado para a sua elaboração. Além da Constituição Federal, o regimento do Congresso Nacional alberga normas disciplinando o procedimento para discussão e votação das leis, com regras específicas cuja aplicação caracteriza a espécie legislativa como lei complementar.

Mais importante, porém, é que essa opção interpretativa contribui valiosamente para a preservação da segurança jurídica. Porque assim nos parece é que vamos neste pequeno estudo procurar demonstrar que a qualificação das espécies normativas, entre as quais a lei complementar, tendo em vista seus elementos formais, além de estar consagrada em nosso direito positivo, realiza mais adequadamente a segurança jurídica.

2. SEGURANÇA JURÍDICA

2.1. Importância como valor a ser preservado pelo Direito

A vida e o espírito postulam um direito justo, mas pedem também, e antes de tudo, segurança, e portanto um direito certo, ainda que menos justo.

A certeza do direito, sem a qual não pode haver uma regular previsibilidade das decisões dos tribunais, é na verdade condição evidente e indispensável para que cada um possa ajuizar das conseqüências de seus actos, saber quais os bens que a ordem jurídica lhe garante, traçar e executar os seus planos de futuro.¹

A segurança é um dos valores fundamentais da humanidade, que ao Direito cabe preservar. Ao lado do valor justiça, tem sido referida como os

¹ ANDRADE, Manuel A. Domingos de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 54

únicos elementos que, no Direito, escapam à relatividade no tempo e no espaço. “Podemos resumir o nosso pensamento” - assevera Radbruch – “dizendo que os elementos universalmente válidos da idéia de direito são só a justiça e a segurança.”² Daí se pode concluir que o prestar-se como instrumento para preservar a justiça, e a segurança, é algo essencial para o Direito. Em outras palavras, sistema normativo que não tende a preservar a justiça, nem a segurança, efetivamente não é Direito.³

Digna de registro é a lição que nos oferecem Diogo Leite de Campos e Mônica Horta Neves Leite de Campos, relativamente ao Direito português:

Existe uma ordem no direito Fiscal português? As normas de Direito Fiscal podem ser entendidas em termos de sistema, orientado por princípios de justiça, organizadas por níveis de generalidade ou imperatividade, harmônicas, não contraditórias?

Basta contemplar as constantes alterações a que estão sujeitas as leis fiscais, mesmo as mais recentes e as de presumida maior valia técnica, para se pôr imediatamente em dúvida qualquer sentido de ordem, e se começar a suspeitar que as normas tributárias nada mais serão de que um “agregado” informe, unidas só pela vontade “imperiosa” do legislador. Agregadas por força de múltiplos interesse e pressões, sobretudo pelo interesse do legislador em obter cada vez mais receitas – os fins justificando os meios. ... Tudo em prejuízo do interesse público, do governo do povo pelo povo, e para o povo, que está na base da democracia. E o povo, presumido autor das normas tributárias através dos seus representantes no parlamento, deixa de reconhecer os seus interesses nessas normas que surgem cada vez mais como um sorvedoiro insaciável de bens.

(...)

A primeira – talvez principal – vítima desta espiral é a segurança do Direito. Segurança que, ao lado da Justiça, constitui o pilar do Direito e da própria sociedade. Os agentes econômicos, famílias e empresas, vêem-se impossibilitados de fazer previsões; uma sociedade que se constitui para prosseguir um certo objecto, tem de se extinguir por uma alteração inopinada do Direito Fiscal tornar inviável a prossecução dessa finalidade; leis retroactivas vêm pôr em causa as mais estáveis economias domésticas ou empresariais; etc.

O legislador fiscal parece incapaz de prever para mais do que um ano civil; mesmo diplomas baptizados pomposamente com o nome de “código”, passados poucos exercícios estão descaracterizados.

² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. T. do Prof. L. Cabral de Moncada, 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 162

³ MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 123

A ponto de o cidadão se perguntar se a culpa também não será da Doutrina que terá revelado dificuldade em estabelecer os princípios axiológicos e as técnicas que informam o Direito Fiscal.

Com efeito, o Direito Fiscal como ramo autónomo do Direito só tem vindo a consolidar-se, mesmo nos Estados mais avançados nesta matéria, desde os anos quarenta deste século. E, a partir daí, a doutrina pouco mais tem podido do que fazer emergir alguns critérios de justiça, muito genéricos, e algumas escassas regras técnicas, uns e outras olhados, frequentemente, com suma indiferença pelos legisladores e pelos tribunais.”⁴

No Brasil não é diferente. Temos enorme inflação legislativa e uma desordem absoluta nas normas às quais nos devemos submeter. Por isto mesmo a nosso ver o mais proveitoso dos esforços que o jurista pode e deve desenvolver na interpretação das leis – e não apenas das leis tributárias – deve orientar-se no sentido de preservar a segurança jurídica.

Segurança e justiça, portanto, são as únicas idéias universalmente válidas para o verdadeiro jurista. E uma não deve excluir a outra. "Sem ordem não há como fazer justiça, e sem justiça não há como manter a ordem." ⁵. Cuida-se, na verdade, de valores que se completam para viabilizar a convivência. Valores que se condicionam reciprocamente, como afirma Larenz:

*La paz jurídica y a justicia, los dos componentes principales de la idea del Derecho, están entre sí en una relación dialéctica, lo cual significa, por una parte, que se condicionan reciprocamente. A la larga la paz jurídica no está asegurada, se el ordenamiento que subyace a ella es injusto y se siente como tal cada vez más. Donde la paz jurídica falta, donde cada uno trata de realizar su (supuesto) derecho con sus puños o domina la guerra civil, desaparece la justicia. Triunfa el llamado "derecho del más fuerte", que es lo contrario de un orden justo.*⁶

A segurança jurídica se mostra da maior importância no presente estudo especialmente porque a opção por uma das teses a respeito da identidade específica da lei complementar implica prestigiar ou desconsiderar esse valor. Na verdade a tese que aponta essa identidade a partir dos elementos formais prestigia, enquanto a tese que exige, para completar essa identidade, o elemento de conteúdo, desconsidera a segurança jurídica.

2.2. Segurança jurídica e identidade da lei complementar

Temos sustentado, já faz algum tempo, que a doutrina segundo a qual a

⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito Tributário*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 9-10.

⁵ VASCONCELOS, Arnaldo Vasconcelos. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 11.

⁶ LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de etica jurídica*. trad. de Luis Díez-Pecazo. Madri: Civitas, p. 51.

identidade da lei complementar se perfaz com o elemento material, não realiza o valor segurança.⁷ Conhecemos, porém, objeções ao nosso ponto de vista. Ivani Silva da Luz, ilustrada Juíza Federal da 20ª Vara de Minas Gerais, a ele se referiu para divergir, asseverando:

Penso, ao contrário do que afirma aquele eminente tributarista, que a tese por ele defendida não homenageia o princípio da segurança jurídica, pois não cabe ao legislador ordinário escolher as matérias que elevará à categoria de lei complementar, porque importaria em alterar a vontade do legislador constituinte, bastando anotar que matéria de lei complementar é indelegável (CF, 68, § 1º)

E mais do que isso, o legislador ordinário poderia chegar ao extremo de só editar lei complementar, tornando a lei ordinária figura decorativa.⁸

Na verdade atribuímos ao legislador a tarefa de escolher as matérias que elevará à categoria de lei complementar é bem mais seguro do que deixar a todos os intérpretes da Constituição a tarefa de definir o âmbito das matérias reservadas a essa espécie normativa. E o risco de que o legislador passe a editar somente leis complementares é o mesmo de passar este a editar somente emendas constitucionais. E nem por isto se vai sustentar que as emendas constitucionais não podem colocar no âmbito da Constituição normas antes tratadas por leis ordinárias, ou até por simples portarias, como se tem visto em recentes emendas que cuidam de matéria tributária.

Talvez por deficiência de nossa exposição não logamos convencer de que a tese segundo a qual a identidade da lei complementar exige o concurso do elemento material é nociva à segurança jurídica, que é preservada, isto sim, pela tese que defendemos, segundo a qual a identidade da lei complementar se perfaz à luz do elemento formal, tal como acontece, aliás, com as espécies normativas em geral.

Daí porque, convencidos de que devemos defender a segurança jurídica, empreendemos esta nova tentativa de demonstrar que a tese contra a qual nos colocamos realmente presta serviços à insegurança.

2.2. A insegurança decorrente da identificação pelo elemento material

2.2.1. Matérias reservadas à lei complementar

A Constituição Federal em diversos dos seus dispositivos formula reserva de matérias à lei complementar. Além dos exemplos por nós já citados neste

⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Posição hierárquica da lei complementar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 14, São Paulo: Dialética, novembro de 1996, p. 19.

⁸ LUZ, Ivani Silva da. Lei complementar e lei ordinária. *Correio Brasiliense, Direito & Justiça*, dia 12/07/99, p. 4.

estudo (Item 2.1.2.), temos diversos outros dispositivos indicando matéria da denominada reserva de lei complementar. Para facilitar nossa exposição vamos nos referir apenas a alguns deles, que tratam de matéria tributária. Aqueles cuja análise, mesmo superficial, nos parece suficiente para demonstrarmos a enorme insegurança criada pela atribuição, a todos os intérpretes da Constituição, da tarefa de delimitar as matérias reservadas a essa importante espécie normativa.

Vejamos:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I, e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

O exame dessas normas do art. 146 já nos demonstra que se o intérprete da Constituição atribuir a algumas das palavras e expressões nelas contidas um significado amplo, inteiramente possível em face da Teoria do Direito Tributário de todos conhecida, chegaremos à conclusão de que praticamente todo o Direito Tributário deve ser composto por leis complementares.

O que devemos entender por normas gerais sobre legislação tributária ? Essa questão já pode ser suficiente para que se estabeleça um interminável debate em torno da delimitação do campo das leis complementares em matéria tributária.

Teríamos de admitir que os fatos geradores e as bases de cálculo de todos os impostos devem ser descritos em lei complementar?

Teríamos de admitir também que todos os prazos de prescrição em matéria tributária devem ser fixados pela lei complementar?

Como se não bastasse, estabelece, ainda, a Constituição: Art. 146-A. A lei

complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Onde estará, neste caso, a fronteira entre a matéria reservada à lei complementar e aquela que pode ser tratada por lei ordinária? Se antes era extremamente problemática a fronteira das matérias reservadas à lei complementar, em face do art. 146-A, acima transcrito, tornou-se inteiramente impossível essa definição.

Na verdade neste caso não existe fronteira. Tudo nos leva a crer que a lei complementar será utilizada simplesmente para obrigar Estados e Municípios, mas tratará exatamente da mesma matéria que pode ser tratada, no que concerne aos tributos federais, por lei ordinária da União. E em sendo assim coloca-se a questão crucial: a lei complementar que estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, não será superior à lei ordinária da União que também o fizer? Com certeza ambas estarão tratando da mesmíssima matéria. Onde estará a diferença entre uma e a outra dessas espécies normativas?

2.2.2. Indefinição da identidade específica da lei complementar

A dificuldade, que é evidente em diversos dispositivos da Constituição Federal, de se definir os limites das matérias reservadas à lei complementar conduz, automaticamente, à dificuldade na definição da identidade específica dessa espécie normativa. E a impossibilidade, que se revela em seu art. 146-A, de se definir a matéria reservada à lei complementar, conduz à impossibilidade de definição dessa espécie normativa. Mas, para argumentar, vamos considerar que se trata apenas de dificuldade e não de impossibilidade.

Quando se afirma que a lei complementar é apenas aquela que trata das matérias reservadas pela Constituição a essa espécie normativa, retira-se do legislador a atribuição de interpretar com exclusividade as normas da Constituição que definem aquelas matérias, deixando-se essa atribuição com todos os intérpretes da Constituição. Em outras palavras, retira-se do legislador a atribuição de estabelecer a identidade específica das leis complementares, transferindo-se essa atribuição para a doutrina e para a jurisprudência, o que, por razões de todos conhecidas, instaura enorme insegurança, na medida em que deixa a critério de cada doutrinador e de cada juiz a atribuição de dizer se determinada lei aprovada como lei complementar é realmente dessa espécie normativa ou se é uma lei ordinária.

Bem melhor, portanto, para realizar o valor segurança, é admitirmos que o legislador decida o que deve ser tratado por lei complementar, em atenção aos dispositivos da constituição que estabelecem a reserva de certas matérias a essa espécie normativa.

Mesmo que o legislador, por qualquer razão, utilize a lei complementar para regular matérias que não se encontram no campo a essa espécie normativa reservado pela Constituição, isto só contribuirá para prestigiar o valor segurança, evitando-se que as normas sobre tais matérias venham a ser alteradas por eventuais maiorias parlamentares que podem aprovar uma lei ordinária embora não alcancem o quorum necessário para aprovação de lei complementar.

Como se vê, não há dúvida de que da identificação da lei complementar por critério formal resulta maior segurança jurídica. Além disto, voltando-se à análise do assunto no plano do Direito positivo, também não vê razão alguma para admitir que a identidade específica da lei complementar deva depender da matéria de que se ocupa, pois não existe na Constituição nenhum limite à utilização da lei complementar.

2.2.3. Oportunidade ao abuso de medidas provisórias

Com a nova redação dada ao art. 62 da Constituição Federal pela Emenda 32 já não há dúvida. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar.⁹ Antes, porém, o tema era polêmico. Chegamos a sustentar a possibilidade de medida provisória tratando de matéria reservada à lei complementar, sendo certo que em tal hipótese a conversão em lei dependeria do quorum qualificado e a resultante seria uma lei complementar. A doutrina, todavia, orientou-se em sentido contrário, invocando razões de segurança jurídica.

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, por exemplo, em texto que parece haver sido escrito antes da citada emenda constitucional, sustenta que

sendo a lei complementar diploma legislativo de maior densidade que a lei ordinária – nível hierárquico correto para medidas provisórias –, exigindo o constituinte quorum qualificado para sua aprovação, não seria crível admitir que matérias de tal relevância à Nação fossem deixadas ao juízo de urgência e relevância de um único cidadão, que poderia consolidar, a partir da edição da medida provisória, situações de fato e de direito cuja recondução ao estado original seria, no caso de sua não conversão em lei, de difícil ou mesmo impossível promoção.¹⁰

Desse excelente argumento podemos colher duas conclusões que fortalecem nossa tese a respeito da lei complementar. Primeira, a de que realmente a exigência do quorum qualificado confere maior densidade à lei complementar. Segunda, a de que se admitirmos que não tem a hierarquia de complementar aquela que, mesmo tendo sido como tal aprovada, trata de matéria não reservada a essa espécie normativa, estaremos admitindo a edição

⁹ Constituição Federal de 1988, art. 62, § 1º, inciso III, com redação dada pela EC nº 32, de 11.09.2001.

¹⁰ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Lei Complementar, em Curso de Direito Tributário*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84.

de medidas provisórias para o trato de matérias cuja inclusão no âmbito da reserva de lei complementar possa ser questionada.

Em outras palavras, a tese segundo a qual somente será lei complementar aquela que tratar das matérias a essa espécie normativa expressamente reservadas pela Constituição amesquinha a segurança jurídica dando oportunidade ao abuso na edição de medidas provisórias para revogar ou alterar leis complementares, a pretexto de que os dispositivos revogados ou alterados tratam de matérias não reservadas à lei complementar. Como na maior parte dos casos é difícil senão impossível definir-se com precisão os limites das matérias reservadas à lei complementar, restará extremamente facilitada a burla à vedação estabelecida pelo art. 62, § 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Por apreço à segurança jurídica, portanto, é preferível admitirmos que o Congresso Nacional, ao elaborar uma lei, entende estar tratando de matéria como, por exemplo, conflitos de competências, ou limitações constitucionais ao poder de tributar, ou normas gerais em matéria de legislação tributária, e por isto opta pela forma de lei complementar e observa, em sua elaboração, as normas definidoras do procedimento próprio para a aprovação dessa espécie legislativa, sua opção deve ser respeitada, não se podendo questionar o conteúdo de cada um dos dispositivos da lei então aprovada com o propósito de demonstrar que não se trata de matéria reservada à lei complementar.

3. AUSÊNCIA DE LIMITES AO USO DE LEI COMPLEMENTAR

3.1. Enumeração de matérias

A rigor, não há na vigente Constituição qualquer norma, ou princípio, que expressa ou implicitamente autorize a conclusão de que a lei complementar somente pode cuidar das matérias a estas reservadas. É certo que existem normas, na Constituição, que tornam determinadas matérias privativas de lei complementar, o que é coisa rigorosamente diversa.

Realmente, a existência de um campo de reserva de lei complementar não quer dizer que não possa uma norma dessa espécie cuidar de outras matérias. Pode, sim, e deve, o legislador, adotar a forma de lei complementar para cuidar não apenas das matérias a este reservadas pelo constituinte, mas também de outras, às quais deseje imprimir maior estabilidade, ao colocá-las fora do alcance de maiorias ocasionais, ou até dos denominados acordos de lideranças.

Não se diga que a existência de dispositivos da Constituição, asseverando que a lei complementar cuidará de tal matéria, implica vedação ao trato de matéria diversa. Não implica. Basta ver-se que alguns dispositivos da constituição reportam-se a lei, sem qualificação, e isto não quer dizer que só a lei ordinária possa cuidar daquelas matérias.

Aliás, Mestre Paulo de Barros Carvalho o admite, asseverando:

Os assuntos que o constituinte reservou para o campo da lei complementar estão quase sempre expressos, inobstante possamos encontrar, em alguns passos, a simples alusão à lei, desacompanhada do qualificativo complementar. Em circunstâncias como essa, a bem empreendida análise do comando supremo apontará que a grandeza do tema somente pode ser objeto de lei complementar, visto que estão em pauta regulações diretas de preceitos da Lei Maior, que por outros estatutos não poderiam ser versados.¹¹

Em diversos de seus dispositivos a Constituição Federal faz referência à lei, sem indicar a qual das espécies de lei – se ordinária ou complementar – está se referindo. E nesses casos tanto pode estar se referindo à lei ordinária, como à lei complementar, o que evidencia a existência de um campo onde os assuntos tanto podem ser tratados por lei ordinária, como por lei complementar. Há quem sustente, é certo, que a referência constitucional à lei, sem indicação da espécie, é uma referência à lei ordinária. Essa tese, porém, é insustentável, bastando alguns exemplos para demonstrá-lo.

Basta, aliás, o exame do art. 5º da Constituição. Em seu caput diz que todos são iguais perante a lei, e com certeza ninguém dirá que a igualdade é somente perante a lei ordinária. Em grande número de seus incisos faz referência a lei, sem qualificação. Relativamente a alguns deles é razoável dizer-se que a referência é feita à lei ordinária, mas em alguns é indiscutível que a palavra lei abrange também a lei complementar. Nos incisos II, XXXV e XXXVI, que asseguram o princípio da legalidade, o direito à jurisdição e a irretroatividade, por exemplo, é evidente que a referência à lei abrange tanto a ordinária como a complementar.

3.2. Lei ordinária anterior à Constituição

Não se venha argumentar com a possibilidade de alteração, por lei ordinária, de uma lei como tal aprovada embora tenha adquirido depois a estatura de lei complementar. É razoável admitir-se que uma lei ordinária anterior à Constituição de 1967, que ganhou *status* de lei complementar em virtude de seu conteúdo, se contiver algum dispositivo versando matéria alheia ao campo reservado à lei complementar, poderá, nesse dispositivo, ser alterada por lei ordinária. Mas esta é uma outra questão, que restará bem compreendida se entendermos a razão pela qual a lei *ordinária* passou a ser tratada como lei complementar.

As normas são, ou não são, válidas do ponto de vista formal, se estiverem, ou não estiverem de acordo com a norma superior que lhes dá fundamento, vigente na data de sua edição. Enquanto a validade substancial resulta da conformidade da norma inferior com a norma superior no momento em que

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 136.

se faz a avaliação, a validade forma resulta da conformidade da norma inferior com a norma superior na dada da produção da norma inferior.

E tem de ser assim porque a produção de uma norma é um fato jurídico que se encarta no ordenamento jurídico no instante de sua produção. Se o ato de produção, vale dizer, o ato formal de elaboração da norma, está de acordo com a norma superior, a norma se encarta validamente no ordenamento. Mudança posterior daquela norma superior não pode atingir os de produção normativa já então consumados.

Com tais esclarecimentos fica fácil de se entender porque o Código Tributário Nacional, embora aprovado como lei ordinária, só por lei complementar pode ser alterado. Quando se diz que uma lei ordinária, editada antes da Constituição de 1967, com o advento desta passou a ser uma lei complementar, o que se quer dizer é apenas que aquela matéria, no regime da referida Constituição, só por lei complementar poderá ser tratada.

3.3. Reserva de lei ordinária

Sabemos todos que existe uma gama de matérias a respeito das quais somente a lei pode dispor. Por isto é comum fazermos referência a reserva de lei, ou reserva legal. Mas ninguém afirma que a matéria reservada à lei não possa ser tratada por norma de hierarquia superior. Nem que a lei não possa ir além da matéria a ela reservada. É inegável que a lei ordinária pode dispor a respeito de matérias que não se encontram a ela reservadas.

Em matéria tributária tivemos um interessante exemplo desse fenômeno jurídico. Questionou-se a validade de dispositivos da legislação tributária inferior que fixaram prazos para o recolhimento de tributos, tendo o fisco sustentado que o estabelecimento de tais prazos não se acha no campo da reserva legal.

Sem questionarmos a procedência dessa tese, vamos admitir que realmente é assim: o estabelecimento de prazos de recolhimento não faz parte da reserva legal. Entretanto, se existir uma lei estabelecendo determinado prazo, é inegável que um ato normativo inferior não poderá validamente alterar tal prazo. Aliás, é indiscutível a existência de matérias que, em princípio, são próprias de regulamento. Entretanto, nada impede que a lei trate dessas matérias, e se o fizer, é evidente que o regulamento não poderá alterar a lei.

3.4. Legalidade e lei complementar

O princípio da legalidade abrange na verdade uma área muito ampla, na qual somente a lei pode estabelecer normas obrigatórias (CF/88, art. 5º). Parte dessa área é reservada à lei complementar, por vários dispositivos da Constituição. A outra parte constitui área comum a ambas as espécies de lei. Existem na verdade duas reservas, uma dentro da outra. A reserva de lei, área maior, na qual normas

inferiores nada podem prescrever. E reserva de lei complementar, na qual normas inferiores não podem penetrar por força do limite mais amplo, e lei ordinária também não pode penetrar, por força do limite mais restrito.

Quando se fala em reserva legal tem-se referência à área maior. Quando se fala em reserva de lei complementar tem-se referência à área menor. Os limites dessas áreas, todavia, podem ser transpostos pela espécie normativa que dentro deles opera validamente. Assim, a lei ordinária pode dispor sobre matérias que não se encontram nos limites da reserva legal. E pela mesma razão lei complementar pode dispor sobre matérias que não se encontram nos limites da reserva de lei complementar, área menor do terreno da legalidade.

4. A LEI COMPLEMENTAR COMO ESPÉCIE DE NORMA

4.1. Exigência de elemento substancial

Como já afirmamos, há quem sustente que a caracterização de uma lei complementar exige, além dos elementos formais, também o elemento substancial, vale dizer, a matéria de que se ocupa. Somente seriam leis complementares aquelas que tratassem das matérias reservadas pela Constituição a essa espécie normativa. Geraldo Ataliba, líder dessa corrente doutrinária, afirmava que "a lei complementar, fora de seu campo específico - que é aquele expressamente estabelecido pelo constituinte - nada mais é que lei ordinária." Para a identidade específica da lei complementar seriam necessários a forma e o conteúdo.¹²

Tal entendimento, porém, como já demonstramos neste estudo, desprestigia seriamente a lei complementar, reduzindo seu âmbito de supremacia relativamente à lei ordinária, e compromete a segurança jurídica, na medida em que torna questionável, em muitos casos, a superioridade hierárquica da nova espécie normativa, em face da imprecisão do objeto regulado.¹³ Mesmo assim, em razão do prestígio de seu autor, sem reflexão alguma nós o adotamos, asseverando que se a lei complementar disciplinar matéria fora do campo que lhe foi reservado pela Constituição, neste ponto, segundo conceituados juristas, poderá ser alterada, ou revogada, por lei ordinária.¹⁴ E no mesmo sentido manifestaram-se diversos tributaristas e constitucionalistas.¹⁵

¹² ATALIBA, Geraldo Ataliba. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p.36.

¹³ Em casos como o estabelecido no art. 146, inciso III, será sempre problemática a questão dos limites do objeto a ser regulado pela lei complementar.

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.25.

¹⁵ Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, *Lei Complementar*. in: *Curso de Direito Tributário*, Coord. de Ives Gandra da Silva Martins, Belém-Pa/São Paulo: CEJUP/CEEU, 1993, p. 95; José Souto Maior Borges, *Lei Complementar Tributária*, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: EDUC, 1985, p. 26; Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 109; Hamilton Dias de Souza, *Lei Complementar em Matéria Tributária*. in *Curso de Direito Tributário*, coord. Ives Gandra

Não obstante enfático quanto à superioridade hierárquica da lei complementar em relação à lei ordinária, Ives Gandra da Silva Martins declara ter razão a doutrina que afirma ter a lei complementar seu campo próprio de atuação.¹⁶ E com isto, ao que parece, adota a tese segundo a qual, dispondo fora desse campo, a lei complementar perde sua natureza específica e por isto pode ser revogada pela lei ordinária.

Meditando sobre o tema, relendo as referidas lições da doutrina, e especialmente relendo os dispositivos da Constituição, modificamos nosso ponto de vista. Na verdade a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária, e tem sua identidade específica independentemente da matéria que regula. Mesmo que disponha sobre matéria a ela não reservada pela Constituição, não poderá ser alterada ou revogada por lei ordinária.

4.2. A doutrina estrangeira

Geraldo Ataliba, que combatia os argumentos calcados em doutrinas estrangeiras, ao sustentar a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária nada mais faz do que reproduzir a doutrina de Enterría,¹⁷ desenvolvida no sentido de demonstrar que a lei ordinária não pode modificar uma lei orgânica, não porque a sua categoria normativa seja inferior à desta, mas porque a Constituição lhe proíbe o acesso às matérias reservadas às leis orgânicas.

Na doutrina estrangeira, porém, encontramos também, e preferimos, a lição de Marcello Caetano, assim expressa:

O nosso país rege-se por uma Constituição escrita, cuja elaboração e modificação obedecem a um processo legislativo diverso do adoptado para o comum das leis: temos, portanto, uma Constituição rígida.

Materialmente só deveriam ser constitucionais as normas relativas à instituição e competência dos órgãos da soberania e aos limites do poder político. Porém, a existência de processo especial de produção das leis constitucionais leva o jurista a considerar compreendidas nessa categoria todas as normas definidas e impostas por via desse processo.¹⁸

da Silva Martins, São Paulo: Saraiva, 1982, p.29; Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Manual de direito financeiro e tributário*, São Paulo: Saraiva, 1993, p.103; Edgar Lincoln de Proença Rosa, *A Questão do Decreto-Lei Sobre Tributos*: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p.56; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. Saraiva: São Paulo, 1991, p. 164/166, e *Dicionário de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 1994, p.99; Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*. 10ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 142.

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 84-85.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 163-165.

¹⁸ CAETANO, Marcello Caetano. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 88.

4.3. A questão do fundamento de validade

Sustentam alguns que a lei complementar não constitui fundamento de validade da lei ordinária, e portanto não pode ser a esta superior. O argumento é aparentemente consistente, mas só aparentemente. Na verdade o fundamento de validade de uma norma de Direito positivo, à luz dos conceitos positivistas, só pode estar em uma norma superior. Todavia, além de ser questionável essa tese, ela não tem nem pode ter o alcance que se lhe pretende atribuir.

Vejamos o que a esse respeito doutrina Alexandre de Moraes:

A tese pela hierarquia da lei complementar sobre a lei ordinária (e os atos que tem a mesma força que esta – a lei delegada e a medida provisória) é fortemente criticada, bem como possuem diferentes campos materiais de competência. Em relação ao primeiro argumento devemos lembrar que todas as espécies normativas primárias retiram seu fundamento de validade da própria Constituição Federal, inclusive as próprias Emendas Constitucionais, e nem por isso se diga que estariam no mesmo patamar hierárquico que as demais.¹⁹

Como o fundamento de validade de todas as normas de um sistema é a Constituição, teríamos de admitir que só entre esta e as demais normas existe hierarquia. Existiriam, assim, somente dois planos hierárquicos, o da Constituição e o das demais normas. Mas sabemos todos que não é assim.

Realmente, a própria Constituição estabelece a hierarquia entre as diversas espécies normativas, sem que haja necessariamente de ser o processo de cada espécie normativa regulado pela espécie a ela imediatamente superior. Assim, embora tanto as leis complementares, como as leis ordinárias, tenham na própria constituição regulado o seu processo de elaboração, a posição superior da lei complementar resulta evidente da exigência de quorum qualificado para sua aprovação, e da finalidade para a qual o constituinte criou essa espécie normativa.

4.4. Taxatividade das hipóteses de reserva de lei complementar

A questão de saber se são taxativas as hipóteses de reserva de matéria à lei complementar, estabelecidas na Constituição, deve ser examinada com cautela, para que não se extraia da resposta conclusão indevida. Quando se afirma que as referidas hipótese são taxativas apenas se quer dizer que somente nelas é válido exigir-se lei complementar.

Alexandre de Moraes registra duas decisões do Supremo Tribunal Federal que bem demonstram a necessidade de cautela no exame dessa questão. Na primeira delas está dito:

Matéria sujeita ao domínio normativo da legislação ordinária. Enumeração exaustiva das hipóteses constitucionais de regramento mediante lei complementar... Só cabe lei complementar, no sistema

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1171.

de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita.²⁰

E na segunda, citada por Moraes como sendo no mesmo sentido da anterior, está dito:

De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a lei para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, como a legislação complementar.²¹

Na verdade a segunda dessas duas decisões parece expressar de modo mais exato o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao dizer que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria. Dizer-se que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz referência, e dizer-se que só cabe lei complementar quando formalmente reclamada a sua edição não é a mesma coisa. E o exame da íntegra das citadas decisões da Corte Maior nos revela que a discussão ali instaurada dizia respeito à validade, ou não, de lei ordinária. No primeiro caso tinha-se ação proposta pelo Procurador Geral da República argüindo a inconstitucionalidade da Lei nº 8.443/92, ao argumento de que seria necessária lei complementar para tratar da matéria concernente ao Ministério Público perante o Tribunal de Contas da União. E no segundo caso tinha-se ação proposta pela Confederação Nacional de Saúde Hospitalar, argüindo a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.732/98, relativos a requisitos para o gozo de imunidade tributária.

Nos dois casos em referência, como em diversos outros, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que onde a Constituição exige lei, tanto pode ser a complementar como a ordinária. E sendo assim resta evidente que a lei complementar pode dispor sobre matéria que a ela não esteja expressamente reservada.

Certamente a lei ordinária não pode invadir o campo reservado à lei complementar,²² porque isto implica desrespeito à norma da Constituição que formulou aquela reserva em favor da lei complementar. Nada impede, todavia, que a lei complementar extrapole o campo a ela reservado, disciplinando matéria que poderia ser tratada por lei ordinária.

²⁰ STF, Pleno, Adin nº 789/DF, rel. Ministro Celso de Mello, DJU I do dia 19.12.94, p. 35.180, citação feita por MORAES, A. op. cit., 1172

²¹ STF, Pleno, Adin nº 2.028-5/DF, Medida liminar, rel. Ministro Moreira Alves, DJU I de 16.06.2000, p. 30, citação feita por MORAES, A. op. cit. p. 1172

²² STJ, 2ª Turma, REsp. nº 92.508/DF, DJU, I, de 25.08.97, pág. 39.337, citação feita por MORAES, Alexandre. op. cit. p. 1172

4.5. O legislador e a indeterminação constitucional

Se, de todo modo, persistirmos no entendimento segundo o qual a lei complementar não pode extrapolar o campo a ela reservado pela Constituição, sem perder a sua característica de lei complementar, teremos de admitir pelo menos que ao legislador deve ser concedida a atribuição para superar a indeterminação inevitável do alcance de cada norma definidora daquela reserva de lei complementar.

Por apreço à segurança jurídica devemos admitir que se o Congresso Nacional considerou que determinada lei que está elaborando cuida, por exemplo, de conflitos de competência, ou de limitações constitucionais ao poder de tributar, ou de normas gerais em matéria de legislação tributária, e por isto opta pela forma de lei complementar e observa, em sua elaboração, as normas definidoras do procedimento próprio para a aprovação dessa espécie legislativa, sua opção deve ser respeitada, não se podendo questionar o conteúdo de cada um dos dispositivos da lei então aprovada com o propósito de demonstrar que não se trata de matéria reservada à lei complementar.

Isto constituirá, sem dúvida, uma contribuição significativa da doutrina para a realização da segurança jurídica. Com ela se evitará o questionamento, em tese sempre possível, em torno do alcance de grande número de dispositivos da Constituição que formulam reserva de matérias ao legislador complementar.

5. CONCLUSÕES

Em face das razões expostas podemos firmar as seguintes conclusões:

1ª) Depois de muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno da posição hierárquica da lei complementar, é possível afirmar-se que não existe dissídio em torno da supremacia da lei complementar sobre a lei ordinária, mas, isto sim, em torno da questão de saber o que é uma lei complementar.

2ª) Realmente, enquanto os que sustentam a superioridade hierárquica da lei complementar admitem que a sua identidade específica decorre simplesmente do elemento formal, vale dizer, do fato de haver sido aprovada pelo Congresso Nacional como lei complementar, os que negam tal superioridade hierárquica sustentam que a lei complementar somente se qualifica como tal quando trata de matérias que a Constituição reserva para essa espécie normativa.

3ª) O exame do que ocorre com todas as demais espécies normativas nos demonstra que nenhuma delas ganha identidade específica à luz do elemento material, vale dizer, em razão da matéria de que trata, mas em razão do elemento formal. O que confere identidade específica a uma norma jurídica é competência do órgão do qual emana e o procedimento adotado em sua elaboração.

4ª) A existência de matérias reservadas à lei complementar impede que a lei ordinária trate, validamente, dessas matérias, mas não impede que a lei complementar trate de matérias situadas fora desse campo a ela reservado.

5ª) Além desses elementos de convicção extraídos do Direito positivo, objetivamente considerado, também do ponto de vista axiológico se chega à mesma conclusão, porque admitir que a identidade específica da lei complementar somente se completa com a matéria tratada gera grave insegurança jurídica.

6ª) Realmente, se a identidade específica da lei complementar depende da matéria da qual se ocupa, para definir-se tal identidade tem-se de, primeiramente, delimitar com precisão toda a matéria que a Constituição, em diversos dispositivos, reserva à lei complementar, e no desempenho dessa tarefa é impossível evitar-se o surgimento de inúmeros conflitos. Aliás, em face do art. 146-A da Constituição Federal, podemos afirmar que é inteiramente impossível a definição da matéria própria da lei complementar.

7ª) Assim, mesmo que se admita serem razoáveis as duas interpretações do texto constitucional, vale dizer, tanto aquela segundo a qual o elemento material é necessário para a identificação da lei complementar, como a outra, segundo a qual a lei complementar tem sua identidade específica porque como tal aprovada pelo Congresso Nacional, com observância do procedimento legislativo adequado, inclusive com observância do quorum qualificado, é indiscutível que a opção por esta última se faz preferível do ponto de vista axiológico, porque melhor realiza a segurança jurídica.

8ª) Mesmo que pretendamos sustentar que somente se configura como lei complementar aquela que trate de matéria constitucionalmente reservada a essa espécie normativa, devemos prestigiar a segurança jurídica reconhecendo ao Congresso Nacional competência para superar a indeterminação inevitável das normas constitucionais definidoras das matérias reservadas à lei complementar, e assim evitando o questionamento a respeito do alcance de grande número de dispositivos da Constituição que formulam reserva de matérias ao legislador complementar.

9ª) Ao reconhecermos que ao Congresso Nacional cabe superar a indeterminação das normas constitucionais definidoras das matérias reservadas à lei complementar estaremos prestigiando a segurança jurídica também porque serão evitados abusos na edição de medidas provisórias revogando ou alterando leis complementares a pretexto de que as mesmas tratam de matéria não compreendida na reserva constitucional

10ª) Ao adotarmos o entendimento preconizado nas duas conclusões anteriores estaremos contribuindo significativamente para que o Direito desempenhe o seu importante papel de instrumento de realização da segurança jurídica, um dos valores fundamentais da humanidade que lhe cabe preservar.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Lei Complementar, in Curso de Direito Tributário. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

- ANDRADE, Manuel A. Domingos de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1978.
- ATALIBA, Geraldo Ataliba. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- CAETANO, Marcello Caetano. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito Tributário*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de etica jurídica*. trad. de Luis Díez-Pecazo. Madri: Civitas.
- LUZ, Ivani Silva da. Lei complementar e lei ordinária. *Correio Brasiliense, Direito & Justiça*, dia 12/07/99.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. Posição hierárquica da lei complementar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 14, São Paulo: Dialética, novembro de 1996.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. T. do Prof. L. Cabral de Moncada, 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- VASCONCELOS, Arnaldo Vasconcelos. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.7z