

Cadernos do ILP



Instituto do Legislativo Paulista

Ano I - Nº02

Curso de Processo Legislativo

Tomo 1



ASSEMBLEIA
LEGISLATIVA



Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

PROCESSO LEGISLATIVO

TOMO 1



Instituto do Legislativo Paulista

Conselho Editorial:

Roberto Eduardo Lamari
Desirée Sepe de Marco
Maurílio Maldonado
Márcia de Carvalho Stamato
Fernando Coelho
Humberto Dantas
Jorge Boueri
Marco Aurélio Nogueira
Milton Lauherta
Patrícia Rosset
Wagner Iglecias

SUMÁRIO

Processo Legislativo e Democracia Representativa	4
Federalismo, Separação de Poderes e Princípio da Legalidade	16
Espécies Legislativas	33
A Competência de Iniciativa	47
Controle de Constitucionalidade	51

PROCESSO LEGISLATIVO E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Tania Rodrigues Mendes*

Objetivos

Nossos objetivos nesta apresentação de uma visão geral sobre o tema são:

- a) indicar o sentido político do processo legislativo, os motivos da sua existência, visando à melhor compreensão sua importância e os condicionantes das suas formas de execução;
- b) iluminar as relações entre atos do processo legislativo, o Estado democrático de direito, a república, os perfis e bases dos mandatos parlamentares, os cidadãos em geral e os demais Poderes de Estado;
- c) indicar oportunidades e formas de participação das entidades e da sociedade.

Este texto busca usar linguagem comum de modo a provocar a reflexão e o debate. Na forma resumida, introduz a página “Processo Legislativo”, do Portal da ALESP – www.al.sp.gov.br

O papel do Poder Legislativo

Como organizar a segurança no Estado de São Paulo?

Onde usar as verbas arrecadadas com os impostos?

Quem deve pagar pelo uso da água?

Os cidadãos e os diversos grupos que compõem nossa sociedade raramente têm a mesma opinião ou os mesmos interesses sobre como resolver problemas comuns.

A solução desses conflitos, numa sociedade democrática, é feita através da construção de um acordo entre as diversas partes da sociedade, que se expressa na promulgação de normas garantindo direitos e estabelecendo deveres.

A construção desse acordo político, que permite a convivência civilizada na sociedade entre interesses contrários, acontece através dos debates e das votações dos Deputados que representam as posições dos cidadãos na Assembléia Legislativa.

Essa é a função social e política (missão) do Poder Legislativo. Um espaço privilegiado para a realização da política que, embora imperfeita, foi concebida e é praticada, nos últimos séculos, como a melhor possibilidade

de resolução de conflitos sem a destruição recíproca dos contendores.

O Poder Legislativo Paulista é exercido pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo - ALESP, constituída de 94 Deputados, eleitos e investidos para um mandato (legislatura) de quatro anos. (CE art.9º, CF, art. 58 §1º).

O número total de Deputados é calculado segundo a norma do artigo 27 da Constituição Federal, sendo proporcional ao número de eleitores existentes no Estado.

Na constituição da sua Mesa Diretora, e na composição das suas Comissões, deve ser assegurada representação de todos os partidos presentes na ALESP, proporcional à votação que obtiveram dos eleitores no processo eleitoral. (CE art.12)

Assim, o objetivo estratégico do funcionamento da ALESP é garantir o debate constante entre os diferentes grupos de interesses e propostas presentes na nossa sociedade, representados através dos Deputados e dos Partidos pelos quais se elegem, que se expressa na apresentação de propostas, debatidas com argumentos favoráveis e contrários, visando a construção do consenso possível entre os diferentes, de modo a fazer valer o interesse público.

Por isso, o Poder Legislativo é também chamado de “parlamento”, o espaço onde a disputa entre interesses distintos dos cidadãos se dá pelo convencimento dos interlocutores e se materializa em proposições legislativas e nas ações de fiscalização, controle e investigação apresentadas e defendidas pelos seus representantes em todas as reuniões e sessões de discussão e deliberação.

Esse debate constante, que transforma a proposta de uns em norma aceita por todos é a essência da democracia, porém é intangível, embora seja concreto.

Para que ele seja rastreável e visível para todos os Deputados e para todos os cidadãos, para que ele seja democrático e transparente, deve ser feito com regras claras e aceitas pelo conjunto de parlamentares, deve ser público para que todos possam dele tomar parte e ter informações, inclusive para demonstrar seu apoio ou reprovação. Essas regras são estabelecidas no Regimento Interno e comandam o Processo Legislativo.

Prerrogativas e atribuições do Poder Legislativo

As prerrogativas do Poder Legislativo, restauradas e ampliadas a partir da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Estadual de 1989, resumidamente, são:

1 – Legislar: Apresentação, discussão e deliberação de proposições legislativas (projetos de leis, resoluções, emendas, etc.) instituindo normas para o cumprimento de direitos e deveres na sociedade, bem como autorizando a realização de receitas, despesas, obras e serviços públicos pelo Estado.

2 - Fiscalizar e controlar as ações e atos do Poder Executivo e da Administração, inclusive a descentralizada - autarquias, fundações, empresas e agentes delegados que atuam na prestação de serviços públicos.

Em decorrência, suspender, por ação política, atos irregulares ou representar, junto ao Ministério Público, para a responsabilização daqueles agentes públicos que ordenaram a realização desses atos.

3 - Investigar – Averiguar a ocorrência de ilícitos, em fatos determinados, propondo soluções e providenciando os processos para a punição dos responsáveis identificados.

Nesse caso, incluem-se as ações típicas das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI.

Sobre o Processo Legislativo

O processo legislativo é o conjunto de atos realizados pela Assembléia, visando à elaboração das leis de forma democrática, ordenados conforme as regras definidas em acordo pelas partes da sociedade representadas, proporcionalmente, através do processo eleitoral, e expressas na Constituição, no Regimento Interno e nas Questões de Ordem, que firmam interpretação de seus dispositivos, bem como na legislação pertinente.

Os fluxos essenciais do processo legislativo e das ações de fiscalização e controle não acontecem através das unidades administrativas do organograma da ALESP, mas através das inúmeras reuniões de debates, negociações e deliberações dos parlamentares, sustentados, diretamente, pelos órgãos da Casa reunidos na Secretaria Geral Parlamentar e, indiretamente, pelos órgãos reunidos na Secretaria Geral de Administração.

Compõem um fluxo informacional típico, onde os registros de andamento, publicação, manifestações de relatores, situação de instrução e votações constituem momentos de captura do processo político intangível de debates, visando a registrá-lo para o cidadão e assegurar que as normas – que instituirão deveres e garantirão direitos na sociedade – sejam elaboradas segundo o devido processo legislativo.

Esse fluxo essencial é subsidiado por vários fluxos de apoio, como, por exemplo, a elaboração de pautas, minutas de estudos, pareceres e proposições para os Deputados, elaboração dos anteprojetos pelos Gabinetes de Deputados, trabalhos de secretaria, revisões e controles, alimentação do SPL, registros dos debates e votações, etc.

O Processo Legislativo é, portanto, a atividade que garante a publicidade dos debates, das decisões e dos processos de construção de acordos políticos, que ocorrem na Assembléia. Reúne as regras do jogo que vêm sendo construídas há mais de 172 anos, que se consolidam na Constituição e no Regimento Interno. É a “receita” da mágica que permite transformar em interesse público (de todos) algo que se inicia como proposição de uma parte dos cidadãos e pressupõe, desde sempre, a obtenção, análise e uso de informação e de conhecimento.

Não deve ser confundido com um fluxo qualquer de trabalho ou com procedimentos burocráticos vazios, pois é o ritual que garante a democracia representativa.

Atrás de cada passo da tramitação ou de registro de andamento, temos que mirar, não o volume em papel ou o “clique no SPL”, mas o caminhar de uma idéia, apoiada no mínimo pelos eleitores do Deputado que a propõe.

Assim, o processo legislativo é uma das mais importantes manifestações da política, e deve ser praticado e encarado como forma de expressão da democracia representativa, ampliada pelo exercício, por parte dos cidadãos, da democracia direta e da democracia participativa.

No âmbito da democracia representativa o parlamentar é o representante dos interesses da sociedade e exerce as prerrogativas e atribuições do Poder Legislativo em nome dos eleitores, em delegação/pacto firmado através do processo eleitoral.

Cada proposta apresentada, debatida e deliberada, articula-se seja aos interesses e necessidades dos segmentos sociais que constituem a base eleitoral do mandato de cada parlamentar, que reúne aqueles eleitores que o escolheram como seu representante, seja àqueles outros segmentos de eleitores que não o sufragaram, mas se interessam pelas mesmas questões e serão impactados pelas deliberações. Articulam-se ainda aos programas dos Partidos e aos perfis dos mandatos, pois a eleição é proporcional e não majoritária.

A democracia direta é exercida através de apresentação, pelos próprios cidadãos/eleitores, de propostas de iniciativa popular de leis, emendas constitucionais, plebiscitos e referendos, nas formas previstas nos artigos 27 §4º, 29 XIII e 61 §2º da Constituição Federal, no artigo 24 § 3º item 1 da Constituição Estadual, bem como

na legislação que os regulamentam.

A democracia participativa amplia a atuação dos parlamentos ao envolver a população no próprio processo legislativo e de fiscalização, através das audiências públicas, Comissão de Legislação Participativa e do controle social constante das ações dos Poderes de Estado.

A rapidez nas deliberações dos Deputados ou os atrasos nas votações são produzidos mais pela dificuldade de chegar aos consensos sobre questões polêmicas e pela necessidade de muitos debates para construir os convencimentos, do que por problemas de “andamento” dos processos. Quando os acordos se estabelecem e os consensos se produzem, o processo legislativo é imediatamente agilizado. Ou seja, há que respeitar e entender o “metabolismo” político de produção dos consensos.

Portanto, quando são propostas alterações regimentais, temos que nos focar na sua essência política e garantir, em qualquer meio, o fluxo de informações, o tempo e o espaço para a participação do cidadão e a publicidade de todos os atos.

É evidente que pode ser sempre melhorado, mas para isso há necessidade de conhecer e respeitar a essência política desse processo, para que saibamos diferenciar o estratégico do dispensável e modernizar o processo legislativo sem atropelar ou cercear as prerrogativas dos parlamentares e, por essa via, o sagrado direito dos eleitores e cidadãos paulistas. A técnica também não é neutra.

Nesse cenário, o Sistema do Processo Legislativo - SPL, por meio do qual são elaboradas as proposições e disponibilizados (inclusive pela Internet) seus conteúdos e andamentos, é um sistema de “documentação de processos de decisão”. Inicia-se no momento da protocolização da proposta e encerra-se com a sanção, deliberação sobre eventuais vetos, promulgação e arquivamento.

Podemos, respeitado o Regimento Interno, simplificar procedimentos que, historicamente, estão condicionados pelo suporte físico papel. Porém, temos que manter o “seu princípio ativo”, pois esses procedimentos têm motivos políticos para existir como, por exemplo, registrar em fichas todos os movimentos físicos dos processos e proposições, para evitar “engavetamentos e sumiços” de propostas. Ou, ainda, os ritos de publicação e seus registros efetuados em processos subsidiários pelas Secretarias, a coleta e conferência de assinaturas, com absoluta disciplina e obediência ao deliberado pelos Deputados, nas Comissões e no Plenário, pois os sujeitos do processo legislativo são sempre – mesmo no SPL e na Internet - os parlamentares e, através deles, os cidadãos que os elegeram.

Transformando projeto em lei

Apresentamos aqui, de forma simplificada, as etapas básicas desse processo, para o caso mais comum que é o da tramitação ordinária de um Projeto de lei em procedimento legislativo padrão. (11)

Tudo começa quando o Deputado - ou os cidadãos, através da iniciativa popular - apresenta uma proposta para regular a vida em sociedade sobre determinado tema.

Passos

1 - A proposta é escrita na forma de um Projeto de lei, lida no expediente da sessão plenária e publicada para que todos a conheçam.

2 - As primeiras opiniões divergentes, sugestões de aperfeiçoamento e complementação são apresentadas na forma de Emendas ao Projeto de lei (Emendas de Pauta). Para tanto, abre-se um prazo chamado de Pau-

ta. As Emendas também são publicadas para que todos as conheçam.

3 - Divulgados o Projeto e as Emendas, são enviados pelo Presidente da Assembléia para a análise e deliberação das Comissões Permanentes.

Essas Comissões iniciam o debate das proposições nos seus aspectos de legalidade, temas e recursos públicos exigidos. Podem apresentar emendas e outras formas de aprovar a proposta em debate, que são chamadas de Substitutivos e realizar audiências com os cidadãos interessados. Todas as reuniões são abertas ao público.

4 - A primeira prova acontece na Comissão de Constituição e Justiça, que vai dizer se as proposições são legais e permitidas pela Lei Maior, que são as Constituições do Brasil e do Estado. O Projeto e as Emendas devem atender às suas exigências. Aprovados nesta Comissão, devem ser analisados pela comissão especializada, que deliberará sobre seus conteúdos, aprovando ou rejeitando.

5 - Conforme o tema tratado, o Projeto será analisado por uma Comissão Permanente chamada de comissão de mérito, que é a comissão especializada no seu conteúdo.

São 18 comissões temáticas, definidas nos artigos 29 a 31 do Regimento Interno. Aprovada quando ao seu conteúdo a proposição poderá ir para o debate na Comissão de Finanças e Orçamento, caso sua realização necessite de recursos públicos.

6 - A Comissão de Finanças e Orçamento vai debater e deliberar sobre as verbas públicas necessárias à sua execução sempre que a proposta contida no Projeto e nas Emendas, se transformada em lei, gere receita ou despesa, bem como sobre a programação orçamentária mais adequada.

7 - Concluídas as avaliações das Comissões, no caso das proposições que não tenham deliberação conclusiva nas Comissões, o Projeto está pronto para ser votado pelo conjunto de todos os Deputados, que compõem o Plenário.

As deliberações das Comissões são publicadas para que todos as conheçam, na forma de Pareceres sobre o Projeto e as Emendas, e o Presidente da Assembléia as inclui na Ordem do Dia das votações.

8 - O Plenário, reunindo todos os representantes eleitos dos cidadãos, é a instância máxima de debate e deliberação. Pode propor novas emendas que devem voltar às Comissões para serem também analisadas, e ainda propor emendas aglutinativas, de modo a produzir o acordo político entre as propostas e, finalmente, aprovar ou rejeitar a proposição através do voto.

9 – Aprovado, o Projeto será submetido à Comissão de Redação, caso tenham sido acatadas emendas, e publicado um Autógrafo, que é um decreto da Assembléia Legislativa expressando a forma final da proposta aprovada pelos representantes dos cidadãos.

Caso tenha sido aprovado sem emendas, será elaborada uma minuta de autógrafo de modo a adequar à proposição à melhor técnica legislativa.

10 - O Autógrafo é enviado para o Governador do Estado, que pode aprová-lo, promulgando então a Lei, ou rejeitá-lo, com base em motivos justificados, vetando total ou parcialmente.

Vetado o Projeto, ele retorna à Assembléia, que repetirá os passos de 1 a 9 para apreciar os motivos da rejeição pelo Governador. Caso a Assembléia concorde com os argumentos do Governador aprovará o veto e arquivará o projeto, caso discorde rejeitará o veto. Rejeitado o veto, o projeto é enviado novamente para sanção do Governador e, se este não o sancionar, a própria Assembléia promulgará a Lei.

As leis, para que possam existir de modo inquestionável e serem válidas, devem ser feitas em conformida-

de com o processo legislativo exigido para cada espécie de ato normativo. Ou seja, sua elaboração deve subordinar-se ao princípio do “devido processo legislativo”, firmado nas Constituições, Federal e Estadual, e no Regimento Interno.

Fases – procedimento legislativo padrão (11)

1 - Apresentação/publicação: É a entrega da proposição ao órgão competente, no Estado de São Paulo à Mesa da ALESP, nos termos do regimento Interno e das exigências legais, constitucionais e formais. É a fase em que a proposição é admitida à tramitação e publicada.

2 - Debates nas comissões– instrução

Instruir significa esclarecer todos os aspectos da matéria ou assunto admitido à tramitação no processo legislativo, de fiscalização, controle e de investigação, através da obtenção, tratamento e análise de informações e de conhecimento, que se materializa e é documentada na elaboração, discussão e deliberação dos pareceres das Comissões.

Comissões são órgãos colegiados com a incumbência especial de instruir os projetos e processos, agregando às proposições informações, análises e esclarecimentos de ordem técnica necessários para subsidiar a deliberação pelos Deputados (discussão e votação), seja no caso de deliberação conclusiva na própria comissão, seja no plenário.

Classificam-se em técnicas ou permanentes, as que subsistem através das legislaturas, e temporárias aquelas constituídas com finalidades especiais e de representação e que se extinguem com o término da legislatura ou quando atingidos os fins para os quais se constituíram. Estas últimas englobam as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI, as Comissões de Representação, que tem por finalidade representar a ALESP em atos externos, e as Comissões Especiais que podem ser criadas para análise de matéria relevante não prevista na competência exclusiva das Comissões Permanentes.

À Comissão de Constituição e Justiça cabe a instrução quanto à constitucionalidade, legalidade e juridicidade das proposições e processos.

Às Comissões Temáticas ou de Mérito cabe analisar as proposições quanto a sua conveniência, que se exprime na averiguação da necessidade e a utilidade da proposta em estudo, se é ou não oportuna em relação à realidade social, e se é justa, no sentido de avaliar se a proposta atende ao bem-comum e ao interesse público.

À Comissão de Finanças e Orçamento cabe a instrução quanto à adequação das propostas às finanças públicas.

À Comissão de Redação compete elaborar a redação final das proposições aprovadas, no Plenário ou conclusivamente na Comissão de Mérito, com emendas ou substitutivos.

Para realizar plenamente o processo de instrução e a deliberação conclusiva, emitindo pareceres sobre proposições e processos, as Comissões Permanentes, no total de 23 (artigos 25 a 33 da XIII Consolidação do Regimento Interno), podem promover estudos, fiscalizar e controlar atividades do Poder Executivo, convocar Secretários de Estado, dirigentes de órgãos públicos e de empresas resultantes de desestatização ou agentes delegados que respondam pela prestação de serviços públicos, solicitar o depoimento de cidadão, promover palestras, conferências, fóruns, debates e seminários, criar subcomissões de estudo, propor a sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder de regulamentar, propor emendas, substitutivos e proposições legislativas, solicitar auditorias ao Tribunal de Contas do Estado e convocar audiências públicas na sede da ALESP ou fora dela.

3 - Deliberação – plenário e comissões

A deliberação é a manifestação soberana da vontade do Poder Legislativo quanto a transformar um projeto em lei ou não, bem como sobre as ações resultantes dos processos de fiscalização, controle e investigação.

Ocorre nas sessões do Plenário e, conclusivamente, nas Comissões permanentes de mérito.

A partir de 15 de novembro de 2008, com a entrada em vigor da XIII Consolidação do Regimento Interno da ALESP, são deliberados conclusivamente nas respectivas Comissões de mérito, as Moções e os Projetos de leis que atribuem denominações a próprios públicos, tais como escolas e rodovias, os que estabelecem datas comemorativas e a oficialização de eventos festivos, assim como a sua inclusão no calendário turístico do Estado, bem como a declaração de utilidade pública de associações civis.

Nesses casos, as proposições serão votadas em Plenário, em grau de recurso, apenas quando um décimo dos Deputados assim o requerer.

A fase de deliberação envolve, também, o Poder Executivo, para os casos de normas sujeitas à sanção ou veto do Governador.

4 – Positivção é a inclusão da lei no ordenamento jurídico do Estado, através da sanção, publicação ou promulgação.

Além do procedimento legislativo padrão, o devido processo legislativo contempla procedimentos especiais para a elaboração das leis: do ciclo financeiro orçamentário (Plano Plurianual – PPA, Diretrizes Orçamentárias – LDO e Orçamento Anual – LOA), Divisão territorial do Estado (Regiões metropolitanas, microrregiões, etc.), consolidação das leis, indicação de conselheiros do Tribunal de Contas do Estado – TCE, reforma da Constituição, calamidade Pública, prisão de parlamentar por crime inafiançável.

Controlando, fiscalizando e investigando

Além daquelas proposições, que expressam a competência legislativa da Assembléia, há também os projetos e os instrumentos do processo legislativo destinados a realizar a função fiscalizadora do Poder Legislativo, em relação aos atos da Administração do Estado e ao cumprimento de direitos humanos, sociais e do consumidor, na sociedade.

São áreas essenciais de fiscalização permanente: a execução orçamentária, a prestação de contas do Governo, do TCE e do Poder Legislativo, as compras, as licitações e os contratos, a contratação de pessoal no setor público, as operações de crédito, as concessões e permissões de serviços e obras públicas, as delegações para organizações sociais, a destinação e aplicação de recursos orçamentários vinculados, as parcerias público/privadas, as terceirizações e privatizações, bem como o cumprimento, pelas diferentes instituições públicas, dos objetivos institucionais que presidiram a sua criação.

Os principais instrumentos para as atividades de fiscalização e controle dos atos da Administração do Estado são o Requerimento de Informações, os Projetos de Decretos Legislativos, as convocações de autoridades, dirigentes e outros agentes públicos para prestar esclarecimentos, o artigo 52A da Constituição Estadual que dispõe sobre a prestação de contas pelos Secretários de Estado, as diligências, as representações ao Ministério Público, as audiências públicas, as Comissões Parlamentares de Inquérito, a Comissão de Fiscalização e Controle e a aprovação das contas de governo, com o apoio do Tribunal de Contas do Estado.

A Lei nº 4595, de 1985, que dispõe sobre a fiscalização, pela Assembléia Legislativa, dos atos do Poder

Executivo, inclusive os da Administração Indireta, instituindo a Comissão de Fiscalização e Controle, prevê o acompanhamento de contratos das autarquias (inclusive as de caráter especial como as agências reguladoras), empresas e fundações e da execução de seus orçamentos, permitindo várias iniciativas, inclusive as de investigação de irregularidades e de eventuais ilícitos, a solicitação de auditorias especiais ao TCE, bem como a negociação de termos de ajustamento de conduta com as entidades fiscalizadas.

Todas as Comissões Permanentes têm competência para fiscalizar, pois devem acompanhar os órgãos da administração responsáveis pelas áreas de realização de políticas públicas de sua especialidade e podem receber denúncias dos cidadãos (artigo 13 §1º item 7 da CE), porém a Comissão de Fiscalização e Controle, à qual compete em especial verificar a regularidade, eficiência e eficácia dos órgãos da administração pública no cumprimento dos seus objetivos institucionais, e a Comissão de Finanças e Orçamento, à qual compete a fiscalização da execução orçamentária são os espaços privilegiados de debates das ações fiscalizadoras do Parlamento.

Podem também ser constituídas as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI, a requerimento de um terço dos membros da Assembléia, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos em lei e no Regimento Interno, para apurar fato determinado, no prazo de 120 dias, prorrogável por até 60 dias.

Participação dos cidadãos e das organizações da sociedade

A participação dos cidadãos ocorre, tradicionalmente, através da articulação de cada Deputado, Partido ou Bancada com as respectivas bases do mandato, enviando sugestões, demandas e pleitos que serão convertidos em proposições legislativas, atividades de fiscalização ou em ações políticas.

Há também a Comissão de Legislação Participativa.

Através do Portal da ALESP na Internet, os cidadãos podem apresentar “emendas on-line” diretamente nos Projetos de leis do Plano Plurianual, das Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento, que são endereçadas ao Deputado de sua escolha. Podem também apresentar sugestões gerais através do sistema de audiências públicas virtuais.

A formação do consenso político e a construção de acordos que viabilizam a construção de políticas públicas sempre exigiram argumentos sólidos para sustentar as posições favoráveis e contrárias à determinada proposta.

Na sociedade informacional globalizada emerge com mais força a necessidade de consistência técnica, pois as políticas públicas são cada vez mais complexas e de largo impacto. Não basta enunciar as posições com um simples “contra” ou “a favor”.

Há necessidade de agregar conhecimento às posições das partes da sociedade representadas neste Parlamento Paulista.

Esse processo é, tradicionalmente, desenvolvido pelas assessorias técnicas próprias dos Deputados, das Lideranças ou dos órgãos especializados da Secretaria Geral Parlamentar da ALESP. Ocorre, também, pelo contato direto entre entidades, instituição e cidadãos com cada um dos Deputados que os representam em seus mandatos.

Esse intercâmbio de saber com entidades e cidadãos realiza-se, ainda, através dos seminários, audiências públicas e toda uma longa história de participação nos debates, especialmente, nas Comissões.

Porém, há necessidade de consolidar esse intercâmbio de saber de modo a incorporá-lo no processo legisla-

tivo, aproveitando toda essa potencialidade para a construção de políticas públicas capazes de dar repostas aos desafios da sociedade paulista, dando-lhe permanência e permeabilidade ao Poder Legislativo enquanto Estado.

Como agilizar esse intercâmbio no escopo próprio do processo legislativo e nas atividades de fiscalização?

Além das formas já mencionadas e de outras próprias dos cidadãos, entidades e parceiros, há também algumas oportunidades de participação que podem ser exploradas, tais como:

Análises técnicas apresentadas por especialistas e instituições

Uma análise técnica ou nota técnica sobre determinada proposição em andamento ou sobre ato ou evento objeto de fiscalização é a exposição das considerações da entidade ou especialista dentro de sua área de atuação, para auxiliar o Parlamento Paulista a aperfeiçoar os processos de deliberação.

Embora devam expressar livremente as posições e análises dos autores, é típica do processo legislativo a demanda pela fundamentação técnica das decisões propostas, a exposição de argumentos favoráveis e contrários, a apresentação de dados que baseiam esses argumentos e a indicação de uma conclusão.

São elementos essenciais de uma Nota Técnica, elaborada para subsidiar o processo legislativo ou para sustentar a proposta de entidades e cidadãos sobre proposição em andamento ou a sugestão de nova proposição, os seguintes itens:

1. Apresentação do assunto, contendo os elementos de identificação tais como:

a) resumo do conteúdo;

b) autor;

c) natureza do assunto analisado (projeto de lei, manifestação de entidades, declarações de autoridades, políticas públicas, ações de governo, etc.);

d) interessados, tanto os que são beneficiados quanto os prejudicados, mesmo que de forma difusa na sociedade.

2. Apresentação dos argumentos a favor (nos casos de projetos de lei e outras proposições legislativas eles constam da justificativa do autor ou da exposição de motivos).

3. Crítica fundamentada dos argumentos a favor e apresentação, também fundamentada, dos argumentos contrários quando houver.

4. Conclusão.

5. Propostas de encaminhamentos, tais como, estudos, emendas, substitutivos, ampliação ou redução de escopo, aperfeiçoamentos, etc.

O Sistema do Processo Legislativo – SPL disponibiliza o mecanismo de notificação quanto à tramitação de proposições, de interesse e escolhidas pelas entidades conveniadas com a ALESP através do ILP. Por ele, a cada movimentação da proposição indicada para acompanhamento é disparado automaticamente um e-mail para o interessado.

O resumo de uma análise técnica pode ser incluído no campo “Manifestação” desse mecanismo de notificação do SPL, cuja resposta é anexada ao Processo em tramitação.

No médio prazo está sendo analisada a viabilidade de incluí-las no Portal da ALESP, criando uma página “Notas técnicas de entidades parceiras”, de responsabilidade do ILP para divulgá-las ao público em geral.

O Regimento Interno prevê, em seu artigo 28, que “poderão participar dos trabalhos das Comissões, como membros credenciados e sem direito a voto, técnicos de reconhecida competência ou representantes de entidades idôneas que tenham legítimo interesse no esclarecimento de assunto submetido à apreciação das mesmas.”

Audiências públicas

Sugerir e participar, presencial e virtualmente, das audiências públicas das Comissões Permanentes, especialmente as referentes às leis do processo financeiro e orçamentário.

Emendas

A proposição de emendas, através dos Deputados, é uma forma importante de aperfeiçoar o debate das proposições e expor, nas justificativas, as considerações e opiniões das entidades e cidadãos interessados.

Banco de Projetos

Apresentação de Projetos de leis por cidadão, através do Portal da ALESP e de forma articulada com as Câmaras Municipais, que serão analisados pela Comissão de Legislação Participativa, passando a tramitar conforme o procedimento legislativo exigido pela espécie de proposição apresentada.

Criado pela Resolução nº 862/2009, de iniciativa do Conselho de Defesa das Prerrogativas Parlamentares, está em fase de desenvolvimento na área de informática e deve ser implantado no Portal até o final de 2010.

Desafios - processo legislativo em rede.

Na sociedade informacional, a organização em rede assume primazia econômica, social, cultural e política, desconsiderando fronteiras, impondo velocidade e nova sensação temporal, tornando-se preponderante nas transformações das relações sociais e impondo às instituições políticas a necessidade de agirem no território virtual que se convencionou chamar de ciberespaço.

Para as Casas Legislativas, explicita o desafio de equacionar o paradoxo entre a necessidade de tempo para a realização do debate, a construção de acordos e consensos, cumprindo o devido processo legislativo, e a exigência de rapidez pela sociedade cada vez mais condicionada pela velocidade da Web e, no caso brasileiro, com dificuldades históricas de compreender, tanto a noção de coisa e espaço público, quanto o processo intangível (porém concreto) de ação dos parlamentos e o “metabolismo” próprio da política.

Na ALESP, o Sistema do Processo Legislativo – SPL e o Portal na Internet configuram modelos conceituais de redes de conhecimento desconcentradas, compartilhadas e distribuídas, mais conformes às características essenciais do Poder e do Processo Legislativo e, em função delas, potencialmente, aderentes aos padrões da chamada Web 2.0.

A interatividade entre representantes e representados pode atingir amplitude e complexidade nunca promovida pelos meios tradicionais de comunicação. Porém, essa relação, mesmo hegemonicamente mediada por computadores, segue sendo entre pessoas e será sempre, acima de tudo, política. É esta característica essencial que deve calibrar o desenvolvimento de formas virtuais de realização das atividades parlamentares.

As tecnologias da Informação e da Comunicação permitem novas formas de diálogo e de acesso às informações e aos representantes, por parte dos cidadãos, porém isso não é uma função mágica, exige muito conhecimento e muito trabalho para garantir que as novas formas de exercício da política não firam direitos ou excluam cidadãos.

O compartilhamento é a chave da sociedade em rede e a lógica que impõe a cooperação. Pode potencializar e encontrar de forma virtuosa a essência do processo legislativo que, pela natureza política do Parlamento, exige e tem como “princípio ativo” a conversa, a troca de opiniões, os debates e a explicitação de posições, a discussão, o aperfeiçoamento de propostas e a construção de consensos.

São processos de compartilhamento de saber que, embora movidos por velocidades distintas, podem ser parceiros e não antagônicos, desde que a atuação do Parlamento nos territórios virtuais seja, conceitualmente, desenhada e comandada pelas noções de processo, colaboração, transversalidade e interatividade.

A aderência do processo legislativo aos padrões da chamada Web 2.0 e o uso intensivo das tecnologias da informação e comunicação devem estar subordinadas à sua natureza política e traduzir, no ciberespaço, as prerrogativas e as competências constitucionais e regimentais das Casas Legislativas, de modo a agregar valor à participação cidadã e estender a capacidade de representação à sociedade em rede.

Desde que administrados os riscos e evitada a substituição da política pela técnica ou pelos padrões de transações próprios da economia das idéias, a web pode ser instrumento poderoso do processo legislativo, em rede colaborativa direta com os cidadãos, viabilizando e facilitando a realização da elaboração legislativa com base nos paradigmas preconizados pela Legística.

Bibliografia

1. ALESP - Regimento Interno: XIII Consolidação. 2005. www.al.sp.gov.br Home>>Processo Legislativo>>Regras para fazer leis.
2. AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa. Prática do processo legislativo: jogo parlamentar, fluxos de poder e de idéias no Congresso. São Paulo, Atlas, 2001;
3. CALIMAN, Auro A. Mandato Parlamentar: aquisição e perda antecipada. São Paulo, Atlas, 2005.
4. COELHO, Flávio Alexandre. Processo Legislativo. Rio de Janeiro, Juarez de Oliveira, 2006.
5. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Atualizada até 2009. www.al.sp.gov.br Home>>Doc. e Informação>>Constituições>>Constituição Estadual.
6. FERREIRA FILHO, Manoel G. Do Processo legislativo. São Paulo, Saraiva, 2001.
7. GRAMSCI, Antonio. Maquiavel, a política e o Estado moderno. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.
8. MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento do Estado Brasileiro. www.al.sp.gov.br Home>>Doc. e Informação>>Estudos e Manuais>>Estudos Técnicos ILP.

9. MANUAL DO PROCESSO LEGISLATIVO. ALESP/SGP, 2004. www.al.sp.gov.br Home>> Processo Legislativo>>Regras para fazer leis.
10. O QUE FAZ A ASSEMBLÉIA. www.al.sp.gov.br. Home>>Assembléia>>Atribuições>>O que faz a Assembléia;
11. MENDES, Tania R. Fluxograma do Processo Legislativo. ALESP/SGP, 2004. www.al.sp.gov.br Home>>Processo Legislativo (saiba mais)-Veja mais sobre o Processo Legislativo;
12. _____ O Processo legislativo na sociedade informacional. POLITIKA: Jornal do Instituto do Legislativo Paulista/ALESP. São Paulo, nº 4, outubro 2009. p 6-7;
13. NOGUEIRA, Marco Aurélio. Em defesa da política. São Paulo, SENAC, 2001.
14. _____ O Legislativo em transformação. www.al.sp.gov.br Home>>Doc. e Informação>>Estudos e Manuais>>Estudos Técnicos ILP.
15. OLIVEIRA, Marcelo Andrade C. Devido processo legislativo. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.
16. SPROESSER, Andyara Klopstock. A Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI. . São Paulo: ALESP/SGP, 2008.
17. _____. Direito Parlamentar – Processo Legislativo. 2. Ed. Ver. São Paulo: ALESP/SGP, 2004.

São Paulo, 10 de setembro de 2007/Atualizado em 10 de março de 2010.

** **Tania Rodrigues Mendes**, tem vinte anos de experiência em processo legislativo e assessoria técnica a parlamentares. É, atualmente, Secretária da Comissão de Fiscalização e Controle, e Coordenadora do Comitê Executivo do Portal da ALESP/Ato nº 05/2005 da Mesa.*

Foi Diretora do Departamento de Comissões – DC/SGP e atua na capacitação de Deputados, vereadores, agentes públicos e assessores.

e-mail: trodriques@al.sp.gov.br

tmendes@al.sp.gov.br

taniarodriguesmendes@yahoo.com.br

FEDERALISMO, SEPARAÇÃO DE PODERES E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Prof. Flávio de Souza Braz

Apresentação

Antes de vocês tomarem conhecimento do desenvolvimento do processo de produção das leis, a essência do nosso curso, entendemos ser necessário fornecê-los uma seqüência de informações sobre as diversas formas de organização da distribuição e separação de poderes e competências do Estado, que, certamente, servirão de embasamento para a melhor compreensão dos conceitos a serem abordados no transcorrer do **CURSO DE PROCESSO LEGISLATIVO**.

Desse modo, convidamos vocês a embarcar nesta idéia, para o longo deste encontro, não só conhecê-lo sob ponto de vista teórico, mais, ainda, contribuir para se encontrar soluções a partir da análise da elaboração da lei, adequando as aos desafios da vida contemporânea e da tecnologia que caminham a passos incontroláveis.

A propósito disso

É bom alertá-los, como costume fazer no início do nosso encontro, das palavras do professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, quando afirma:

“O PROBLEMA DO PROCESSO LEGISLATIVO CONFIGURA-SE EM UMA DAS QUESTÕES MAIS CRUCIAIS A SEREM ENFRENADOS NESTE LIMÍAR DO SÉCULO XXI”.

O Federalismo

I - Forma de Estado - Conceito

Por forma de Estado, entendemos a maneira pela qual o Estado organiza o povo e o território e estrutura o seu poder relativamente a outros poderes de igual natureza (Poder Político – soberania e autonomia), que a ele

ficarão coordenados ou subordinados, de maneira concentrada, desconcentrada ou descentralizada.

DESCONCENTRADA – quando se transferem os poderes para diversos órgãos, dentro de uma mesma pessoa jurídica, competências decisórias e de serviços, mantendo semelhantes órgãos relações hierárquicas e de subordinação.

DESCENTRALIZADA – “quando há transferência de atividade administrativa ou, simplesmente, do exercício dela para outra pessoa, isto é, desloca-se do Estado que a desempenharia, através de sua Administração Central, para outra pessoa, normalmente pessoa jurídica”. Assim, a descentralização administrativa implica a criação, por lei, de novas pessoas jurídicas, para além do Estado, às quais são conferidas competências administrativas.

Segundo Michel Temer, “descentralizar implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser próprias do novo centro. Se se fala em descentralização administrativa quer-se significar a existência de novos centros administrativos, independentes de outros. Se a referência é descentralização política, os novos centros terão capacidade política”.

II – As Espécies de Forma de Estado

1 – A Forma de Estado Unitária – Conceito

Segundo Darcy Azambuja, “O tipo puro do Estado Simples é aquele em que somente existe um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Judiciário, todos centrais, com sede na Capital. Todas as autoridades executivas ou judiciárias que existem no território são delegações do Poder Central, tiram dele sua força; é ele que as nomeia e lhes fixa as atribuições. O Poder Legislativo de um Estado Simples é único, nenhum outro órgão existindo com atribuições de fazer leis nesta ou naquela parte do território”.

1.A. – A Forma Unitária Centralizada

A Forma de Estado Unitária Centralizada caracteriza-se pela centralização política, cujas atribuições fundamentais (governo, administração) dependem de um núcleo de autoridade geralmente assentado na capital.

A formação das leis é expressão do Poder Central, embora elas sejam válidas em todo o seu território, uma vez que apenas um órgão legislativo existe com jurisdição nacional.

O exercício do poder jurisdicional incumbe a um poder relativamente centralizado, mesmo que disseminado por todo o país.

O regime político se exprime por meio de uma só constituição, os “estados” ou províncias carecem de órgãos legislativos propriamente ditos.

1.B. – A Forma Unitária Descentralizada

O Estado unitário descentralizado não pode ser confundido com o Estado Federal. A descentralização se restringe geralmente à ordem administrativa, sem implicar necessariamente numa fragmentação do poder político central. Por razões de eficiência, algumas competências são transferidas às seções territoriais, sem criar, contudo, distintos ordenamentos jurídicos, instâncias jurisdicionais, poderes legislativos, entre outros.

2 – A Forma de Estado Composta

A Forma de Estado Composta pode ser definida como sendo um Estado Único, ou pelo menos, assim se apresenta na vida internacional, admitindo, porém, que mais de um poder atue, de maneira harmoniosa, sobre

o seu território.

São consideradas formas compostas de Estado:

- a) as **Uniões (pessoal, real e incorporada)** – são formas de Estado próprias do período monárquico, que já não oferecem interesse devido o enfraquecimento de semelhantes regimes. As uniões originaram-se das circunstâncias políticas e sociais então vigentes.

A **União Pessoal** apresenta um único monarca e os Estados que a compõe gozam de autonomia no plano interno e externo, sem vínculo político, exceto o fato de terem o mesmo monarca. Exemplo: Portugal e Espanha sob a dinastia Habsburgo.

A **União Real**, embora cada Estado permaneça tendo autonomia eterna, a vida internacional é comum, sob o poder de um só monarca. Exemplo: Suécia e a Noruega (de 1814 a 1904) e a Áustria e a Hungria (do século XVII até 1918).

A **União Incorporada** caracteriza-se pelo desaparecimento dos Estados para constituição de um terceiro, o que significa a criação de um novo Estado. Exemplo: Os antigos reinos da Inglaterra, Escócia e Irlanda, eram independentes, passando posteriormente a formar o Reino Unido, em 1707.

- b) as **Confederações**, por outro lado, são formas de Estado baseada no Pacto entre os Estados (Dieta) e não na Constituição. Suas formações ganham caráter permanente de Estados Soberanos que não perdem esse atributo, cuja assembléias são constituídas por representantes dos Estados.

Estas formas de Estado não pressupõem um poder subordinante, na medida em que as decisões de seus órgãos deliberativos só são válidas quando ratificados pelos Estados Confederados.

O respeito à soberania dos Estados que a compõe conferem às Confederações um caráter de instabilidade em decorrência do Direito de Separação (secessão).

- c) as **Federações**, por seu turno, segundo PINTO FERREIRA – “é o Estado Federal uma organização formada sob a base de uma repartição entre o Governo Nacional e os Governos Estaduais, de sorte que a União tenha supremacia sobre os Estados-Membros e estes sejam entidades dotadas de autonomia constitucional perante mesma União”.

Para PEDRO NUNES – o **Estado de forma federativa** “é a união de várias províncias, Estados particulares ou unidades federadas, independentes entre si, mas apenas autônomas quanto aos seus interesses privados, que formam um só corpo político ou Estado coletivo, onde reside a soberania, e a cujo poder ou governo eles se submetem, nas relações recíprocas de uns e outros”.

As **Federações** são unidades de divisões históricas, geográficas e político-administrativas de uma só Nação. Une-se pelo pacto federativo que expressa a vontade nacional que é permanente e indissolúvel.

As Principais Características das Federações:

c.1.- A distribuição do poder governamental divide-se em dois planos harmônicos (federal e provincial). Há feixes distintos de atuação. O governo federal exerce todos os poderes que expressamente lhe foram reservados na Constituição Federal, poderes esses que dizem respeito às relações internacionais da União ou aos interesses comuns das Unidades Federadas. Os Estados-Membros exercem todos os poderes que não foram expressa ou implicitamente reservados à União, e que não lhes foram vedados na Constituição Federal. Somente nos casos definidos de poderes concorrentes, prevalece princípio da superioridade hierárquica do Governo Federal;

c.2. – O Sistema Judiciário, consistente na maior amplitude e competência do poder judiciário, tendo esse, na sua cúpula, um Supremo Tribunal Federal que é órgão de equilíbrio federativo e de segurança da Ordem Constitucional;

c.3. – A Composição bicameral do Poder Legislativo, realizando-se a representação nacional na Câmara dos Deputados e a representação dos Estados-Membros do Senado Federal, sendo está última representação rigorosamente igualitária;

c.4. – A constância dos princípios fundamentais da Federação e da República, sob as garantias da imutabilidade desses princípios; da rigidez Constitucional e do instituto da Intervenção Federal.

c.5. – O princípio da subsidiariedade, cujo postulado justapõe a divisão horizontal de poderes – geralmente referida apenas como separação de poderes - uma divisão vertical, segunda a qual o Estado deve ser organizado de tal forma “que cada tarefa governamental seja atribuída à menor e mais local unidade de governo capaz de realizá-la”. Foi expresso de forma clássica por Thomaz Jefferson, nestes termos:

“Devemos..... dispor nosso governo na forma de (1) uma república federal geral, para tudo o que se referir a temas federais e externos; (2) do Estado, para tudo o que se referir exclusivamente aos nossos cidadãos; (3) as repúblicas dos condados, para os deveres e preocupações do condado; e (4) as repúblicas dos distritos, para as pequenas mas numerosas e interessantes preocupações da vizinhança. Assim, no governo, bem como em qualquer outro assunto da vida, é somente através da divisão e subdivisão de tarefas que todos os assuntos, grandes e pequenos, podem ser administrados até a perfeição”.

c.6. – A repartição de competências entre os distintos níveis de governo das Federações segue, em geral, dois grandes modelos:

modelo americano – obedece à técnica das competências enumeradas e remanescentes, onde a União detém as atribuições enumeradas pela Constituição, restando ao estado os poderes reservados ou residuais.

modelo alemão – obedece à técnica das competências concorrentes, onde coexistem dois seguimentos: o da legislação exclusiva da União e da legislação concorrente ou comum, uma competência mista, explorada tanto pela União quanto pelos Landers (Estados), segundo normas constantes na Lei Fundamental alemã (Constituição Federal)

Os Principais atributos da Unidade Federada

Não há verdadeira federação quando o Estado-membro (no caso do Brasil, o Estado-membro, o Distrito Federal e o Município) é privado de qualquer das seguintes faculdades:

c.7. – Auto-organização:

Segundo JOSE AFONSO DA SILVA – “A auto-organização é, pelo visto, o primeiro elemento da autonomia estadual e se concretiza na capacidade de dar-se a própria Constituição”.

Entretanto, como ressalva LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, “fica garantida a liberdade de auto-organização, a seu modo, de cada vontade parcial, desde que respeitadas certos princípios enumerados ou mencionados na Carta Federal”.

A **vontade parcial** é o modo como o autor se refere às Unidades Federadas (expressão da vontade de uma parte do povo) em oposição à vontade geral, corporificada pela União.

c.8. – Autogoverno:

O segundo aspecto inerente à autonomia dos entes estatais brasileiros diz respeito à capacidade de autogoverno, tendo-se em vista que a cada qual destes é dada a prerrogativa de se fazer representar por pessoas escolhidas dentre aquelas que habitam os seus respectivos territórios (circunscrição eleitoral), sem que haja qualquer vínculo de subordinação entre estes e o representante da União.

c.9. – Auto-administração:

As Unidades Federadas se auto-administram no sentido de exercerem livremente as competências que lhes são confiadas pela Constituição Federal.

c.10. – Autonomia financeira:

É a capacidade de prover, a expensas próprias, as despesas públicas. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

“A existência de real autonomia depende da previsão de recursos, suficientes e não sujeitos a condições, para que os Estados possam desempenhar as suas atribuições”.

As Federações dualistas ou cooperativas

A Federação dualista tinha nos Estados Unidos da América os seus principais paradigmas, até o advento do novo federalismo, pois cada um dos dois níveis de governo – União e Estados – exerciam as suas competências de forma independente.

Entretanto, com o declínio do Federalismo dual ou clássico, entra em cena o Federalismo Cooperativo, no qual algumas das atribuições mais importantes do Estado são exercidas mediante a cooperação dos distintos níveis de governo, geralmente no exercício de competências comuns. Um dos primeiros modelos cooperativo é a República Federal Alemã.

3 – A Forma de Estado Federativo e Estado Regional

A meio caminho entre o **Estado Unitário** e o **Federal** há o chamado “**Estado de Autonomias**” ou “**Estado Regionalizado**”, pelo qual existe um Estado Uno, mas com forte tendência – articulada constitucionalmente – a descentralização de uma substancial parcela de poder em favor das unidades regionais, que, desde modo, recebem não só atribuições administrativas, mas também, legislativas e jurisdicionais.

As **Principais diferenças entre o Estado Federal e o Estado Regional** são as seguintes:

- a) no **Estado Federal**, cada Estado Federado elabora livremente a sua Constituição: no **Estado Regional**, as regiões autônomas elaboram o seu estatuto político-administrativo, mas este tem de ser aprovado pelos órgãos centrais do poder político;
- b) no **Estado Federal**, os Estados Federados participam, através de representantes seus, na elaboração e revisão da Constituição Federal; no **Estado Regional**, não está prevista nenhuma participação específica das regiões autônomas, através de representantes seus, na elaboração ou revisão da Constituição do Estado.
- c) no **Estado Federal**, existe uma segunda Câmara Parlamentar, cuja composição é definida em função dos Estados Federados; no **Estado Regional**, não existe qualquer segunda Câmara Parlamentar de representação das regiões autônomas ou cuja composição seja definida em função delas.

4 – A Federação Brasileira

A **Federação pode ser entendida** como solução normal para a união, em uma só potência mais forte, de **Estados** que dificilmente sustentariam sozinhos. Semelhante realidade é vista mundo afora. Por outro lado, é também instrumento artificial que visa facilitar o governo que tenha território continental ou para satisfação de aspirações locais. Este último seria o caso brasileiro.

O Brasil reveste-se de uma **Federação** imperfeita ou fictícia, uma vez que era um Estado Unitário sob forma monárquica, descentralizado através de províncias que somente com a proclamação da República, em 1889, transformou-se em “Federação”, com o surgimento dos **Estados-Membros**.

Desta forma, a transformação brasileira foi nada mais que uma maneira constitucional de descentralizar o Poder político.

Apesar da deturpação do sentido da **Federação**, esta se mostra como sustentáculo de nosso **Estado** e da própria Constituição.

Ao organizar os poderes do **Estado** brasileiro, aplica-se sensível forma de repartição de competência entre a **União, Estados-Membros e Municípios**, esculpido na Constituição de 1988 - o denominado **PACTO FEDERATIVO**.

Assim, podemos dizer que o cidadão sofre influências de três esferas de atuação: uma local, uma regional e outra federal. Aí está o grande enfoque da Federação que demonstra uma forte descentralização política e a plena harmonia entre os entes federativos.

Na hipótese da ruptura de semelhante harmonia, com supostas divergências, caberá ao Poder Judiciário,

representado no Brasil pelo órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal, é competente para dirimir eventuais questões, pois recebeu a incumbência constitucional de guardião da **Federação**.

Conforme já tivemos oportunidade de comentar, o **Estado** visto como uma **Federação** é dotado de soberania, ou seja, não deve obediência jurídica a nenhum outro **Estado-Membro**. É juridicamente ilimitado. Só encontra limite em outra soberania estatal.

A **Federação** é soberana, e os entes federativos são autônomos, com suas competências delimitadas pelo direito. Na lição de Celso Ribeiro Bastos:

“O estado federal é soberano do ponto de vista do direito internacional ao passo que os diversos estados membros são autônomos do ponto de vista do direito interno”

Outro ponto importante a destacar é a relação entre a **Federação e a Democracia**. Por se tratar de uma descentralização política, mais perto estarão as decisões dos jurisdicionados, aumentando a probabilidade de que estas sejam mais democráticas. Daí a perfeita conclusão de que, quanto mais autoritário o governo, mais centralizado ele o será.

Como já foi dito, a **Federação** exige repartição de poder (ou competências) entre o **Estado Central e os Estados-Membros**. Assim, são previamente determinados, na própria Constituição, os poderes de cada um. No entanto, os estudiosos da matéria, tendo como análise, a **Federação** americana, detectaram que além dos poderes enunciados, torna-se indispensável ao **Poder Central ou à União** os poderes implícitos, os quais são instrumentos de viabilização dos objetivos dos ditos enunciados.

O Princípio da Tripartição dos Poderes

O **PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES** representa o preceito segundo o qual o Estado atua por meio de três poderes distintos, mas harmônicos e limitados entre si, o **Legislativo**, o **Executivo** e o **Judiciário**.

Diz-se que os poderes estatais são interdependentes ou limitados entre si porquanto “o exercício de poder por qualquer dos três ramos do governo federal é limitado de várias formas pelos poderes concedidos aos demais ramos, estabelecendo-se, assim, o Princípio de Controle Mútuo”.

1 – A Evolução Histórica da Separação de Poderes

O primeiro esboço da moderna doutrina da tripartição dos poderes nos foi legado pelo filósofo inglês John Locke (1632-1704) que, tomando como parâmetro Inglaterra de seu tempo, dividiu o poder do Estado em três ramos: o Legislativo – o Executivo e o Federativo. Ao Legislativo incumbia fazer as leis e delegar a execução da justiça. O Executivo, por seu turno, dividia-se em dois corpos: o Executivo propriamente dito, e o Federativo, que dizia respeito às relações com outras nações, estados ou pessoas estrangeiras.

Somente em 1748 um admirador da Inglaterra, o magistrado e pensador francês CHARLES DE SECONDAT, BARÃO DE MONTESQUIEU, emprestaria seu descortino a divisão dos poderes sua formulação clássica. No seu livro “De L’Espirít dês Lois”, reconhecia o filósofo na “Constituição da Inglaterra” a existência de três poderes, apresentando cada um deles funções intrínsecas e inconfundíveis. Mesmo admitindo que estas funções fossem confiadas a um só órgão, preconizava, porém, que fosse o Estado separado em três ramos, cada qual com sua função determinada.

Segundo Montesquieu, no fundamento mais eloquente conhecido sobre a separação de poderes, invocado sem cessar até os dias de hoje, asseverava:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis

tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.

Nada obstante, o conteúdo de cada função mereceria de Montesquieu uma exposição das mais sumárias. Com efeito, ele começa por uma curiosa distinção entre o Poder Legislativo,

“poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” e “o poder executivo das que dependem do direito civil”.

Mas logo adiante o pensador dirá que, por meio do primeiro

“o príncipe ou magistrado faz as leis por certo tempo ou para sempre e corrige o ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos”

E conclui chamando a este último o

“poder de julgar e o outro, simplesmente, “o poder executivo do Estado”.

Desse modo, ao menos num relance, o pai da teoria da tripartição dos poderes parece perceber certa identidade entre as funções executiva e jurisdicional, o que, de certo modo, antecipa a teoria que outro grande pensador do Estado, o jurista austríaco HANS Kelsen desenvolverá no século XX.

Antes disso, contudo, o postulado de que a divisão dos poderes poderia ser um eficaz remédio contra o despotismo político se propagaria com rapidez e êxito inauditos. Tanto assim, que nas duas últimas décadas do século XVIII ele será considerado não só como um elemento essencial ao Estado de Direito, mas também, à própria subsistência das liberdades públicas. É o que podemos depreender facilmente da leitura de textos como a DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA, DE 1776, e a DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, promulgada pelos constituintes franceses em 1789.

Em um dos célebres ensaios da coletânea publicada sob o título de “O Federalista”, ao comentar a Constituição norte-americana, James Madison defendeu que:

“A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui própria tirania”.

Semelhante concepção parece sobreviver até os dias de hoje, como podemos depreender das seguintes considerações de SOARES DE PINHO:

“(.....) a adoção do sistema bicameral, seguindo a tradição do nosso direito público, permite às duas casas competentes do Congresso Nacional exercer recíproca ação frenadora, evitando excessos ou precipitações na elaboração legislativa. O mesmo ocorre em se tratando da atividade dos três poderes, cujos abusos e extra limitações encontram os indispensáveis freios e contrapesos à disposição de cada qual e dos membros da comunidade nacional”.

2 – A Teoria Desenvolvida por Hans Kelsen

O jurista HANS Kelsen debruçou-se sobre o tema desenvolvendo uma teoria segundo a qual o poder do Estado se manifesta pela capacidade de fazer eficaz a sua ordem jurídica. O poder é uma função do Estado, que é distribuída, geralmente, em três órgãos (poder legislativo, poder executivo e poder judiciário). Semelhantes órgãos, que cumprem funções parciais, têm com fim último fazer valer a atuação total do “organismo” único chamado Estado: criação e aplicação do Direito. A tripartição dos poderes reside, em verdade, numa bipartição

de funções: criar e executar o Direito.

A função legislativa, cometida à representação nacional (Parlamento), se exprime pela criação da lei, ou seja, das normas jurídicas gerais. Essa função pode ser, positivamente, exercida pelos outros dois poderes, de maneira *atípica e excepcional*. A função executiva (aplicadora) divide-se em função administrativa e judicial. A função típica dos órgãos executivos e judiciários é a de aplicar as leis, sendo que os tribunais somente o farão quando instados a dirimir uma controvérsia em um caso concreto.

Os poderes executivos e judiciários somente podem exercer a função legislativa, negativamente, vale dizer, por meio dos institutos do veto, no caso do executivo, e do controle jurisdicional de legalidade, no caso do judiciário.

3 – As Funções Típicas e Atípicas dos Poderes Legislativo – Executivo e Judiciário

A **FUNÇÃO TÍPICA** e a **PREDOMINANTE OU SUBSTANCIAL** a cada um dos poderes. Substancial, no sentido de indicar a essência mesma de um determinado poder, visto que, sem ela seria impossível distingui-lo dos demais. Desse modo, a função típica ou substancial do Poder Legislativo é a **função legislativa**, nesta incluída a função de controle externo da administração pública; a do Poder Executivo é a **função executiva ou administrativa** e a do Poder Judiciário é a **função jurisdicional**.

Segundo o nosso colega, o estudioso MAURILIO MALDONADO, ao tratar do tema comenta:

“Como fruto do desenvolvimento do princípio da separação dos poderes, e, mesmo da concepção dos regimes representativos, o parlamento passou a se caracterizar pelo exercício da dupla missão, legislar e fiscalizar, de modo que hodiernamente, não se nos afigura correto tratar o dever de fiscalizar do Poder Legislativo como exercício de função atípica. O poder-dever de controle de fiscalização conferido ao Legislativo foi amplamente consagrado na Constituição de 1988”.

a) o PODER LEGISLATIVO

Função típica: legislar e exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da Administração Pública;

Função atípica de natureza executiva: dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores etc.;

Função atípica de natureza jurisdicional: o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

b) o PODER EXECUTIVO

Função típica: pratica atos de chefia de Estado, chefia de Governo e atos de Administração;

Função atípica de natureza legislativa: o Presidente da República dispõe do direito de sanção e de veto e pode expedir medidas provisórias com força de lei;

Função atípica de natureza jurisdicional: o Executivo julga, apreciando defesas e recursos administrativos.

c) o PODER JUDICIÁRIO

Função típica: julgar (função jurisdicional), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei;

Função atípica de natureza legislativa: elabora o regimento interno de seus Tribunais;

Função atípica de natureza executiva: administra a organização, de conformidade com a lei, a sua secretaria e serviços auxiliares, concedendo licenças e férias aos magistrados e serventuários da justiça.

4 – As Críticas do Princípio da Tripartição dos Poderes

Para DALMO DALLARI – “O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes”.

Para HANS Kelsen – “..... é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão vem cumprir simultaneamente ambas as funções”.

Para LOEWENSTEIN – “Desde o século XVIII se pratica o parlamentarismo, que não aplica o princípio da separação de poderes (...) não passa mesmo de uma simples separação de funções. E a isso se pode acrescentar que há muitos exemplos de maior respeito à liberdade e à democracia em estados parlamentaristas do que em outros que consagram a separação de poderes”.

E, finalmente, para MÁRIO BROCKMANN – “a expressão poderes independentes permite uma interpretação abusiva da teoria inspirada da fórmula importada, pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto o que se obtém com a sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso” (Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n.09. São Paulo: RT, 1996. p.85).

Princípio da Legalidade

1 – A Evolução Histórica do Princípio da Legalidade

NO QUE TANGE À EVOLUÇÃO NO REGRAMENTO DO COMPORTAMENTO HUMANO, nos primórdios da existência humana o homem comportava-se em função de hábitos e imitações, os primeiros absorvidos de seus semelhantes e os últimos dos animais, dando origem, em função da repetição, AOS COSTUMES.

O COSTUME passa a ser a única forma de manifestação de regras de conduta nas sociedades primitivas, misturando-se com a maneira de comportar-se de um povo (AGIR – SENTAR – COMER).

As leis consideradas **CONSUETUDINÁRIAS** eram homogêneas e não apresentavam diferenciação em relação às leis religiosas, morais e ao direito propriamente dito. Todavia, já é possível vislumbrar que o Direito começa a ser elaborado para se sobrepor às demais ordens, principalmente pelo seu aspecto racional.

As primeiras normas jurídicas estavam fundadas em critérios religiosos, pois o chefe religioso era também responsável pelas atividades políticas e legislativas. Eram normas consideradas divinas, pois o poder de legislar era exercido pelos reis, tidos eleitos pelos deuses, como ocorreu na antiga Mesopotâmia.

Isto quer dizer, que havia perfeita harmonia entre o direito e a vontade de Deus, na medida em que o direito tinha a mesma origem do homem: o poder criador de Deus.

A procedência divina das leis tinha no Código de Hamurabi (de 1690 a.C.) codificação mesopotâmica, a sua principal expressão.

CONSULTA – PARA VERIFICAR QUE TALVEZ SEJA A 1ª CODIFICAÇÃO A CONSAGRAR UM ROL DE DIREITO A VIDA – A PROPRIEDADE – A HONRA – A DIGNIDADE – FAMÍLIA – PREVENDO A SUPREMACIA DA LEI SOBRE OS GOVERNANTES.

INDEPENDENTE DA INFLUENCIA RELIGIOSA

Na **GRÉCIA** clássica – particularmente na cidade-estado Atenas – não era diferente: a “pólis” grega assegurava aos atenienses as leis jurídicas, morais e religiosas.

Entretanto, a forte noção de comunidade política que permeava Atenas permitiu aos gregos o desenvolvimento das regras de direito, a ponto de serem elaboradas pelos próprios cidadãos em Assembléias Populares.

Exemplo disto eram as propostas apresentadas por escrito pelo cidadão e afixadas na primeira Assembléia do ano, para ciência de todos. A seguir, após serem apreciadas pelos técnicos e discutidas pelo Conselho, entravam em debate na Assembléia Popular. Por um lado, os cidadãos detinham o direito de iniciativa, mas, por outro, assumiam responsabilidades pelo mérito de suas propostas. As responsabilidades eram medidas através da ação de ilegalidade oferecida por qualquer outro cidadão contra o Autor da lei e o Presidente da Assembléia que votara. Na hipótese de ser julgada contrária aos interesses do povo ateniense, ou às leis anteriores, ou, ainda, maculada pelo desrespeito às formas de procedimento legislativo, o autor e os responsáveis pela discussão e votação, inclusive o Presidente da Assembléia, sofriam pena que iam desde a multa até a morte.

O DIREITO ATENIENSE, ainda, previa a diferença entre a lei escrita (nomos) e o decreto (pséphismo), em razão de seu conteúdo. A lei escrita continha disposições de caráter geral, enquanto que o decreto não poderia comportá-los. Em outras palavras o Direito de Atenas já impunha - **O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE** – ou seja, a hierarquia dos instrumentos legislativos.

No entender de Arnaldo Vasconcelos (Direito, humanismo e democracia), ao eleger o sistema democrático, ainda que sob os auspícios da doutrina religiosa de Ésquilo, colocando o elemento ideológico da religião ao serviço da política, estava o povo ateniense optando de certa forma pela **ideologia da democracia laica**.

Tanto isto é verdade que dentre os significativos debates sobre o assunto, a obra de **Platão, no diálogo “As Leis”**, sublinha a **supremacia do direito positivo como condição indispensável para a prosperidade do Estado**.

Com essa mesma filosofia Aristóteles, na obra **“A Política”**, **que desde já recomendamos a sua leitura**, pois o Tema que dedicamos – O Processo Legislativo – guarda profunda ligação com a análise da sociedade humana, de suas instituições, de suas leis, de suas constituições, de seus modos de gerir a coisa pública, desenvolvida pelo filósofo, afirmava que a “Lei é a razão desprendida das paixões” e sustenta que uma “Lei eterna à qual mais vale obedecer do que a quem quer que seja”.

A partir de discussões desse naipe, onde a lei positiva ganha o centro do debate filosófico, afasta-se por completo a existência e modificação das leis da vontade divina.

Com isso, ocorre a laicização do direito, permitindo o divórcio entre o direito dos deuses e o direito dos homens, fato que servirá como caminho para o desenvolvimento da cultura clássica.

A HERANÇA ROMANA, da mesma maneira, empresta grande relevância para a evolução na disciplina da conduta humana, ao longo da história, na medida em que o Direito passou a ser visto sob o aspecto científico nos estudos romanos, através da análise lógica dos fatos sociais. Exemplo disto é o **DIGESTO** –

(seleção de obras jurídicas dos juriconsultos clássicos).

Entretanto, na escola de Roma, pilar do direito atual dos países de tradição romanística, como o nosso, no início de sua formação não havia separação entre o Direito e a Moral.

A distinção veio com o juriconsulto Paulo ao defender a idéia de **que nem tudo que é lícito é honesto e que fatos admitidos pelo Direito podem ser repelidos pela Moral.**

No que tange à religião a distinção era reconhecida pelos romanos, que separavam o “jus”, domínio dos homens, e o “faz”, reinado de Deus, graças ao surgimento do cristianismo, estabelecendo dois campos distintos: **o religioso e o civil.**

Todavia, com o passar do tempo se estreitam as relações entre a Religião e Império, culminando com o controle do Estado e transformando o cristianismo m religião oficial. Em conseqüência, o Imperador passou a dominar os campos laico e religioso, adquirindo poderes ilimitados e levando ao totalitarismo que correspondem ao controle do governo civil sobre a religião – chamado de **CESAROPAPISMO.**

MAS COMO NADA É ETERNO E PERENE

No transcorrer da história ocorre a invasão da Europa pelos povos germânicos, liderados por um hérulo, ODOACRO, que em 476, após não ser atendido no pedido de criação do estatuto dos federados, o que lhe daria o direito de obter terras e receber tributos, tomou a iniciativa de derrubar o fraco Imperador Rômulo Augustulo e assenhorar-se da Itália, coroando-se rei.

Ao contrário do Império Romano fragmentado a Igreja Católica fortalecida amplia cada vez mais o seu poder, período que eliminou o poder dos reis e imperadores para nomear e investir os clérigos da Igreja.

No entanto, o Imperador do Sacro Império Romano Germânico – HENRIQUE IV – contestou semelhante poder, cujos conflitos redundaram na doutrina das **“DUAS ESPADAS OU AUTORIDADES”**, baseada no entendimento de que a sociedade deveria ser regida por jurisdições separadas: A TEMPORAL OU SECULAR e a ESPIRITUAL, ambas provenientes de DEUS.

Desse modo, sob o aspecto legislativo existiam as LEIS SECULARES – voltadas para o bem estar dos súditos dos imperadores e LEIS ESPIRITURASIS – para a salvação dos seres humanos.

Porém, a inexistência de um **PODER CENTRAL e do DESPREZO PELA DOCTRINA DAS DUAS ESPADAS**, retomaram-se os conflitos entre a Igreja e os Impérios Seculares e a prevalência dos fatores religiosos em grande parte da IDADE MÉDIA, sub julgou os Soberanos a meros obedientes das SAGRADAS ESCRITURAS, que eram interpretados pelos doutores da lei (sacerdotes católicos), cujo poder os conduziram à hegemonia social e política no período medieval.

O domínio da IGREJA durante a IDADE MÉDIA se altera com o desenvolvimento da indústria e do comércio, responsáveis pelo surgimento de uma NOVA MENTALIDADE a respeito dos fatos terrenos aliada à difusão da REFORMA PROTESTANTE promovida por Martinho Lutero E A REVOLUÇÃO CIENTIFICA, que tinham como meta a descoberta da verdade pela razão.

Significativos, ainda, para essa alteração são as construções doutrinárias promovidas por GUILHERME DE OCKHAM e MARCILIO DE PADUA, pregando a SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES ESPIRITUAL E TEMPORAL.

A título de ilustração, MARCILIO DE PADUA defendeu que o estabelecimento das leis divinas e humanas deveria ser separado, ficando a primeira a cargo da Igreja e a segunda a cargo do Príncipe. Para sustentação de sua tese, alegou que na SAGRADA ESCRITURA, de acordo com as palavras de CRISTO e de seus APOSTOLOS, **o poder de legislar foi conferido ao povo romano e ao seu Príncipe.**

Com a SEPARAÇÃO DE PODERES o Monarca assume o PODER PLENO OU SOBERANO na esfera TEMPORAL, originando a concepção de ESTADO, no qual a organização política caracteriza-se pela concentração de poder.

O Soberano na qualidade de detentor absoluto do PODER TEMPORAL **utiliza-se de LEI como único instrumento para representar a sua vontade, sepultando o condicionamento da lei humana**. Além disso, os governantes impuseram a SUPREMACIA DA LEI sobre os COSTUMES, PERMITINDO QUE A PRIMEIRA VIESSE A AFASTÁ-LOS OU MODIFICÁ-LOS.

A FORÇA DO COSTUME, a partir de então, sujeitou-se ao processo de FORMAÇÃO DAS LEIS.

Assim a AUTORIDADE assumiu o papel de produtora de DIREITO e a Soberania passa a ser definida como detentora do poder de fazer ou não fazer LEIS.

PORTANTO, RESSURGE A IDEIA PRESENTE NO DIREITO ROMANO – “O QUE O PRINCIPE DESEJAR VIGORA COMO FORÇA DE LEI”.

Dessa forma, tornou-se imprescindível institucionalizar o poder, fator determinante para o surgimento de forma de controle da atividade legislativa, caso da SEPARAÇÃO DE PODERES – PARTICIPAÇÃO POPULAR na feitura das LEIS e IMPOSIÇÃO DE LIMITES FUNDADOS NO DIREITO NATURAL.

Todavia, do final do século XV até o final do século XVIII, o poder ficou livre de quaisquer condicionamentos. Fundado na concepção da origem divina do poder, o que novamente ligava a RELIGIÃO AO DIREITO, ADUZIA O REI QUE SOMENTE AS LEIS DIVINAS PODERIAM LIMITÁ-LO.

VIVÍAMOS O AUGE DO ABSOLUTISMO MONÁRQUICO.

O ABSOLUTISMO é marcado pela publicação da obra “POLITICA EXTRAIDA DA SAGRADA ESCRITURA” de BOSSUET - Onde se coloca em termos claros a ligação entre o ABSOLUTISMO E O DIREITO DIVINO. Segundo BOSSUET – “a legitimidade do poder do rei decorreria do fato de ser o representante de Deus na terra. Por conseguinte sua autoridade encontraria respaldo divino e, por isso, não poderia ser objeto de partilha.”

RESULTANDO NO EXERCÍCIO ARBITRÁRIO E DESMEDIDO DO PODER.

Nessa mesma etapa da história, em sentido contrário, desenvolve-se uma importante tentativa de limitação estatal, sob o enfoque jurídico, com o apoio na **TEORIA DA PERSONALIZAÇÃO DO ESTADO. Primeira medida adotada para a construção do Estado de Direito, cujo fundamento repousava no fato de que ELE deveria ser considerado de SUJEITO DE DIREITO, assumindo direitos e obrigações, assim como a fazer parte das relações jurídicas.**

Semelhante teoria estimulou o aparecimento de importantes transformações entre as quais, aquela que encarava a ATIVIDADE LEGISLATIVA COMO FUNÇÃO HUMANA – cuja essência mantinha estreita relação à formação dos ESTADOS MODERNOS. O entendimento a prevalecer era de que a ordem social é produzida e criada, e não simplesmente vinculada a uma ORDEM SUPERIOR DE NATUREZA RELIGIOSA.

Contribuiu para esse novo enfoque principalmente a idéia de SOBERANIA POPULAR, presente na:

REVOLUÇÃO GLORIOSA DE 1688 – No auge da crise de reimplantação da monarquia na Inglaterra, os dois partidos do Parlamento se uniram a GUILHERME DE ORANGE, chefe de Estado da Holanda e

genro do então rei da Inglaterra, Jaime II, e tomaram o poder, fazendo triunfar o **LIBERALISMO SOBRE ABSOLUTISMO**.

CARTA DE DIREITOS DE 1689 – Com a tomada do Poder, o Parlamento promulga a Carta de Direitos, que subordina o governo ao Parlamento, que passa a ser o órgão máximo da administração do Estado, tendo como prerrogativa a aprovação do orçamento e fica proibido ao governo manter exército em tempo de paz, para evitar pressões militares às decisões parlamentares.

E AS FAMOSAS DECLARAÇÕES DE DIREITO AMERICANA E FRANCESA,

Que pode ser sintetizada na idéia de que a disciplina da vida em sociedade é fruto da vontade política.

INSPIRA

A DECLARAÇÃO DE DIREITOS FRANCESA, relacionada à TEORIA DE MONTESQUIEU (SEPARAÇÃO DE PODERES) e o MOVIMENTO INTELECTUAL CONHECIDO DE ESCLARECIMENTO - O ILUMINISMO.

Nesse clima de reconhecimento do principio da **SEPARAÇÃO DOS PODERES**, e do LEMA: **LIBERDADE – IGUALDADE E FRATERNIDADE** extraído do **ILUMINISMO**, a burguesia francesa, acompanhada pelo clero e a nobreza, descontentes com a falta de soluções na crise econômica que se instalava no reinado de LUIS XVI, instalam, em 26 de agosto de 1789, a ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, para adotar a histórica “DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO” – no intuito de servir como **PREÂMULO DA CONSTITUIÇÃO FRANCESA que viria a ser promulgada em 1791**.

Em apenas 17 artigos, facilmente apreendidos, expuseram o desejo e princípios da **REVOLUÇÃO**, delegando à burguesia a titularidade de emancipar o mundo do feudalismo e dos privilégios herdados pelo nascimento.

Desencadea-se, assim, o nascimento do governo da razão no qual se manifestava a soberania da vontade geral expressa no parlamento.

Surgia o governo das LEIS e não dos HOMENS, marcado pela emissão de normas gerais e abstratas utilizadas como meio para garantir os direitos individuais do homem.

A propósito, ilustrando a preponderância da LEI, o artigo 2º, da Constituição Francesa de 1791, estatui que:

“NÃO EXISTE NA FRANÇA AUTORIDADE SUPERIOR À DA LEI. O REI REINA POR ELA E NÃO PODE EXIGIR A OBEDIÊNCIA SENÃO EM NOME DA LEI”.

Assim põe-se a LEI acima de todas as vontades, idolatrando-a e lhe conferindo o atributo de instrumento de controle do poder. A partir de então ligavam o DIREITO E ESTADO À LEI, proclamando-se a

QUE SE PASSOU A CHAMAR DE

ONIPOTÊNCIA JURÍDICA DO LEGISLADOR - VISTO QUE O CULTO À LEI E A INTENÇÃO DO LEGISLADOR - colocavam o DIREITO PRODUZIDO pelo ESTADO na posição de SUPREMACIA.

A idéia de que o poder normativo estaria concentrado unicamente no Estado inspirou HANS KELSEN a defender a TEORIA PURA DO DIREITO - **ESTADO E DIREITO** são constituídos pelo verso e reverso de uma mesma medalha, elementos inseparáveis, sendo o **DIREITO** atividade normativa enquanto o **ESTADO** a situação normatizada.

ENTRETANTO

Diante dos abusos decorrentes da concentração de poder, como não poderia ser diferente, mormente pelo **LEGISLATIVO**, passou-se a formular mecanismos de combate, que atingem seu ápice no século XIX, na Alemanha, vazados na teoria de “**RECHTSSTAAT**” – (**RICHTAAT**) - “**ESTADO DE DIREITO**”, entendida no sentido de Estado liberal de Direito, ou seja, na acepção do modelo político que restringe a atuação do Estado à proteção das liberdades individuais, controlando a legalidade de seus atos e assegurando a elaboração de normas jurídicas segundo procedimentos democráticos.

A noção de **ESTADO DE DIREITO** foi concebida inicialmente em uma dimensão formal se confundido com o próprio **PRINCIPIO DA LEGALIDADE**, ou seja, entendia que todos os atos emanados do **ESTADO** devem estar juridicamente habilitados, isto é, devem estar escorados em uma hierarquia de normas públicas, claras, abstratas e gerais.

NESTE MESMO MOMENTO DA HISTÓRIA – do outro lado do oceano – **NA INGLATERRA** – desenvolvia-se, ao contrário da sua congênere continental, a idéia de que os indivíduos possuem direitos independentes do **ESTADO**, que se consubstancia no **PENSAMENTO JURÍDICO DA “RUN OFI LÓ” – DOMÍNIO DA LEI**.

A concepção do **DOMÍNIO DA LEI** esta intimamente conectada com própria história das liberdades políticas e das garantias individuais, que tem como marco inicial a **CARTA MAGNA** promulgada por **JOÃO SEM TERRA em 1215 (PACTO ENTRE JOÃO SEM TERRA E OS BARÕES INGLESES)**.

Esse pacto era a 1ª tentativa de se estabelecer em termos jurídicos uma limitação do poder político.

NENHUM HOMEM NEM MESMO O REI ESTARIA ACIMA DA LEI, COMO TAMBÉM TODOS OS HOMENS LIVRES TERIAM DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

É importante notar que tal princípio exerceu notável influência em outros documentos jurídicos significativos de limitação do exercício do poder régio no contexto anglo-saxão, como:

- A “**PETITION OF RIGHTS** – (**pedido de direito**) – **petichan ofi raits, de 1628- QUE REQUERIA O RECONHECIMENTO DE DIREITOS E LIBERDADES PARA OS SÚDITOS DO REI**
- O “**HABEUS CORPUS ACT**”, **DE 1679** – QUE ANULAVA AS PRISÕES ARBITRÁRIAS
- O “**BILL OF RIGHTS**” (**declaração de direitos**) **de 1689** – O MAIS IMPORTANTE DESTES, POIS SUBMETIA A MONARQUIA À SOBERANIA POPULAR, TRANSFORMANDO-A NUMA MONARQUIA CONSTITUCIONAL,

SEM SE ESQUECER DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO AMERICANA.

CONVÉM LEMBRARMOS – que na **CARTA MAGNA** – os barões ingleses deixaram claro que o **REI** não lhes outorgava direitos novos, mas apenas honraria o compromisso de não privá-los dos direitos concedidos por **DEUS**.

A **CONSTITUIÇÃO AMERICANA** segue o mesmo caminho, pois ela afirma que a liberdade individual vem das “**LEIS DA NATUREZA**” e que “**TODOS OS HOMENS SÃO CRIADOS IGUAIS, QUE SÃO AGRACIADOS POR SEU CRIADOR COM CERTOS DIREITOS INALIENÁVEIS, QUE ENTRE ESSES DIREITOS ESTÃO A VIDA, A LIBERDADE E A BUSCA DA FELICIDADE**”

O QUE IMPORTA FICAR CLARO que ambas tradições jurídicas - tanto a do ESTADO DE DIREITO COMO A do DOMÍNIO DA LEI - com apenas pequenas distinções, basicamente defendiam a

- A GARANTIA DE PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DO PODER
- A EXIGÊNCIA DE NORMAS PÚBLICAS CLARAS E CONSISTENTES
- A EXISTÊNCIA DE TRIBUNAIS ACESSÍVEIS E ESTRUTURADOS PARA OUVIR E DETERMINAR AS DIVERSAS REIVINDICAÇÕES LEGAIS.

Entretanto, com o advento do chamado **ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL**, proveniente da expansão das atividades econômicas e sociais a tradição continental de (**RECHITAAT**) – passou a incorporar a dimensão substancial da – (**RUN OFI LÓ**)- **DOMÍNIO DA LEI**, incluindo dispositivos de garantia dos direitos fundamentais e constitucionais.

Esta nova modalidade ganha o nome de – **ESTADO CONSTITUCIONAL**.

COM ESSE PENSAMENTO JURÍDICO - OU SEJA – A CONSOLIDAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS GARANTIAS E INDIVIDUAIS E CONSTITUCIONAIS – induzia-se a uma fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis.

E, assim, nascia em terras NORTE-AMERICANAS o INSTITUTO DA REVISÃO JUDICIAL DA LEGISLAÇÃO

DE JUDICIAL REVIU OFI LEGISLEICHAN

A REVISÃO JUDICIAL DA LEGISLAÇÃO - teve origem na jurisprudência norte-americana em especial na célebre decisão do **JUIZ JOHN MARSHALL no caso MARBURY contra JAMES MADISON, em 1803**.

Nesse caso a cizânia envolvia a nomeação de **MARBURY** para o cargo de Juiz de Paz, no Condado de Washington, negada pelo então Secretário de Estado **JAMES MADISON** por ordem do Presidente eleito **THOMAS JEFFERSON**, apesar do título de nomeação já perfeitos, inclusive assinado na ocasião pelo Ex-Presidente **JOHN ADAMS** - E COM SÊLO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA.

O mérito da causa só foi decidido dois anos mais tarde, quando o **JUIZ MARSHALL**, na condição de Presidente da Corte Suprema, muito embora não tenha reconhecido o direito de **MARBURY** de tomar posse no cargo de Juiz, por outro lado, o que importou efetivamente foi que a Suprema Corte Americana entendeu haver um controle dos atos normativos, ou seja, dos atos com força de imposição praticados pelo Estado, no exercício de suas funções, mas que ofendessem as normas constitucionais, consolidando, conseqüentemente, uma jurisprudência da - **REVISÃO JUDICIAL – de ATOS EMANADOS PELO EXECUTIVO**.

NAQUELE MOMENTO FECHA-SE UM CICLO DA HISTÓRIA - DE MANEIRA A DISCIPLINAR A CONDUTA HUMANA SOBRE O ENTENDIMENTO DE QUE O ESTADO DE DIREITO EXIGE A SUBMISSÃO DO ESTADO NÃO SOMENTE AOS DITAMES DA LEI, MAS, ESPECIALMENTE, AOS DA CONSTITUIÇÃO.

Aliás, a lógica do sistema constitucional, como acentuou **MARSHALL**, impõe realmente que, sobre a lei, se observe a Constituição.

2 – Os Instrumentos do Princípio da Legalidade

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE pode ser visto, conforme nos ensina ANDYARA KLOPSTOCK SPROESSER -

“como uma relação de compatibilidade entre a atuação do Estado e um conjunto de normas de direito, o chamado “bloco da legalidade”, vale dizer, o conjunto das regras que têm valor de lei: a Constituição, em primeiro lugar; a seguir todas as aquelas manifestações jurídicas que, segundo as regras constitucionais, podem obrigar a sociedade, como, em nosso país (art. 59 da CF): a lei propriamente dita (ordinária e complementar), a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo e a resolução legislativa.

A esse elenco, acrescentem-se o regulamento executivo e a sentença judiciária, estes – regulamento e sentença – extravagantes do processo legislativo, bem como o costume.

Conforme tivemos oportunidade de comentar, no início da abordagem sobre o **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**, o **COSTUME** representa uma forma de manifestação de regras de conduta das sociedades mesclada com a maneira de comportar-se de um povo, cuja habitualidade e a convicção de que a atitude em determinadas situações corresponde a uma necessidade jurídica, nada mais elementar do que considerá-lo uma regra jurídica.

Pois bem, partindo-se de semelhante premissa e considerando tratar-se o **COSTUME** de regra jurídica elaborada diretamente pela sociedade, de maneira espontânea e sem intermediação de representantes, não há como deixar de conotá-lo como um das principais fontes de inspiração da **SUPREMACIA ABSOLUTA DA LEGALIDADE**.

Encerramento

ASSIM, CONCLUIMOS A NOSSA PRIMEIRA ABORDAGEM NO CURSO DE PROCESSO LEGISLATIVO, AINDA QUE ATRAVÉS DE PEQUENAS AMOSTRAGENS - TRAÇANDO UMA RESENHA SOBRE AS DIFERENTES FORMAS DE ESTADO – CONCEITOS SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES – E POR FIM O REGRAMENTO DA CONDUTA HUMANA, ATRAVÉS DO TEMPO, SOB A LUZ DAS INFLUÊNCIAS POLÍTICAS – ECONÔMICAS – RELIGIOSAS - SOCIAIS E CULTURAIS.

Na esperança de que tenhamos enriquecido, pelo menos em parte, o conhecimento de vocês sobre o tema, e quiçá despertado a ânsia de prosseguir no curso e nos dar a oportunidade de revê-los em outra oportunidade.

Os nossos sinceros desejos de um bom curso de PROCESSO LEGISLATIVO.

Prof. Flavio de Souza Braz.

Bibliografia:

As informações trazidas nessa exposição somente foram possíveis graças às pesquisas imprimidas juntos aos estudos elaborados por:

Manoel Gonçalves Ferreira Filho – Do Processo Legislativo – 6ª edição – Editora Saraiva – São Paulo – 2007.

Fábio Alexandre Coelho – Processo Legislativo – 1ª Edição – Editora Juarez de Oliveira – São Paulo – 2007.

Andyara Klopstock Sproesser – Processo Legislativo/Direito Parlamentar – São Paulo – ALESP/SGP – 2000.

FONTES:

Maurílio Maldonado – Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos desenvolvimento no Estado Brasileiro.

Hernandes Piras – Trabalho realizado no Curso de Processo Legislativo do Instituto Legislativo Paulista da Assembléia Legislativa – 2007.

ESPÉCIES LEGISLATIVAS

Patrícia Rosset¹

SUMÁRIO: 1. Introdução: O Estado Brasileiro. - 2 . O processo legislativo e princípios e normas informadoras – 3. O processo legislativo e as espécies legislativas na Constituição – 3.1. Emenda a Constituição – 3.2. Lei complementar – 3.3. Lei ordinária – 3.4 leis delegadas – 3.5 medidas provisórias – 3.6 decretos legislativos – 3.7. resoluções.

1. INTRODUÇÃO: O ESTADO BRASILEIRO

“DIVERGIR, SIM; DESCUMPRIR, JAMAIS; AFRONTÁ-LA, NUNCA.” Com essas palavras de ordem o então Deputado Ulysses Guimarães, no dia 5 de outubro de 1988, em seu caloroso discurso declarou promulgada a Constituição Cidadã. Sua missão era reconstruir o País a partir dos escombros institucionais resultantes do regime de exceção. A nova Carta viria modificar a história do país e, ao longo dos vinte anos que se sucederam, não houve sequer uma ameaça de fratura institucional, a despeito até do inusitado processo de impeachment. Com ela, também, alterou-se o perfil do eleitor brasileiro, ao incluir o voto dos analfabetos e, em caráter facultativo, estendeu também o voto aos jovens entre dezesseis e dezoito anos. A nova ordem constitucional recompôs os direitos e garantias individuais, criou o habeas-data, consagrou o Código do Consumidor sem mencionar a proteção ao meio ambiente, entre outros tantos direitos novos que passaram a ser resguardados.

A Carta de 1988, denominada - como já se afirmou antes - de ‘Carta Cidadã’, brindou a sociedade brasileira com um significativo avanço democrático. A síntese do pensamento que dominou a Assembléia Constituinte e o seu trabalho de elaboração da referida Carta pode ser antevista em seu preâmbulo, na principiologia declinada com vistas a orientar os rumos do Estado brasileiro e, em decorrência, a sua produção normativa:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um ESTADO DEMOCRÁTICO, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”²

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC; Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2004; Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, 2006; Membro fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas – ABCD, Seção Brasileira do Instituto Ibero Americano de Derecho Constitucional - IIDC; Membro associada do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – IJI; membro efetivo do Instituto do Advogado de São Paulo – IASP; membro associada do IBDC e do IBDA; Assessora Técnico-Jurídica da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo - ALESP, desde 1982; Professora do Instituto do Legislativo Paulista – ILP; Palestrante convidada no curso de Especialização em Direito da Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC; Palestrante convidada da Pós-Graduação e Extensão em Direito da Universidade Candido Mendes - UCAM; Membro Efetivo da Comissão de Acompanhamento Legislativo da OAB, Seção de São Paulo, Consultora e Advogada.

² Constituição da República Federativa do Brasil. 1988

De igual forma, o artigo 1º, “caput”, dispõe que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, razão pela qual os cidadãos do país elegem seus governantes em sufrágio direto, secreto, universal e periódico e que os governantes se distribuem em Poderes independentes e harmônicos entre si³.

Assim o texto constitucional permite extrair os princípios indicativos do conteúdo mínimo da dinâmica de conformação legislativa, como ensina Clève⁴ ao afirmar que o referido conteúdo expressa-se mediante regras ou princípios recepcionados pela Constituição (princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio republicano, princípio da legalidade, princípio dos direitos fundamentais, princípio da proteção da confiança, princípio da justiça social, princípio da igualdade, entre outros) que agrupados, produzem o núcleo substantivo da ordem jurídica brasileira. O conteúdo de justiça condensado na Constituição vincula todos os órgãos constitucionais, inclusive o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

No Estado de Direito a lei é um sinete, sendo, assim, é sua marca identificadora, uma vez que não há Estado de Direito sem lei condizente com o equilíbrio desejado. Mas o que legitima e qualifica o Estado de Direito não é a lei, mas a Democracia, fonte inesgotável do sistema normativo e da existência deste como mecanismo regrador dos aspectos jurídicos da vida social.⁵ O Estado Democrático de Direito se completa com a existência de um Poder Judiciário independente, apto para decidir sobre a validade das leis perante a Constituição e na aplicação dos postulados normativos feitos pelo Legislativo aos casos concretos.

A diferença entre o Estado Legal e Estado Democrático de Direito reside no fato de que, neste último, o fundamento de sua organização encontra-se nas ações do Poder Legislativo, de forma que o mesmo afirma sua legitimidade, sendo que o primeiro prescinde disto. A tradução mais enfática do Estado Democrático de Direito encontra-se na concretização dos princípios da soberania nacional e na efetiva participação popular, além das garantias presentes no ordenamento jurídico relativas à dignidade da pessoa humana.

O princípio republicano no Brasil foi instituído como arcabouço fundamental e básico, informador de todo o sistema jurídico brasileiro, ensina Geraldo Ataliba. A idéia de república domina não só a legislação, como o próprio texto magno inteiramente, perpetrando todos os seus institutos e estendendo seus efeitos sobre os mais modestos escaninhos ou recônditos meandros. Desta forma, em linhas gerais, o regime republicano caracteriza-se pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüentes responsabilidades dos mandatários. Daí porque todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia - checks and balances - e demais procedimentos a serem observados, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primordial no sistema jurídico⁶ e na separação dos poderes.

No que diz respeito à questão do Federalismo, a Constituição de 1988 trouxe algumas inovações. Antes de 1988 havia dois entes federados: a União e os Estados-membros. A grande inovação introduzida pela Magna Carta foi a de elevar o Município a ente federado. Hoje, a República Federativa do Brasil é composta pela União, vinte e seis Estados-membros, um Distrito Federal e cinco mil, quinhentos e sessenta e quatro Municípios⁷. Cada ente possui os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Este último não é prerrogativa somente da União e dos Estados-membros, mas também dos Municípios.

Em meio a essa complexa composição é que se desincumbe o processo legislativo brasileiro. Por esse motivo, a reflexão aqui empreendida irá apenas se ater ao processo legislativo da União, já que é obrigatória a observância dos princípios adotados por esta, pelos entes federados. A União é bicameral e os Estados-membros e os Municípios são unicamerais.

³ Constituição Federal artigo 2º, artigo 60, § 4º, incisos II e III.

⁴ Cf. Clèmerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 147.

⁵ Cf. Hilda de Souza *Processo Legislativo: linhas jurídicas essenciais*. Porto Alegre: Sulina, 1998.p. 29

⁶ Cf. Hilda de Souza. *Op. cit.* p. 37.

⁷ Esta elevação deveria trazer uma administração inteligente uma vez que o cidadão vive no Município e nele deveria ter as suas necessidades básicas atendidas, o que ocorreu foi o contrário, como José Afonso da Silva.

2. O PROCESSO LEGISLATIVO: PRINCÍPIOS E NORMAS INFORMADORAS

O processo legislativo é uma espécie do gênero amplo do direito processual, como leciona Nelson de Souza Sampaio, também chamado adjetivo ou formal para distingui-lo do direito substantivo ou material. É o direito processual - em toda a sua amplitude – que revela o caráter dinâmico do ordenamento jurídico. Através dele o direito regula a sua própria criação, estabelecendo as normas que presidem à produção de outras normas, sejam normas gerais ou individualizadas. Quando se trata de normas que regulam a produção – criação, modificação ou revogação – de normas gerais, aí se encontra o processo legislativo.⁸

Para José Afonso da Silva, o processo legislativo é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando à formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos. A forma pela qual os atos do processo legislativo se realizam é o denominado procedimento. Este diz respeito ao andamento da matéria nas Casas legislativas. Essas regras que lhe dizem respeito aplicam-se, também, aos Estados e Municípios⁹.

Além dos princípios constitucionais vigentes no Estado brasileiro existem os princípios básicos informadores do Poder Legislativo que são: a legitimidade, a decisão colegiada e da votação por quorum, da publicidade, e das obediências às normas. A legitimidade serve de moldura formal ao processo legislativo, para proteger os princípios básicos dos produtos legislativo, resguardando-os das liberdades, prevenindo-os das dificuldades próprias do sistema democrático. O princípio da decisão colegiada e da votação por quorum são básicos do Poder Legislativo e da democracia representativa, uma vez que dão condições de participação ativa às minorias representadas. O princípio da publicidade refere-se ao conhecimento prévio da pauta de votação e da contínua publicidade das ações legislativas que durante o processo permitem o acesso e a participação plena não só do parlamentares, como também da sociedade que se vê representada. O princípio da obediência às normas diz respeito ao jogo parlamentar, uma vez que este não pode atuar em espaço vazio. Traduz-se nos atos de negociar, barganhar, obstruir, uma votação etc., garantindo à todos um poder de mobilização.

No entanto, é imprescindível que esse jogo esteja inserido dentro dos limites previstos pelas normas, sob pena de individualizar o Poder Legislativo no exercício do leque de suas funções, mesmo quando este coloca-se como contraponto aos interesses dos demais poderes. No que tange às fontes normativas, o processo legislativo é disciplinado por poucas normas inderrogáveis, como aquelas que se encontram contidas nos artigos da Constituição, e em muitas disposições elásticas de sua aplicação, como aquelas contidas nos regulamentos parlamentares.

O Regimento Interno do Processo Legislativo é a fonte principal dos trabalhos diários. É ele quem estabelece a forma de organização e funcionamento, desenvolvendo o modelo traçado pelo texto constitucional. Para disciplinar o processo legislativo, a legitimidade na elaboração da norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos¹⁰: participação plena e igualitária do parlamentar em todas as atividades legislativas, respeitando os limites regimentais; modificação de norma regimental apenas por norma legislativa competente, respeitando os limites regimentais; impossibilidade de prevalência sobre a norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, ainda que unânime, tomadas ou não mediante votos; nulidade de qualquer decisão que contrarie norma regimental; prevalência da norma sobre o geral; decisão dos casos omissos de acordo com a analogia e os princípios gerais do direito; preservação dos direitos das minorias; decisão normativa a ser observada pela Mesa em questão de ordem decidida pela Presidência; decisões colegiadas ressalvadas as competências específicas estabelecidas no Regimento de cada Casa Legislativa; impossibilidade de tomadas de decisões sem a observância do “quorum” regimental estabelecido; pauta de decisões feita com antecedência tal que possibilite a todos os senadores e demais parlamentares o seu devido conhecimento; e a publicidade das decisões tomadas exceção feita aos casos específicos previstos no Regimento. Assim a possibilidade de uma ampla negociação política somente ocorrerá por meio de procedimentos regimentais previstos.

⁸ Cf. Nelson de Souza Sampaio. *O Processo Legislativo*. 2.ed.rev. e atual. Por Uadi Lammêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁹ Cf. José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 437.

¹⁰ Regimento Interno do Senado Federal. Artigo 412, também reproduzidos no Regimento da Câmara dos Deputados.

Existem ainda as várias normas conexas ao Regimento. Estas são constituídas tanto pelas que estabelecem a técnica legislativa, quanto àquelas que estabelecem requisitos para declarar uma entidade de utilidade pública, ou mesmo denominação do próprio público. Algumas normas conexas estão aqui apresentadas, como exemplos: a Lei Federal nº 1.079/1950 que versa sobre a responsabilização das autoridades executivas; a Lei Federal nº 1.579/1952 que versa sobre a competência e o funcionamento das comissões parlamentares de inquérito e a Lei Complementar Federal nº 95/98 que dispõe sobre a técnica legislativa. A observância dessas normas durante o processo legislativo, além de necessária, é também vinculadora. Se assim não for, o ato decorrente do descumprimento poderá e deverá sofrer controle por parte do Judiciário.

3. O PROCESSO LEGISLATIVO E AS ESPÉCIES LEGISLATIVAS NA CONSTITUIÇÃO.

O título IV da Organização dos Poderes, Capítulo I, Seção VIII, disciplina as questões do processo legislativo. A Constituição de 1988 estabelece as matérias relacionadas à iniciativa, elaboração, sanção, veto e promulgação, bem como, as competências legislativas referentes a cada poder. Convém assinalar, que de um modo genérico, a lei, na experiência constitucional brasileira, é definida por seu regime jurídico e por sua forma; enquanto tal é um ato normativo revestido de força coercitiva. Assim, à exceção da emenda constitucional, todas as espécies contidas no art. 59 da Constituição Federal são leis.¹¹

Por sua vez, só os atos legislativos dispostos neste artigo acima mencionado adquirem força de lei; em outras palavras, não cabe ao legislador ordinário aumentar esse número, a não ser via reforma constitucional. Esta determinação está baseada no princípio da tipicidade das leis.¹² Não é outro o entendimento de Jorge Miranda, ao afirmar que: “o princípio da fixação das formas de lei guarda um de seus corolários de que só são actos legislativos os definidos pela Constituição nas formas por ela prescrita”.¹³

O art. 59 do título IV da Organização dos Poderes do Capítulo I da Subseção I da Constituição Federal estabelece que 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.

Além disso, em seu parágrafo único, determina que lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. No entanto, a espécie legislativa não deve ser confundida com espécies normativas.

No exercício do poder normativo de que é titular, o Estado tem em vista a produção de regras ou comandos jurídicos que podem assumir umas das seguintes formas, de acordo com nível de atuação de o referido poder normativo: - em nível constituinte: emendas constitucionais; - em nível legislativo: leis complementares à constituição, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções; - em nível regulamentar; decreto regulamentar ou decreto de execução, decreto autônomo

¹¹ Cf. Clèmerson Merlin Clève. Op. cit., p. 68.

¹² Op. cit., p. 66.

¹³ Cf. Jorge Miranda. *Manual de Direito constitucional : actividade constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra. Ed., 1997 v. 1p. 202-204.

*ou independente, portaria, circular, aviso, ordem de serviço*¹⁴.

Celso Bastos esclarece, nesse sentido que:

*Não existe hierarquia entre as espécies legislativas elencadas no art. 59, da Constituição Federal. Com exceção das Emendas, todas as demais espécies se situam no mesmo plano. A Lei complementar não é superior à lei ordinária, nem esta é superior à lei delegada, e assim por diante. O que distingue uma espécie normativa da outra são certos aspectos na elaboração e o campo de atuação de cada uma delas. Lei complementar não pode cuidar de matéria de lei ordinária, da mesma forma lei ordinária não pode tratar de matéria de lei complementar ou de matéria reservada a qualquer outra espécie normativa, sob pena de inconstitucionalidade. De forma que, se cada uma das espécies tem o seu campo próprio de atuação, não há que se falar em hierarquia. Qualquer contradição entre essas espécies normativas será sempre por invasão de competência de uma pela outra. Se uma espécie invadir o campo de atuação de outra, estará ofendendo diretamente a Constituição. Será inconstitucional*¹⁵.

3. 1 – Emenda à Constituição

A emenda à Constituição refere-se à espécie legislativa que visa alteração do texto constitucional, atribuída ao poder constituinte derivado e suas regras, formam limitação e estão estabelecidas na subseção II do capítulo do título IV em seu art. 60. Em razão disso, “a Emenda consiste em lei constitucional; uma vez promulgada integra a Constituição como norma superprimária”.¹⁶

Cabe ressaltar que ficam excluídas do processo legislativo, além da Constituição propriamente dita, também as espécies normativas que resultam no exercício do poder normativo em nível regulamentar, como os decretos regulamentares ou de execução, decretos independentes, portarias, circulares, avisos e ordem de serviço¹⁷

Por fim, o rol previsto no art. 59 da Constituição Federal, no tocante às espécies legislativas e ao seu processo legislativo, deverá ser observado pelos entes federados, não devendo modificar, substancialmente, o processo legislativo instituído pela Carta Maior¹⁸, podendo, no entanto, optar pela supressão de alguma espécie legislativa constante do referido rol, como, por exemplo, medida provisória ou lei delegada, pois são matérias que podem ser tratadas por leis ordinárias.

Conforme já se esclareceu o processo legislativo não se confunde com procedimento legislativo, já que este último refere-se à forma do movimento produzido pelos atos processuais. Mais uma vez, ao abordar as espécies legislativas, é necessário que uma classificação se faça a fim de facilitar a sua compreensão, inclusive as suas diferenças específicas.

Útil será indicar a classificação de José Afonso da Silva¹⁹, para que se possa compreender algumas das diferenças das espécies legislativas, principalmente em relação aos procedimentos legislativos face à sequência das fases procedimentais: procedimento legislativo ordinário, procedimento legislativo sumário e procedimentos legislativos especiais. O primeiro, “é o procedimento comum, destinado à elaboração das leis ordinárias. É mais demorado. Comporta mais oportunidade para o exame, o estudo e a discussão do projeto. Desenvolve-se em cinco fases: (a) a introdutória; (b) a de exame do projeto nas comissões permanentes; (c) a das discussões; (d) a decisória; (e) a revisória”²⁰.

O processo sumário caracteriza-se por seguir na deliberação de determinado assunto, o mesmo processo

¹⁴ Op. Cit. p. 44.

¹⁵ Cf. Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. 20.ed. ver. Ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 357.

¹⁶ Cf. Clève Merlin Clève. Op. Cit. p.68.

¹⁷ Cf. Andyara Sproesser. *Direito parlamentar: processo legislativo*. São Paulo: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, Secretaria Geral Parlamentar, 2000.p.47.

¹⁸ Aqui deve prevalecer o princípio da simetria.

¹⁹ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 er. Ver. E atul nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001. p.531.

²⁰ Op. cit., p. 531

legislativo ordinário, tendo como chave básica a fixação de prazos para a deliberação parlamentar. “Está previsto nos parágrafos do art. 64 da CF. Sua aplicação depende da vontade do Presidente da República, a quem a Constituição confere a faculdade de solicitar ‘urgência’ para apreciação de projeto de sua iniciativa”.²¹

Os procedimentos legislativos especiais, “são os estabelecidos para a elaboração de emendas constitucionais de leis financeiras (lei do plano plurianual, de lei de diretrizes orçamentárias, de lei do orçamento anual e abertura de créditos adicionais), de leis delegadas, de medidas provisórias e de leis complementares”.²²

Brevemente, na sequência dessa argumentação serão comentadas as demais espécies legislativas para que, posteriormente, seja possível elaborar uma visão completa do que se convencionou chamar de lei ordinária.

3.2 Lei complementar

Apesar da importância da lei complementar no direito brasileiro, como observou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o que ocorreu foi que o intérprete passou a apoiar-se exclusivamente na opinião da doutrina, quando estuda.²³ Essa importância pode ser vislumbrada após uma análise pragmática do texto constitucional; a reserva de lei complementar no âmbito do sistema tributário nacional²⁴, por conseguinte, não deixa dúvidas quanto à dificuldade de proceder, ali, qualquer alteração.

A Constituição Federal de 1988 dispõe apenas que:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

II - Leis complementares:

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Artigo 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

As leis complementares são entes legislativos reconhecíveis, conforme Sacha Calmon Navarro Coelho, porque, sob o ponto de vista formal, destaca-se pelo quorum qualificado necessário para a sua aprovação; e sob o ponto de vista material, tem por objetivo a complementação da Constituição, quer ajuntando-lhe normatividade, quer operacionalizando-lhe os comandos.²⁵

Celso Bastos ao conceituar a lei complementar assim se refere:

Lei complementar é, pois, toda aquela que contempla uma matéria a ela entregue de forma exclusiva e que, em consequência repele normas heterogêneas, aprovada mediante a um quorum de maio-

²¹ Op. cit., p. 532

²² Op. cit., p. 532

²³ Cf. Manuel Gonçalves Ferreira Filho. Do processo legislativo. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 208

²⁴ Segundo Sólton Sehn, “no âmbito do direito tributário, estão sob reserva de lei complementar, na Constituição Federal, matérias importantíssimas, tais como: (i) a disciplina dos conflitos de competência tributária (CF, artigo 146, I); (ii) as regulamentações as limitações constitucionais ao poder de tributar (CF, artigo 146, II); (iii) o estabelecimento de normas gerais em matéria tributária (CF, artigo 146, III); (iv) a instituição de empréstimos compulsórios (CF, artigo 148, caput); (v) a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas (CF, artigo 153, VII); (vi) o exercício da competência impositiva residual (CF, artigo 154, I); (vii) a disciplina do imposto de transmissão causa mortis e doação, nos casos previstos nos itens a e b, do artigo 155, § 1o. da Constituição Federal; (viii) o regime jurídico geral do ICMS: definição seus contribuintes (CF, artigo 155, § 2o., XII, a); substituição tributária (CF, artigo 155, §2o., XII,b); compensação (CF, artigo 155, §2o., XII, c); fixação do local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços, para efeitos de cobrança e definição do estabelecimento responsável (CF, artigo 155, § 2o., XII, d); exclusão da incidência do imposto em face de serviços e mercadorias destinados a exportação (CF, artigo 155, §2o., XII, e); previsão das hipóteses de manutenção de crédito, nos casos de serviços e mercadorias destinados a outro Estado ou ao exterior (CF, artigo 155, §2o., XII, f); regulamentação da forma como os incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados, por deliberação dos Estados e do Distrito Federal (CF, artigo 155, § 2o., XII, g); definição dos produtos semi-elaborados, para o fim disposto no artigo 155, § 2o., X, a; (ix) a definição dos serviços sujeitos a incidência de ISS (CF, artigo 156, III); (x) a fixação de suas alíquotas máximas (CF, artigo 156, § 3o., I); (xi) e a exclusão de sua incidência em relação a serviços destinados ao exterior (CF, artigo 156, §3o., I)”. (SEHN, S. A lei complementar no sistema de fontes do direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, n. 82, 2002).

²⁵ Cf. COELHO, S. C. N. O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988. 3. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, cap. III, p. 287.

ria absoluta. (...) Matéria própria - o que significa que recebe para tratamento normativo um campo determinado de atuação da ordem jurídica e só dentro deste ela é validamente exercitável – matéria essa perfeitamente cindível ou separável da versada pelas demais normações principalmente pela legislação ordinária. (...) A exigência do quorum especial de votação, em função do qual terá projeto de lei complementar de obter para aprovação, no mínimo, a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas Legislativas que formam o Congresso Nacional, consagram os seus dois principais elementos fundamentais.²⁶

Resumindo, dois pontos são fundamentais para distinguir lei complementar e lei ordinária. O primeiro aponta para o fato de que as matérias reservadas à lei complementar aparecem expressamente no texto da Constituição. O segundo é o requisito do *quorum qualificado*, ou seja, a exigência de maioria absoluta dos membros, para a sua votação.

Inexiste consenso na doutrina²⁷ acerca do fato se há ou não hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária e o porquê disso fica claro após atentar-se para a lição de Solon Sehn, quando este afirma que ambas retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição e os problemas de conflito resolvem-se mediante a regra da reserva de lei qualificada. No caso da lei complementar versar sobre matéria própria de lei ordinária, esta será considerada falsa ou uma lei complementar aparente, podendo ser perfeitamente revogada por uma lei ordinária posterior. No caso de a lei ordinária tratar de matéria reservada à lei complementar será inconstitucional, por violação ao princípio da reserva legal qualificada. Convém ressaltar, como lembra bem o autor aqui referido, que há certas situações em que, por determinação constitucional expressa, os requisitos do exercício de uma competência legislativa (por lei ordinária) estão sujeitos a condicionamentos previstos em lei complementar. Essa lei ordinária não estará subordinada somente aos dispositivos constitucionais, mas, também, às limitações impostas pela lei complementar habitada pela Constituição Federal. Para o caso da lei ordinária violar os requisitos previstos na lei complementar, esta será considerada inválida, por inconstitucionalidade reflexa²⁸.

Constata-se então que, primeiramente, que matérias reservadas à lei complementar não podem ser disciplinadas por lei ordinária, e por esta razão, a lei ordinária não pode modificar nenhuma lei complementar.²⁹ Ora, se o legislador só pode atuar diante das competências estipuladas e determinadas pela Constituição, o que não for matéria de lei complementar, será de lei ordinária, toda vez que esta primeira não vier expressa.

Esta compreensão vale para as espécies legislativas aqui discutidas: lei complementar e lei ordinária. É importante ressaltar, que no sistema constitucional não há qualquer exceção quanto ao que se tem afirmado. A matéria de lei complementar estabelecida na Constituição Federal deve ser, obrigatoriamente, matéria de lei complementar no plano dos entes federados, ou seja, no âmbito estadual, conforme o art. 146 CF e seguintes. É necessário dizer, ainda, que esta aparece explicitamente requisitada pelas Constituições Estaduais, conforme a natureza jurídica própria da espécie legislativa em questão. Nos demais casos, só será matéria de lei complementar, no âmbito estadual, quando esta estiver devidamente requisitada.

²⁶ Cf. Celso Ribeiro Bastos. Lei complementar: teoria e comentários. 2. ed. ver. E ampl. São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 1999. p. 47-49.

²⁷ Ver Geraldo Ataliba, em Lei complementar na Constituição, p. 30; José Afonso da Silva, em Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 233, quanto Celso Bastos, em Lei complementar: teoria e comentários, p. 95; quanto a hierarquia da lei ordinária. a doutrina vai recair em três teorias distintas na doutrina, sendo basicamente resumidas assim: a hierarquia complementar e a lei ordinária; a hierarquia somente por força de dispositivo constitucional – expresso onde a lei complementar estabelece o fundamento de validade de outras espécies legislativas; e a teoria que nega tal relação uma vez que a solução está nos princípios da competência e da reserva legal.

²⁸ Cf. SEHN, S. A lei complementar no sistema de fontes do direito tributário. Dialética. Op. cit., 127.

²⁹ Cf. Ronaldo Poletti, comenta essa questão de forma ampla, levando em conta a jurisprudência existente, concluindo que: “A solução está na tese da inconstitucionalidade, embora isso deva ser explicado. Se uma lei ordinária dispõe contrariamente a uma lei complementar deve ser declarada inconstitucional, (...) mais, se uma lei complementar trata de assunto que a Lei Maior atribui à lei ordinária, não está claro seja matéria ordinária transforma-se em matéria de lei complementar, e, por conseqüência, em norma constitucional na sua substância”. (Controle da constitucionalidade das leis. 2 ed. Ver. E ampl. Rio de Janeiro: Forense. p. 190).

3.3 Lei ordinária

Como já foi visto, é bem verdade que a lei, nos regimes parlamentares, sempre foi a fonte mais difundida, pois representa o produto do exercício da função legislativa através do Parlamento, órgão diretamente representante das aspirações populares e, por esta razão, contraposto, do ponto de vista político, àqueles órgãos que não tinham ou não têm esta característica.

Traduzindo-se assim, o desafio aos regimes absolutistas e a afirmação dos regimes parlamentares tiveram como consequência a substituição do monarca absoluto por órgãos eleitos pelo povo (Assembléias ou Parlamientos), no papel dos sujeitos aos quais cabia fazer as escolhas fundamentais para a nação.

Coerente com tal consequência, no plano do exercício da função legislativa, o processo de democratização desenvolveu-se através de uma progressiva e sempre mais ampla exautoração do monarca a favor do Parlamento. Todavia, a consolidação progressiva dos Estados de regime parlamentar tornou mais segura a dialética democrática tradicional, e talvez menos atual o risco de retorno do absolutismo (principalmente daquele tipo de absolutismo, derrotado pelas grandes revoluções liberais), tendo influenciado diretamente no papel do Parlamento e indiretamente na produção das leis por parte deste último.

O Parlamento passou a ser cada vez mais visto como o órgão ao qual concorrem principalmente as grandes escolhas políticas, que deveriam realizar-se em duas vertentes: de um lado, um penetrante exercício da função de endereço e de controle em relação ao Governo, ainda visto como órgão expresso 'pelo e não contra' o Parlamento; de outro, um exercício da função legislativa contida na aprovação das leis de maior relevo político.

É necessário recordar, no que diz respeito às relações entre as fontes, a posição modificada da lei no atual ordenamento jurídico, em relação ao que o precedeu³⁰.

Enquanto anteriormente a lei era, por definição, a fonte suprema e onipotente da vontade soberana, pelo menos para aqueles que não aceitam o conceito dos limites tácitos da revisão constitucional, hoje a lei, de um lado, é hierarquicamente subordinada à Constituição; de outro, encontra uma série de limites que resultam de reservas de competências, estabelecidas por normas constitucionais a favor de fontes diversas.

Eis porque não se pode perder de vista que;

toda a matéria constante da Constituição é portadora de uma supremacia frente à legislação ordinária e complementar, e para a qual o ordenamento constitucional criou um 'sistema de freios', a fim de que o conteúdo da superlei não possa ser atingido de forma igual àquela com que se modifica qualquer outro mandamento da legislação infraconstitucional. A estes processos – garantia dá-se o nome de supralegalidade.³¹

Por outro lado, a lei difusa e comumente usada no passado para designar uma fonte aparentemente precisa, possui hoje um significado ambíguo, que engloba fontes distintas. É por esta razão que se faz necessário o uso de expressões diferenciadas entre elas.

O problema da delimitação do conceito de lei adquiriu um grau de complexidade, à medida que a teoria da separação dos poderes do Estado desenvolveu-se, pois para a realização de seu funcionamento equilibrado era necessário distinguir ou individualizar o que caberia a cada um. Esta distinção recaiu sobre a definição do que seriam, propriamente, o ato de legislar, o ato de administrar e o ato de julgar, apesar da lei ser estabelecida no exercício da função legislativa. A fronteira entre o que deve caber a cada um enseja questões que só poderão ser respondidas com a observação das normas vigentes em cada ordenamento. São elas que poderão estabelecer critérios de repartição de competências tão variáveis quanto variável for à configuração

³⁰ Cf. Cicconetti, S. M. *Le fonti del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1997. v1.158

³¹ Cf. Ivo Dantas. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 1995. p. 53.

concreta do sistema de governo que instituírem.³²

Assim, em uma primeira aproximação conceitual, sobre o que venha a ser a lei ordinária, pode-se dizer que são as leis comuns que versem sobre qualquer matéria de competência legislativa da União, aprovadas por ambas as Casas do Congresso, sancionadas e mandadas publicar pelo Presidente da República. Na falta de sanção expressa, no prazo constitucional, ocorre sanção *ipso facto*.

*Para Ferreira Filho, a lei ordinária é o ato legislativo típico; um ato normativo primário, e via de regra, edita normas gerais e abstratas, motivo pelo qual, na lição usual é conceituada em função da generalidade e abstração. Diz o citado autor: “Não raro, porém edita normas particulares caso em que a doutrina tradicional a designa por lei formal, para sublinhar que lei propriamente dita só é aquela a que tem matéria de lei, por isso chamada ‘Lei Material’”.*³³

Em perspectiva semelhante, Yves Gandra Martins esclarece que as leis ordinárias constituem-se no veículo legislativo corrente de conformação jurídica do País. Exteriorizam os princípios constitucionais e as normas gerais da lei complementar, nos campos de sua particular atuação. A rigor, explicita: é o principal veículo legislativo de execução da ordem jurídica, o típico de instrumento de direito positivo, que todavia, pode vincular normas de direito natural, como por exemplo, o direito à vida³⁴.

Na compreensão de Orlando Soares “as leis ordinárias são aquelas de natureza comum, que regulam as relações jurídicas, de ordem privada ou interna, que envolvem a comunidade social, de maneira abrangente”.³⁵ Dessa forma, ao conceituar a lei ordinária, está se delimitando uma modalidade de lei que passou por várias transformações no decorrer do tempo, sendo que esta tradução, o motivo pelo qual é comumente chamada de “ordinária”.

3.3.1 Âmbito de regulação

Para abordar a questão que se refere ao âmbito de regulação da lei ordinária, foi necessário esclarecer a diferença entre os princípios da legalidade e da reserva de lei. O primeiro relaciona-se ao sistema de hierarquia das fontes normativas, enquanto o segundo, envolve questões de competência e sua função: “consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal”.³⁶

De uso corrente no meio jurídico, o conceito de Nelson de Sousa Sampaio³⁷ define lei ordinária por exclusão, quando se refere ao fato de que: “toda lei que não trazer o título de complementar é ordinária”. E vai mais longe, dizendo que:

*Embora o art. 59 da Constituição Federal, ao catalogar os atos legislativos, fale em leis ordinárias, o adjetivo é empregado pela necessidade de distinguir entre essa variedade e as leis complementares e leis delegadas. Fora daí o qualificativo das leis ordinárias só aparece no art. 69, que se refere ao processo de votação das leis complementares. Na prática, a lei ordinária será denominada simplesmente lei, isto é, sem adjetivação.*³⁸

Jorge Miranda afirma que:

*A lei ordinária caracteriza-se como ato da função legislativa, ato normativo da função política subordinada à Constituição, sendo lei em sentido formal contendo as principais especificações típicas da atividade parlamentar.*³⁹

³² Cf. Maria Correa. *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*. Coimbra: Coimbra. Ed. , 1988., p.223.

³³ Cf. Manuel Gonçalves Ferreira Filho. *Do processo legislativo*. Op. cit., p. 204.

³⁴ Cf. Yves Gandra Martins. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil* promulgada em 05.10.1988. São Paulo: Saraiva. 1995 tomo I. vol. 4 p 299 e ss

³⁵ Cf. Orlando Soares. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05.10.1988. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 398.

³⁶ Cf. José Afonso da Silva . *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit.,p. 425.

³⁷ Cf. Nelson de Souza Sampaio. *O processo legislativo*. Op. cit., p.72.

³⁸ Op. cit., p.72.

³⁹ Cf. Jorge Miranda *Manual de direito constitucional*. Op. cit., 122.

José Afonso da Silva ensina que a palavra lei, para realizar plenamente o princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo oriundo dos órgãos de representação popular e elaborado nos moldes do processo legislativo, previsto na Constituição (arts. 59 a 69). A seu ver, há casos em que a referência à lei na Constituição, busca satisfazer somente as exigências do princípio da legalidade, que como fito de atender a hipótese de reserva (infra), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um “ato equiparado”. Este ato equiparado à lei formal, no sistema constitucional brasileiro atual, refere-se apenas a lei delegada (art.68) e as medidas provisórias, convertidas em lei (art.62), não obstante, estas só poderem substituir a lei formal naquelas matérias indicadas estritamente nos dispositivos referidos.⁴⁰

Acerca dessa discussão, Clève conclui que a atividade legislativa não se confunde com a mera atividade de execução da Constituição, porque o legislador deve atuar com liberdade, observados os princípios materiais constantes na Constituição. Ressalta que não é possível ultrapassar os limites ali estipulados pelo constituinte, isso porque a atividade legislativa é uma atividade eminentemente de criação, característica essencial de um parlamento.⁴¹

A margem de liberdade de escolha política oferecida pela Constituição ao legislador – para a ponderação quanto à conveniência e oportunidade do conteúdo prescritivo da norma legislativa – implica na possibilidade de eleição de fins, os quais serão trabalhados através da criação.⁴²

A assertiva de Clèmerson Merlin Clève auxilia a compreensão:

No direito brasileiro, por exemplo, o quadro material vinculante do conteúdo da lei pode ser localizado pela leitura do Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais (entre os quais o que estabelece que a República tem como fundamentos à cidadania, a dignidade de pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político), inclusive dos objetivos fundamentais (art. 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) e, igualmente, do Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais.⁴³

Cabe observar, portanto, que isto não significa admitir que a lei esteja reduzida a uma fórmula vazia, apta a transportar qualquer ou mesmo o pior conteúdo⁴⁴; sob pena da mesma ser considerada inconstitucional, por desrespeito a regra de supremacia da Constituição, bem como aos princípios da reserva legal.⁴⁵

Segundo Caio Tácito: “a lei contrária à Constituição ou violadora de direitos e liberdades é anulada e destituída de eficácia”. A seu ver não há leis ilegais, maculadas de vício de forma ou de conteúdo, porque a elas opõe-se a manifestação judicial, vedadas indevidas restrições ao direito ou à liberdade⁴⁶.

O âmbito material da lei ordinária na Constituição, a primeira vista, seria qualquer matéria, mas há limitações decorrentes das competências privativas, por exemplo. Certas matérias são imunes aos poderes da lei e estas decorrem do princípio da separação dos poderes. Com base nessas limitações são vedadas as matérias reservadas à lei complementar, as de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49 da CF), as privativas do Senado (art. 52) e da Câmara dos Deputados (art.51) que são disciplinadas por decretos legislativos e resoluções e excluem a sanção do Presidente da República.

Por outro lado, como observa com propriedade Ferreira Filho: “há um domínio reservado à lei” que a Constitui-

⁴⁰ Cf. José Afonso da Silva . *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit.,p. 424.

⁴¹ Cf. Clèmerson Merlin Clève *Atividade legislativa do poder executivo*. Op. Cit., p. 72.

⁴² Cf. Serrano. P.E.A. P. *O desvio de Poder na Função legislativa*. São Paulo: Editora FTD, 1997 p.15.

⁴³ Cf. Clèmerson Merlin Clève. Op. Cit., p. 73.

⁴⁴ Op. cit., p. 73

⁴⁵ Comentando o papel do legislador diz que: “O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma.” (HARBELE, P. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. Original alemão p. 27).

⁴⁶ Cf. Caio Tácito. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1 p. 487.

ção estabelece nitidamente. Há matérias reservadas à lei ordinária, como nos casos previstos no art. 68 §1º, I, II e III, não podendo haver delegação, e por extensão o art. 150, I, no tocante a matéria tributária.⁴⁷

3.3.2 Processo legislativo na lei ordinária

Reitera-se aqui que processo legislativo consiste em um conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de Direito. Esses atos são: (a) iniciativa legislativa; (b) emendas; (c) votação; (d) sanção e veto; (e) promulgação e publicação⁴⁸.

A seqüência procedimental na elaboração da lei ordinária, e que servirá de parâmetro para a elaboração das demais espécies normativas, recebe o nome de: processo legislativo ordinário. Contemporaneamente, o processo legislativo segue as linhas gerais do processo clássico, não mudando em sua estrutura básica. Com o tempo, foram-lhe inseridos alguns requisitos com o objetivo de torná-lo mais rápido em termos de sua produção.

Os princípios informadores do processo legislativo, como já se afirmou anteriormente, estão estabelecidos pela Constituição. Aqui o raciocínio se atém ao que se refere à parte dinâmica do processo legislativo, ou seja, o seu procedimento. Acerca disto, aduz José Afonso da Silva que: “além de alguns princípios estabelecidos na Constituição, seus fundamentos jurídicos se encontram disciplinados nos regimentos internos do Congresso”.⁴⁹

A análise situando-se em uma perspectiva de realidade mais pragmática, permite dizer que esses princípios traduzem-se basicamente em cinco requisitos intrínsecos ao processo: publicidade, exame prévio das proposições por Comissões Parlamentares, oralidade (discussão e votação), separação entre discussão e votação, e por fim unidade da legislatura⁵⁰.

O primeiro requisito é relativo à publicidade dos atos do processo legislativo e considerado de extrema importância, uma vez que, torna público o exercício da função legislativa, através de sessões públicas, divulgação e publicação. O segundo refere-se à necessidade de apreciação prévia das Comissões parlamentares permanentes, previstas para analisar tanto os aspectos: da legalidade, constitucionalidade e juridicidade, quanto o caráter meritório da matéria. A oralidade é o requisito segundo o qual, os atos referentes à discussão e à votação devem ser, via de regra, externados por meio de articulação verbal emitida pela voz.

O quarto diz respeito à exigência de que somente terá início a votação, após, encerrada uma discussão satisfatória. Por fim, a unidade da legislatura, “que determina a desvinculação de mandatos, isto é, a legislatura atual está totalmente independente em relação aos fins, objetivos e metas traçados pela anterior”.⁵¹

3.3.3 Procedimento legislativo da lei ordinária

O processo, como já se viu, é um movimento para adiante, orientado para um fim, do qual participam alguns agentes que praticam atos dispostos em ordem de anterioridade e posterioridade para se chegar ao final, realizando com isso sua intenção principal. O procedimento, em si, não é um movimento simplesmente, mas ocorre mediante a forma estabelecida e preconizada pelos regimentos internos.

O critério adotado nesta discussão para tipificar as etapas ou fases do referido procedimento será o indicado por Andyara Klopstock Sprosser, porque este autor levou em consideração o fato de que certos e determinados atos processuais têm por fim imediato, ou próximo, a produção de alguns efeitos específicos, comuns a

⁴⁷ Manuel Gonçalves Ferreira Filho. *Do processo legislativo*. Op. cit., p. 205.

⁴⁸ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p. 526.

⁴⁹ Op. cit., p. 31.

⁵⁰ Cf. Guerra, S e Merçon, G. *Direito constitucional aplicado à função legislativa*. Rio de Janeiro: América jurídica, 2002. p. 252.

⁵¹ Op. cit., p. 254.

tais atos⁵². Por essa razão, ele adota a seguinte tipificação para caracterizar o seu desenvolvimento: 1) fase de apresentação; 2) fase de instrução; 3) fase de deliberação (no Legislativo); 4) fase de deliberação (no Executivo); 5) a fase de deliberação (no Legislativo); 6) fase de positivação.⁵³

3.4 Lei delegada

Inscritas no art. 68, as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. Antes de tudo, cabe lembrar que a Constituição Brasileira segue, em linhas gerais, a tendência apontada nos sistemas constitucionais contemporâneos, procurando circunscrever a delegação legislativa a condicionamentos de forma e limitações materiais e temporais.⁵⁴

Não serão objetos de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, as matérias reservadas à lei complementar. Não lhe cabe também legislar sobre outras matérias de interesse e competência organizacionais. Incluem-se nessa prescrição os atos do Poder Judiciário e do Ministério Público, os planos orçamentários (planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos), quanto à questão da nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais.

Assim, as leis delegadas estão restritas às matérias que não tratem de direitos fundamentais, da organização dos poderes e de planos orçamentários, entre outros, pois delegar significa autorizar alguém a exercer temporariamente e limitadamente a função legiferante. Esse é o motivo pelo qual não se pode conceber a transferência de prerrogativa do poder legislativo para qualquer outro poder, pois esta função lhe foi outorgada pelo constituinte.

O que ocorre é que, no caso de determinadas matérias, excluídas aquelas que a própria Constituição impede, pode o legislativo abdicar de parte de sua função, ao delegar, mediante condições estabelecidas através de resolução, competência ao executivo para propor projeto de lei, ato esse que originalmente não seria de sua competência.

O art. 60 da Constituição, também, trata de matérias que não podem ser delegadas, pois são as chamadas cláusulas pétreas que o poder constituinte originário determinou. Nesse caso, o processo legislativo será diferenciado em seu trâmite já que uma resolução autorizadora determinará a forma, o prazo e os princípios do próprio ato de delegação, sendo condicionamentos a serem cumpridos, como esclarece Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Os condicionamentos fixados no documento constitucional são condições de validade, tanto do ato de delegação, quanto da lei delegada. A inobservância de qualquer deles eiva o ato de inconstitucionalidade. Para registrar, se o Presidente da República, não tiver solicitado expressamente a delegação, se a delegação não for veiculada mediante resolução, se a delegação for feita a Ministro de Estado, o ato delegante será inconstitucional e, por força de consequência, se promulgada a lei delegada, esta também será inconstitucional⁵⁵.

São estas as características que diferem a lei delegada da lei ordinária, além do próprio processo legislativo e pelo fato de não ser elaborada pelo legislador, tendo, ao final, numeração distinta.

⁵² Cf. Andyara Sproesser. *Direito parlamentar: processo legislativo* p. 63.

⁵³ Outros critérios para a designação desses atos complexos que formam o processo legislativo podem ser adotados. Nessa perspectiva, Celso Ribeiro Bastos diz que são eles: a iniciativa, a preparatória, a deliberativa, o controle e a comunicação, em artigo que discorre sobre a lei complementar. (Do processo legislativo da Lei Complementar. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Editora Revista dos Tribunais. Ano 10. janeiro-março-2002.no. 380, p. 87).

⁵⁴ Cf. Ana Cândida Ferraz. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.p.126.

⁵⁵ Cf. Ana Cândida Ferraz. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.p.130.

3.5 Medida provisória

A medida provisória é um instrumento característico do regime parlamentar, principalmente no modelo italiano e encontra-se erroneamente aplicado no Brasil, cujo sistema é presidencialista. Convém lembrar que uma vez expedido por uma autoridade, esta não mais responderá pelo ato, diferentemente de onde foi espelhado.⁵⁶

A Constituição Federal ao instituir medida provisória como espécie legislativa, estabeleceu também as condições de sua existência, completamente diferenciada das demais espécies. Não basta só ter competência constitucional (art. 62 CF): são necessários como requisitos a relevância e a urgência, bem como, o prazo de duração de sessenta dias a partir da sua edição (EC n. 32/01). Ela deverá ter força de lei durante o período em que está vigorando, mas somente isso, pois caso não se torne lei, o Congresso Nacional deverá normalizar os efeitos causados durante o período em que esta ficou vigente. Sendo assim, são espécies normativas de natureza infraconstitucional dotadas de força e eficácia legais.⁵⁷ Após converter-se em lei, isto é, aprovada pelo Congresso Nacional com trâmite também diferenciado, será lei de conversão recebendo numeração própria.

A edição da medida provisória que trata de assunto que já consta em lei, paralisa temporariamente a eficácia da referida lei através de revogação, mas isto somente até sua apreciação. Se ela for rejeitada, a lei correspondente encontrar-se-á restaurada.

A limitação material para a edição de medidas provisórias (E.C. 32/01) será a mesma existente em relação à lei delegada, ou seja, são os mesmos motivos, já expostos, que se aplicam em seu raciocínio. A única diferença a ser ressaltada refere-se sempre à matéria tributária. Como no caso da discussão da lei delegada, há posicionamentos diversos entre os doutrinadores. A impossibilidade da matéria de lei complementar ser editada por medida provisória decorre dos mesmos motivos e especificações constitucionais já analisados, quando se discutiu essa espécie legislativa.

3.6 Decreto legislativo

Trata-se de um ato com força de lei ordinária, cujo exercício compete exclusivamente ao Congresso Nacional, conforme art. 49 CF. O decreto legislativo independe de sanção presidencial. Basicamente, o decreto legislativo é aquele que irá tratar de tratados, acordos ou atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos para erário e patrimônio nacional.

Em alguns casos, contudo, pode ocorrer mensagem presidencial como, por exemplo, declaração de guerra, sendo que o ato final acaba por se tornar decreto legislativo. É por meio desta espécie legislativa, também, que as situações causadas por advento de uma medida provisória que não prosperou, isto é, que não foi convertida em lei, que o Congresso Nacional terá de regulamentar.

3.7 Resolução

Como Sproesser observa: há, no ordenamento jurídico brasileiro, dois tipos de resoluções legislativas, que se distingue pelos efeitos que produzem, internos ou externos. As que produzem efeitos internos são resoluções legislativas típicas, enquanto que as outras são resoluções legislativas atípicas.⁵⁸ Sendo assim, as resoluções podem ser atos administrativos ou de outra natureza, aprovados pela Câmara, Senado ou do Congresso Nacional.

Entende-se por ato administrativo aquele que irá tratar, no âmbito do poder legislativo, de sua organização,

⁵⁶ Para um estudo mais aprofundado, recomenda-se a leitura da obra: Medidas provisórias. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Max Li-monad, 1999, Clémerson Merlin Clève.

⁵⁷ Cf. Alexandre Moraes. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1123.

⁵⁸ Cf. Andyara Sproesser. *Direito parlamentar: processo legislativo*, p. 78.

de seu regimento interno e de sua estrutura administrativa, competindo-lhe também a criação de comissões parlamentares de inquérito entre outros.

A resolução legislativa atípica de efeito externo é aquele ato que trata da suspensão da execução e da lei declarada inconstitucional; autoriza operações externas de natureza financeira; fixa limites para dívida da União e dos entes federados e, por fim, fixa alíquotas de impostos de competência dos Estados e do Distrito Federal. Ela não possui qualquer relação com a lei ordinária, nem pela essência da sua matéria, nem pelo processo legislativo adotado e, como tal, não pode ser sancionada pelo Presidente, permanecendo imune a veto.

A COMPETÊNCIA DE INICIATIVA

Prof. Hernandez Piras Batista*

1. Introdução

Atividade legislativa se desenvolve dentro de um processo formal, estruturado conforme o ordenamento legislativo, a que se dá o nome de *processo legislativo*. A cada espécie legislativa (lei ordinária, lei complementar, resolução, decreto legislativo, etc.) corresponde um determinado *procedimento*. O *procedimento padrão* é aquele de que resulta a *lei ordinária*, assim denominada por tratar-se daquela que, ao menos *a priori*, é a norma legislativa mais comum.

O processo legislativo, tanto quanto o processo civil ou criminal, é uma série de atos preordenados a um mesmo fim, no caso, a regular promulgação de uma norma legislativa. Sua fase inicial é a da apresentação, pela qual a proposição legislativa é entregue ao órgão do Poder Legislativo competente para recebê-la⁵⁹. Recebida a proposição, o procedimento legislativo terá sido *iniciado*, incumbindo agora ao Parlamento processá-la e deliberar sobre ela.

Desse modo, da mesma forma como a petição inicial é no âmbito do processo civil o “veículo de manifestação formal da demanda” (Humberto THEODORO JUNIOR), o ato pelo qual o autor invoca a prestação jurisdicional do Estado, o exercício do poder de iniciativa, mediante a apresentação da proposição legislativa, constitui-se no ato pelo qual é requerido ao Poder Legislativo que dê início ao procedimento legislativo pertinente. Por esta razão, a competência ou o poder-dever de apresentar uma proposição qualquer, dando assim início ao processo legislativo, é comumente referida como *poder de iniciativa*.

2. Iniciativa geral ou concorrente

Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz com muita propriedade que, no quadro institucional vigente, não se pode falar em verdadeira *iniciativa geral*. *Afinal, a nenhum dos órgãos do Estado é conferido o poder de desencadear o processo legislativo sobre matérias de qualquer natureza. Todos os órgãos superiores do Estado exercem um poder de iniciativa limitado.*

Desse modo, embora o art. 61, caput, da Constituição da República seja referido como a norma que veicula a iniciativa geral ou concorrente, nenhum dos órgãos ali mencionados é competente para iniciar a formação de norma versando sobre a totalidade das matérias de natureza legislativa.

Com efeito, se aos Tribunais só é reconhecido direito de iniciar o processo legislativo para tratar de matéria afeita ao seu próprio funcionamento, ao Presidente da República, por sua vez, é recusado o poder de iniciar o processo legislativo para tratar de matéria de competência exclusiva do Parlamento ou dos Tribunais. Desse modo, se restringindo o objeto das resoluções à organização do Poder Legislativo, dispondo sobre o regimento de uma Casa Legislativa, ou então, sobre a organização da respectiva secretaria, não detém o Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de iniciar uma proposição dessa espécie.

Assim, o que se costuma denominar de iniciativa concorrente é a tão-somente o poder partilhado pelo Parlamento e o Chefe do Poder Executivo, já que os demais órgãos superiores do Estado – o Ministério Público e as Cortes de justiça – só são titulares da competência de iniciativa privativa.

No Estado de São Paulo, a competência concorrente é objeto do caput do art. 24 da Constituição Estadual, que diz o seguinte:

⁵⁹ Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1995), a iniciativa não pode ser considerada uma das fases do processo legislativo, mas tão-somente o ato que o desencadeia.

“A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição”.

3. Iniciativa privativa

O poder de iniciativa é *privativo* ou *reservado* quando a apresentação de determinada espécie legislativa ou de proposição versando sobre determinada matéria incumbe a um único órgão do Estado.

Na Constituição Estadual, a iniciativa privativa está expressa nos parágrafos do art. 24, começando pela iniciativa reservada ao próprio Poder Legislativo (§ 1º), prosseguindo com a reserva de iniciativa do Poder Executivo (§ 2º) e do Tribunal de Justiça (§ 4º). A *iniciativa popular* é objeto do § 3º, que – contrariando a boa técnica – versa ainda sobre o plebiscito e o referendo.

Como a delimitação de cada uma das funções estatais só pode ser objeto de norma constitucional, a reserva de iniciativa, como restrição à função legislativa, só pode ser estatuída por disposição constitucional expressa. É o que entende o Supremo Tribunal Federal, para quem:

“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”.

Ademais, por constituir-se a reserva de iniciativa em *exceção à norma geral, que é a iniciativa geral ou concorrente*, ela exige, em obediência às normas da Hermenêutica Jurídica, uma *interpretação restritiva*. O que significa dizer que nem a analogia ou o recurso aos princípios gerais do direito podem ser invocados para apoiar a *extensão* do campo reservado à iniciativa privativa.

Desse modo, não havendo previsão constitucional expressa, não existe reserva de iniciativa.

Por este motivo, a referência ao direito tributário. Contrariando preconceito há muito estabelecido, os tribunais têm entendido que as normas tributárias são de iniciativa concorrente, pois, excetuando-se no caso dos tributos dos Territórios, não há preceito constitucional expresso a reservar o poder de iniciativa nesta matéria ao Executivo.

A este respeito, merece menção a norma contida no item 1 do § 2º do art. 24, da Constituição Paulista, que reserva ao Governador do Estado a iniciativa das leis que versarem sobre “criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração”.

Aplicada, por jurisprudência unânime de nossas Cortes de Justiça, mesmo aos Estados e Municípios que se omitiram em reproduzir norma similar, expressa pela Constituição Federal, tal reserva tem sido interpretada como corolário necessário da tripartição de poderes, já que o Texto Magno consagrou, por meio da iniciativa privativa, a independência de cada Poder para dispor sobre assuntos afetos diretamente a seu interesse. E a tripartição dos poderes é um dos *princípios fundamentais* do Estado Brasileiro (art 2º, da CF).

Por outro lado, o item 4 do § 2º do art. 24, do mesmo Estatuto Político, também reserva ao Chefe do Poder Executivo o direito de iniciativa das leis que tratem dos “servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria”. Quase pacífico no que tange a outros aspectos, o que que mais suscita polêmica nesse dispositivo é a expressão *regime jurídico*. Afinal, todas as normas de direito que incidem sobre determinada matéria podem ser consideradas como parte de seu *regime jurídico*.

Assim, aquela norma constitucional do Estado, também reflexo da Constituição Federal, teria o efeito de

roubar aos Deputados o poder de iniciar a formação de qualquer lei que tivesse por objeto a *relação jurídica entre a Administração e seus funcionários*. Este, aliás, tem sido o entendimento da jurisprudência.

3.1 – O poder de emenda e reserva de iniciativa

Durante a vigência da Constituição de 1969 (Emenda nº 1 à Constituição de 1967) prevaleceu durante muito tempo o entendimento de que o poder de emenda, corolário do poder de iniciativa, não subsistia quando tramitavam projetos de iniciativa reservada.

Tal interpretação não era gratuita, mas fundada no espírito do direito constitucional vigente, já que este vedava expressamente a apresentação de emendas a algumas das tantas proposições que eram então incluídas no âmbito da iniciativa reservada ao Poder Executivo, inclusive o orçamento anual.

Ora, além de tais restrições não constarem do atual Texto Fundamental, o art. 63 só restringe o poder de emenda nas seguintes hipóteses:

1. “nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º”;
2. “nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público”.

Entretanto, existe farta jurisprudência decidindo pela invalidade de emenda versando sobre matéria diversa àquela de que trata a proposição remetida ao exame do Parlamento pelo Presidente da República ou pelas Cortes de Justiça.

4. Reserva de iniciativa e matéria essencialmente administrativa

É comum que o vício de iniciativa seja alegado pela Poder Executivo com recurso ao conceito da “matéria essencialmente administrativa”.

Trata-se de conceito pantanoso e equívoco, ao qual se atribui os mais diversos conteúdos, sem, contudo, que o mesmo tenha merecido consideração mais profunda por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras.

Ao meu juízo, o único conceito possível de matéria essencialmente administrativa, à luz do nosso direito positivo brasileiro, é aquela que define a mesma como o assunto que só pode ser objeto de *decreto autônomo*. E o decreto autônomo é aquele que o Chefe do Poder Executivo edita, não no exercício do *poder regulamentar*, mas de *competência legislativa* própria, que, por exceção, lhe é deferida por norma constitucional.

Exemplo de matéria essencialmente administrativa, segundo o nosso direito positivo, é aquele introduzido pela Emenda Constitucional nº 32, que conferiu ao Presidente da República o poder de “dispor mediante decreto” sobre a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” (art. 84, VI, CF).

Assim, o decreto que criar um órgão *pluripessoal*, como um colegiado consultivo ou mesmo de natureza deliberativa, mediante a simples lotação de cargos já existentes, pois criados por norma anterior, não será expedido para “fiel execução das leis”, como os decretos editados no exercício do poder regulamentar, mas no exercício de competência atribuída ao Poder Executivo para *legislar* sobre matéria essencialmente administrativa mediante ato próprio.

Todavia, como a priori toda atividade administrativa está vinculada à lei (princípio da legalidade), a matéria essencialmente administrativa será sempre uma *exceção*, sujeita, portanto, a *interpretação restritiva*.

O importante, porém, é que a matéria essencialmente administrativa não pode ser invocada como fundamento do vício de iniciativa, já que ela pertence à operação anterior, pela qual o aplicador da lei deve verificar a

competência legislativa, ou seja, a capacidade atribuída ao Poder Legislativo para deliberar sobre determinada matéria, veiculando a respeito da mesma uma norma de natureza legislativa.

Decidindo-se o aplicador da lei pela natureza legislativa da norma editada pelo Parlamento, não pode ele mais tarde, ao fundamentar pretensão vício de iniciativa, cogitar do seu caráter essencialmente administrativo.

*Hernandez Piras Batista**

Funcionário de carreira da Assembléia Legislativa, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, ocupa atualmente o cargo de Assessor Técnico da Liderança do PSDB.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Pressupostos do controle de constitucionalidade: rigidez constitucional e supremacia da Constituição

Carlos Roberto Alckmin Dutra* ⁶⁰

Os conceitos de supremacia da Constituição e a rigidez constitucional são fundamentais para a preservação da Constituição e, por via de consequência, dos direitos e garantias nela plasmados.

Para ALEXANDRE DE MORAES (2001, p. 558), a “idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.

Sob o ponto de vista formal, as Constituições podem ser rígidas, flexíveis ou semi-rígidas. Rígidas são as Constituições que exigem para a sua modificação um processo legislativo mais elaborado e dificultoso que aquele destinado à aprovação da lei ordinária. Flexíveis são aquelas que podem ser modificadas pelo processo de aprovação da lei ordinária; e semi-rígidas são as que possuem partes flexíveis e partes rígidas⁶.

JORGE MIRANDA (1996, p. 37) assim se manifesta, citando JAMES BRYCE:

“Saber se toda a Constituição implica ou permite um conceito de inconstitucionalidade equivale a saber se sofre gradações a força vinculante das suas normas, consoante as qualidades que umas tenham e outras não tenham, em virtude dos sistemas em que estejam integradas. É neste ponto que ocorre falar (quanto mais não seja para obviar prováveis equívocos) na tão usada classificação das Constituições em rígidas e flexíveis.

Na verdade, o critério desta distinção — para o seu grande autor, James Bryce, a distinção principal a fazer entre todas as Constituições — está na posição ocupada pela Constituição perante as chamadas leis ordinárias. Se ela se coloca acima destas, num plano hierárquico superior, e encerra características próprias, considera-se rígida; ao invés, se se encontra ao nível das restantes leis, sem um poder ou uma forma que a suportem em especial, é *flexível*. Apenas as Constituições rígidas, e não também as Constituições flexíveis, são limitativas, porque ultrapassam as leis e prevalecem sobre as suas estatuições”.

A rigidez constitucional é uma *conditio sine qua non* para a existência do controle de constitucionalidade. Não há falar em controle em relação a Constituições flexíveis, modificáveis pelo processo legislativo ordinário. Isto porque, nas Constituições flexíveis, o legislador comum tem sempre a prerrogativa do legislador constituinte. Assim, não existe o que proteger por via do controle, ao menos em relação ao conteúdo das normas constitucionais⁷.

A superioridade da Constituição decorre tanto do reconhecimento de possuir ela um *valor normativo hierarquicamente superior* (superlegalidade material) às demais normas, que faz daquela um parâmetro obrigatório para estas, quanto da idéia de ser a Constituição uma *norma primária da produção jurídica*, decorrendo daí a tendência à sua rigidez (superlegalidade formal).

Realmente, CANOTILHO (1999, p. 826), ao comentar a força e supremacia da Constituição, assim se manifesta:

“Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte de produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos estatais. A idéia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, ‘agravadas’ ou ‘reforçadas’ relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da consti-

⁶⁰ Trecho extraído de: “O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos.” CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA. SÃO PAULO, SARAIVA, 2005, P. 13-31.

tuição. Da conjunção destas duas dimensões — superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição — deriva o *princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos*: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plas-mados nas regras ou princípios constitucionais”.

Assimilados esses pressupostos, vejamos em que consiste a inconstitucionalidade.

I — Inconstitucionalidade

Fixados os conceitos acima comentados, é possível se ter uma idéia precisa do que seja inconstitucionalidade.

O sistema jurídico é um conjunto hierarquizado de normas, em que a Constituição ocupa o ápice. KELSEN, em uma feliz analogia, comparou-o com uma pirâmide, da qual a Constituição ocupa o vértice.

A Constituição é a norma fundamental, da qual todas as demais retiram a sua validade; é, portanto, fundamento de validade das demais normas.

Se a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas, caso estas não se amoldem àquela, a consequência lógica é a de que essas normas não terão validade.

Inconstitucionalidade significa, assim, a incompatibilidade, a dissonância, o descompasso, a desconformidade entre uma norma infraconstitucional, ou do processo pelo qual foi aprovada, e a Constituição.

Revela, portanto, um conceito de relação.

Percebe-se, pelo conceito acima delineado, haver duas espécies de inconstitucionalidade: aquela decorrente do processo legislativo de aprovação da lei (inconstitucionalidade formal); e aquela que atinge o conteúdo da lei propriamente dito (inconstitucionalidade material).

CANOTILHO (1999, p. 888 e 889) assim se manifesta acerca dos vícios geradores da inconstitucionalidade:

“A desconformidade dos actos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade. A doutrina costuma distinguir entre *vícios formais*, *vícios materiais* e *vícios procedimentais*; (1) *vícios formais*: **incidem sobre o acto normativo enquanto tal**, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese de *inconstitucionalidade formal*, viciado é o *acto*, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final; (2) *vícios materiais*: respeitam ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no acto e as normas ou princípios da constituição; no caso de *inconstitucionalidade material*, *substancial ou doutrinária* (como também se lhe chamou entre nós), viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas; (3) *vícios de procedimento*: autonomizados pela doutrina mais recente (mas englobados nos vícios formais pela doutrina clássica), são os que dizem respeito ao procedimento de formação, juridicamente regulado, dos actos normativos”.

1) Inconstitucionalidade formal

O vício formal é aquele que atinge o ato em seu processo de elaboração.

Como referido, a Constituição traz em seu seio uma série de normas atinentes ao processo legislativo (CF, arts. 59 a 69), disciplinando minuciosamente a matéria.

Essas regras são, outrossim, de observância obrigatória nas demais esferas federativas, de modo que qualquer espécie legislativa aprovada sem sua observância padece de vício insanável de inconstitucionalidade, estendendo-se a regra até mesmo ao processo de aprovação da Constituição dos Estados-membros. Nesse sentido tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal:

“I. Processo Legislativo: modelo federal: iniciativa legislativa reservada: aplicabilidade, em termos, ao poder constituinte dos Estados-membros.

1. As regras básicas de processo legislativo federal são de absorção compulsória pelos Estados-membros em tudo aquilo que diga respeito — como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada

— ao princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes, como delineado na Constituição da República.

2. Essa orientação — malgrado circunscrita em princípio ao regime dos poderes constituídos do Estado-membro — é de aplicar-se em termos ao poder constituinte local, quando seu trato na Constituição estadual traduza fraude ou obstrução antecipada ao jogo, na legislação ordinária, das regras básicas do processo legislativo, a partir da área de iniciativa reservada do executivo ou do judiciário: é o que se dá quando se eleva ao nível constitucional do Estado-membro assuntos miúdos do regime jurídico dos servidores públicos, sem correspondência no modelo constitucional federal, a exemplo do que sucede na espécie com a disciplina de licença especial e particularmente do direito à sua conversão em dinheiro (ADIn n. 276, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in Informativo STF n. 97, DJ de 10-12-97*)⁸.

O vício pode ocorrer, por desrespeito, v. g., a norma que estipule: iniciativa legislativa (CF, art. 63); características do processo legislativo (exigência de proposta da maioria absoluta dos membros de uma das Casas legislativas para a reapresentação, na mesma sessão legislativa: CF, art. 67); a sua forma final (lei ordinária quando se exija lei complementar) etc.

A inconstitucionalidade formal, geralmente, acarreta a nulidade total do ato. Nesse sentido, MENDES (1996, p. 263) esclarece que defeitos formais, “tais como a inobservância das disposições atinentes a iniciativa da lei ou competência legislativa levam, normalmente, a uma declaração de nulidade total, uma vez que, nesse caso, não se vislumbra a possibilidade de divisão da lei em partes válidas e inválidas”.

CANOTILHO (1999, p. 889 e 890), todavia, delineia uma hipótese de vício formal causador de nulidade parcial do ato normativo: “por ex., um decreto-lei, regulador de várias matérias, algumas das quais constituindo reserva de lei da Assembléia da República. Um tal vício é um vício de incompetência e a invalidade do acto derivará da sua inidoneidade para regulamentar certas matérias. [...] Só a parte que reveste a forma de decreto-lei em vez de lei formal, mas que deveria necessariamente revestir esta última forma, se deverá considerar viciada”.

2) Inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material revela uma dissonância entre o conteúdo do ato normativo e a Constituição.

Sob o aspecto material, a inconstitucionalidade pode atingir parte da lei ou ela toda. Se houver possibilidade de poupar parte do texto sem que ele perca o seu sentido, o Tribunal declarará a inconstitucionalidade parcial. Caso contrário, toda a lei será declarada nula.

Também total será a nulidade da lei quando houver uma relação de dependência ou interdependência entre as suas partes constitucionais e inconstitucionais evidenciando-se uma inconstitucionalidade em virtude de relação de *dependência unilateral*. A lei também poderá ser indivisível em virtude de forte integração entre suas partes, falando-se aí de *dependência recíproca* (MENDES, 1996, p. 264).

3) Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A inconstitucionalidade pode decorrer tanto de uma postura ativa do Estado, a edição de um ato normativo inconstitucional, como da inércia estatal em situações em que está obrigado a agir.

Por inspiração do direito português, a Constituição de 1988 contém diversas normas programáticas, que devem sofrer regulamentação pelo legislador infraconstitucional, de modo a que possam passar a ter eficácia.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (1998, p. 136 e 137), discorrendo sobre as normas programáticas, identifica a sua origem no embate entre o liberalismo e o socialismo:

“Esse embate entre o liberalismo, com seu conteúdo de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de *constituição dirigente* de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, ela, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos,

simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático, que estudaremos nessa sessão”.

O ilustre constitucionalista inclui as normas programáticas entre as normas que denomina de eficácia limitada, em virtude de necessitarem de regulamentação futura para adquirir eficácia.

Caso o legislador não edite a norma competente a dar eficácia ao comando constitucional, essa mora pode dar ensejo à propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face da omissão legislativa.

Ressalte-se que a “omissão constitucional pode decorrer da inércia de qualquer dos Poderes do Estado. Por exemplo, um ato de governo não praticado, embora exigido pela Constituição, implica em inércia constitucional” (CLÈVE, 2000, p. 52).

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (CF, art. 103, § 2º).

O Poder Legislativo, dotado de liberdade de conformação legislativa, como Poder independente que é, não tem prazo para o cumprimento da omissão constitucional. A autoridade administrativa, por outro lado, está obrigada a fazê-lo no prazo de trinta dias.

Vejam, em seguida, como se manifesta o controle de constitucionalidade, nos diversos modelos de justiça constitucional.

II — Os modelos de justiça constitucional

Sob o ponto de vista de quem controla, isto é, qual o órgão que efetua o controle, pode este ser dividido em duas espécies: *controle político e controle jurisdicional*.

1) Controle político

Em alguns países, o controle de constitucionalidade das leis é efetuado por um órgão político, como uma assembleia legislativa, por exemplo.

Para os franceses a idéia de soberania do Parlamento sempre foi muito cara. Assim, não se aceitou que o controle de constitucionalidade das leis fosse transferido a um órgão do Poder Judiciário. Após a Revolução de 1789, eventuais abusos e ilegalidades praticados pela Administração seriam revistos pelo Conselho de Estado, assim como os do Judiciário seriam corrigidos pela Corte de Cassação.

CANOTILHO (1999, p. 832) lembra que o controle político “é também designado por ‘sistema francês’. Não obstante Sieyès ter logo sugerido na Constituição do ano VIII a criação de um ‘Jury constitutionnaire’, a concepção rousseauiano-jacobina da lei como instrumento da ‘vontade geral’ manteve-se sempre aliada ao dogma da soberania da lei que só as próprias assembleias legislativas poderiam politicamente controlar (Senado, na Constituição do ano VIII, Senado, na Constituição de 1852, e, de certo modo, o Comitê Constitucional da Constituição de 1946)”.

Ainda hoje na França, nos moldes da Constituição de 1958, embora reconhecida a existência de controle de constitucionalidade, o órgão dele encarregado — Conselho Constitucional — é dotado de natureza essencialmente política, não exercendo, nesse particular, função jurisdicional. Lembre-se, outrossim, como assinalado por CLÈMERSON MERLIN CLÈVE (2000, p. 62), que “a fiscalização (em certos casos de provocação obrigatória, em outros de provocação facultativa) exercida pelo Conselho Constitucional é meramente preventiva, razão pela qual, uma vez promulgado o ato legislativo, caberá às autoridades não mais do que cumpri-lo”.

No direito português, ensina CANOTILHO (1999, p. 832):

“[...] o controlo político das leis domina durante o constitucionalismo monárquico. Só com a constituição republicana de 1911 (art. 63º) é que se introduziu entre nós o sistema de controlo difuso, incidental e concreto. Todavia, na Constituição de 1933, o sistema do controlo político ressurgiu para as inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas promulgados pelo Presidente da República (art. 123º)”.

Na Inglaterra, como referido, não há controle de constitucionalidade de leis, diante da ausência de Constituição escrita. Ressalte-se apenas que o país também consagra a soberania do parlamento, entendendo-se que

o poder deste é absoluto, não podendo ser objeto de controle⁹.

2) Controle jurisdicional

No sistema jurisdicional, o controle de constitucionalidade de leis é atribuído a um órgão do Poder Judiciário.

Há basicamente dois modelos de fiscalização de constitucionalidade de leis implementados pelo Poder Judiciário: o americano e o austríaco.

a) Modelo americano

O sistema de controle de constitucionalidade americano foi forjado na prática e, como visto, sob a égide de uma Constituição que não o prevê expressamente.

É reconhecida a todo e qualquer juiz a competência para, *judgando um caso concreto, deixar de aplicar determinada lei, declarando-a inconstitucional; por isso é conhecido como sistema difuso.*

Esse sistema é também conhecido como *judicial review*.

Extraem-se daí elementos importantes para caracterizar o sistema difuso de controle de constitucionalidade: (i) a existência de um caso concreto: o Poder Judiciário é chamado a resolver uma lide e, incidentalmente, soluciona a questão constitucional, com vistas a alcançar a decisão de mérito; (ii) a questão constitucional não é o objeto da lide e sim questão prejudicial ao exame do mérito; (iii) a inconstitucionalidade é alegada por via de exceção, entendida em seu sentido processual amplo como qualquer meio de defesa utilizado; (iv) a decisão proferida vale apenas *inter partes*; portanto, (v) a lei não é extirpada do ordenamento jurídico; (vi) a inconstitucionalidade é preexistente e a decisão judicial apenas a declara; (vii) os efeitos da decisão (declaratória), portanto, retroagem à data da edição da lei (*ex tunc*); (viii) há repriminção de legislação anterior revogada pela lei declarada inconstitucional, aplicada no caso concreto apenas.

b) Modelo austríaco

HANS KELSEN, jurista austríaco, idealizou a partir dos postulados da *judicial review* americana uma nova forma de controle de constitucionalidade, que não se confunde com esta.

O modelo kelseniano, consagrado na Constituição austríaca de 1920, consiste em uma fiscalização *concentrada e abstrata* de constitucionalidade, em que a competência para exercer o controle é atribuída a *um único órgão*, a Corte Constitucional. A ação destinada ao controle de constitucionalidade é peculiar, tem legitimados e rito próprios, sendo o exame de constitucionalidade da norma o seu fim único. A decisão proferida nesse sistema vale para todos e pode extirpar a lei do ordenamento jurídico.

São portanto características do sistema austríaco: (i) a fiscalização de constitucionalidade é concentrada e realizada de forma abstrata, atribuindo-se a um único órgão a competência para o conhecimento da ação de inconstitucionalidade; (ii) a via de arguição da inconstitucionalidade é a da ação direta; (iii) essa ação tem por objeto a própria verificação da constitucionalidade do ato normativo; (iv) possui rito próprio e rol de legitimados específico para a sua propositura; (v) diante do princípio da presunção de legalidade dos atos emanados do Congresso, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter constitutivo (negativo) e não declaratório; assim, (vi) o reconhecimento da inconstitucionalidade tem eficácia para o futuro (*ex nunc*), podendo, inclusive, o Tribunal fixar termo para a retirada da lei do ordenamento jurídico; e, por fim, (vii) a decisão tem eficácia geral, erga omnes.

III — Classificação do controle de constitucionalidade

Como em toda a classificação, busca-se com a presente uma forma de melhor entender o controle de constitucionalidade, desmembrando-o em tópicos.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado em relação aos seguintes critérios: (i) momento de sua realização; (ii) órgão controlador; (iii) número de órgãos atuando no controle; (iv) via de arguição da inconstitucionalidade; e (v) efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

1) Momento de realização do controle

Essa classificação refere-se ao momento de ingresso da lei no ordenamento jurídico.

a) Controle preventivo

Considera-se *preventivo, prévio ou a priori* se o controle de constitucionalidade é realizado durante o processo legislativo, de modo a evitar que a lei inconstitucional seja inserida no ordenamento jurídico. É, por exemplo, o que ocorre em países como França e Portugal, onde o projeto de lei é submetido, antes de sua entrada em vigor, a um órgão de controle de constitucionalidade.

Ressalte-se que alguns “Estados admitem, unicamente, a fiscalização preventiva. É, salvo o controle exercitado pelo Conselho de Estado, o caso da França. Outros países — Portugal, Áustria, Itália e Espanha — admitem tanto o controle preventivo como o sucessivo” (CLÈVE, 2000, p. 72).

a.1) Hipóteses de controle preventivo no Brasil

No Brasil vislumbram-se quatro hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade.

a.1.1) Comissões de Constituição e Justiça

Para a aprovação de um ato legislativo, é necessário que se siga o devido processo legislativo. Tanto na Constituição federal como nas estaduais e nas leis orgânicas municipais prevê-se um processo pelo qual as leis devem tramitar com vistas a serem aprovadas e entrar em vigor. Esse processo legislativo impõe a verificação das questões de constitucionalidade por meio de comissão permanente do Poder Legislativo, em geral denominada Comissão de Constituição e Justiça.

A Constituição federal prevê, em seu art. 58, que o Congresso Nacional e as suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou ato de sua criação.

Portanto, instituída por regimento da casa legislativa, a Comissão temática poderá analisar o aspecto da constitucionalidade do projeto e, vislumbrando desconformidade entre ele e a Constituição, proferir parecer contrário à sua aprovação.

Na Câmara dos Deputados, o art. 32, III, de seu Regimento Interno criou a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, assim como o Senado, por meio do art. 101 de seu Regimento, a Comissão de Constitucionalidade, Juridicidade e Regimentalidade.

A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo possui Comissão de Constituição e Justiça à qual cabe, por força do § 1º, do art. 31 de seu Regimento Interno, dar parecer sobre a constitucionalidade, juridicidade e legalidade dos projetos de lei. Recebendo parecer contrário da Comissão de Constituição e Justiça, o projeto é diretamente encaminhado ao Plenário da Assembléia Legislativa, onde será objeto de discussão e votação prévias, apenas quanto à constitucionalidade, legalidade e juridicidade (art. 183, § 2º).

Caso seja acatado o parecer, arquivar-se-á o projeto; ou, sendo desacolhido, encaminhar-se-á o projeto à comissão temática referente à matéria nele tratada, seguindo as demais etapas do processo legislativo.

a.1.2) Veto jurídico

Uma segunda espécie de controle preventivo no direito brasileiro é aquele realizado pelo Chefe do Poder Executivo também no curso do processo legislativo, quando tem a prerrogativa de sancionar ou vetar o projeto de lei.

O veto do Chefe do Executivo pode ser fundado tanto em motivos políticos quanto em inconstitucionalidade do projeto. No primeiro caso é conhecido como veto político e no segundo, como veto jurídico.

A Constituição federal, no § 1º de seu art. 66, atribui ao Presidente da República a faculdade de, considerando o projeto de lei ilegal ou contrário aos interesses públicos, vetá-lo total ou parcialmente. Competência simetricamente equivalente é atribuída aos Governadores de Estado e Prefeitos Municipais. A Constituição do Estado de São Paulo a prevê no § 1º de seu art. 28.

Ao apor ao projeto o veto jurídico, decorrente de inconstitucionalidade, o Chefe do Executivo exerce controle prévio, preventivo ou *a priori de constitucionalidade*.

a.1.3) Negativa de seguimento pelo Presidente da Assembléia Legislativa

O Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo prevê, ainda, uma terceira espécie de controle prévio de constitucionalidade, quando confere, em seu art. 18, II, *b*, combinado com o art. 135, ao Presidente da Assembléia a faculdade de negar seguimento aos projetos manifestamente inconstitucionais, cabendo recurso à Comissão de Constituição e Justiça (art. 135, § 2º).

Quando usa dessa prerrogativa, o Presidente da Assembléia, longe de ter como escopo o cerceamento da atividade de seus pares, exerce, em verdade, importante papel na defesa da Constituição. Atende, outrossim, aos princípios da eficiência e razoabilidade, previstos também constitucionalmente, na medida em que economiza recursos públicos que seriam inutilmente despendidos em um projeto de lei fadado à declaração de nulidade, seja durante o processo legislativo, seja depois de aprovada a lei, nesse caso por obra do Poder Judiciário.

Insistir em projeto inconstitucional é o mesmo que agredir a Constituição e desperdiçar recursos públicos.

O respeito devido à Constituição por um deputado assume tamanha importância que, para a sua posse, são obrigados a proferir o juramento previsto no art. 3º do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, com o seguinte teor: “Prometo desempenhar fielmente o meu mandato, promovendo o bem geral do Estado de São Paulo dentro das normas constitucionais” (g. n.). Se a promessa de cumprir a Constituição é requisito para o exercício do mandato, e o Presidente da Casa Legislativa tem a função de preservá-la, negando seguimento aos projetos manifestamente inconstitucionais, esse dever deve ser exercido, honrando-se a promessa feita aos cidadãos-eleitores.

a.1.4) Mandado de segurança impetrado contra irregularidade do processo legislativo

Uma quarta espécie de controle preventivo seria aquela realizada por meio de mandado de segurança impetrado contra irregularidade apontada no processo legislativo.

A Constituição federal brasileira prescreve em seus arts. 59 a 69, como mencionado, um minucioso complexo de normas referentes ao processo legislativo. Essas normas devem ser estritamente observadas pelas Casas legislativas durante a tramitação do projeto de lei, sob pena de, uma vez aprovada, a espécie legislativa (emenda à Constituição, lei ordinária, complementar, delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução — CF, art. 59) ingressar no ordenamento jurídico já eivada de inconstitucionalidade, formal, como já examinado.

Reconhece-se sem sombra de dúvida que o devido processo legal estende-se ao campo legislativo¹⁰.

Lembre-se que o processo legislativo previsto na Constituição é de observância obrigatória em todas as esferas de poder, sendo norma de reprodução necessária por todas as Cartas Estaduais e leis orgânicas municipais, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal¹¹.

Pois bem, diante de desobediência do processo legislativo previsto constitucionalmente, que conduta seria possível tomar para evitar a aprovação de lei inconstitucional?

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade da propositura de mandado de segurança destinado ao controle do processo legislativo.

A *legitimidade* para a propositura do *writ* é exclusiva do *parlamentar*, com vistas à defesa do seu direito líquido e certo de ter um processo legislativo escorreito, livre de ofensas à Constituição¹².

A par das regras contidas na Constituição, o processo legislativo também possui fonte de regulamentação nos regimentos internos das Casas legislativas.

Esses regimentos são leis em sentido lato. São aprovados por meio de resolução, espécie legislativa primária, prevista no inciso VII do art. 59 da Carta Federal, destinada à regulamentação de assuntos internos do parlamento e diferindo da lei ordinária apenas em virtude de prescindir da sanção do chefe do Poder Executivo.

Dessa forma, o desatendimento às normas regimentais no curso do processo legislativo acarreta ilegalidade, pois as regras regimentais possuem inegável caráter vinculante.

Questiona-se se o desatendimento às normas regimentais ensejaria, também, a propositura de mandado de segurança.

ALEXANDRE DE MORAES (2001, p. 573) manifesta-se da seguinte forma:

“Igualmente, o flagrante desrespeito às normas regimentais, durante o processo legislativo, caracteriza clara ilegalidade, uma vez que os regimentos internos das Casas legislativas — Regimento interno do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados — são resoluções, ou seja, espécies legislativas

primárias previstas diretamente na Constituição Federal (art. 59, inc. VII). Entendemos que essa ilegalidade também será passível de controle jurisdicional, com base no art. 5º, inc. XXXV, da Carta Magna, pois a apreciação de lesão ou ameaça a direito jamais poderá ser afastada do Poder Judiciário”.

Também nesse caso, a legitimidade para a propositura do writ seria restrita aos parlamentares membros da Casa onde tem trâmite o processo legislativo (MORAES, 2001, p. 573):

“Dessa forma, os parlamentares são possuidores de legítimo interesse para o ajuizamento de mandado de segurança em defesa do direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo constitucional e legal, em conformidade com as normas da C. Federal e das resoluções, instrumentos formais que trazem os regimentos internos, não sendo, portanto, obrigados à participação e votação de um processo legislativo viciado, quer pela inconstitucionalidade, quer pela flagrante ilegalidade”.

Não é essa, contudo, a posição do Colendo Supremo Tribunal Federal.

O Pretório Excelso tem uma postura mais restritiva, entendendo que só é possível o controle judicial do processo legislativo quando houver ofensa a uma norma constitucional que o discipline. A interpretação das normas pertencentes ao regimento interno da Casa legislativa seria de sua competência exclusiva, constituindo matéria interna corporis do Legislativo.

Nesse sentido, MORAES (2001, p. 574) traz jurisprudência farta do Supremo Tribunal:

“Processo legislativo no Congresso Nacional. *Interna corporis*. Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune a crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*. RTJ 112/1023. Conferir, ainda, em relação à impossibilidade de interpretação, por parte do Poder Judiciário, de normas regimentais, por tratar-se de assunto *interna corporis*: RTJ 112/598; RTJ 116/67; RTJ 137/1053; RTJ 114/537; STF — MS n. 20.247/DF — Rel. Min. Moreira Alves; STF — MS n. 20.471/DF — Rel. Min. Francisco Rezek. Nesse mesmo sentido: STF — Pleno — Adin n. 2.038/BA — Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, decisão: 18-8-1999 — *Informativo STF n. 158*”.

Deve-se lembrar que os regimentos internos das Casas legislativas atribuem, no mais das vezes, ao seu Presidente a competência para interpretar, em última instância, as normas regimentais. Devido a circunstâncias políticas, o Presidente costuma pertencer ao grupo da maioria, em geral, ligado ao chefe do Poder Executivo. Assim, as interpretações das normas internas podem ser tendenciosas, impedindo que as minorias parlamentares possam legitimamente realizar seus projetos segundo a correta interpretação das normas regimentais.

Por outro lado, a Carta Magna assegura que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Questiona-se, portanto, se seria democrático fechar as portas do Poder Judiciário às interpretações tendenciosas e ilegais do regimento interno, pois não restaria às minorias alternativa alguma na defesa de suas prerrogativas.

A posição minoritariamente aceita na Suprema Corte, defendida pelos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, ILMAR GALVÃO e CELSO DE MELLO, é no sentido de admitir a análise judicial das infrações regimentais.

*Carlos Alckmin Dutra é Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), com especialização em Direito Processual Civil e Direito do Estado e mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da USP. Foi Procurador Chefe da ALESP entre os anos de 2002 a 2005.



10 anos

Instituto do Legislativo Paulista

6 GRAFICA DA ALESP



ASSEMBLEIA
LEGISLATIVA