

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-la¹. 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:

“A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da

¹Para 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.

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*.

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

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 constituição. Da junção 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 plasmados nas regras ou princípios constitucionais”.

Assimilados esses pressupostos, vejamos em que consiste a inconstitucionalidade.

IV — 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 exigia 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, delinea 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 ulteriormente 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.

V — 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 assembléia 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 assembléias 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 CLÉMERTON MERLIN CLÉVE (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, *julgando 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 repristinação 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*.

VI — 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.

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.

*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.