

Capítulo Terceiro

O PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA EM VIGOR

109. Aplicação clara e significativa das tendências contemporâneas em matéria de elaboração legislativa forneciam a Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967, e a Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969. Delas pouco dissente nesse ponto a Constituição em vigor, mantendo as linhas mestras do processo legislativo anterior.

Na verdade, a Lei Magna dedica ao processo legislativo uma seção que é de certa forma o resumo e a sistematização das soluções novas que a doutrina, de um lado, a experiência constitucional estrangeira, de outro, sugerem para a chamada crise legislativa. Assim, impõe-se o estudo mais detido das regras sobre elaboração legislativa que contém, fazendo coro a argumentação pragmática com a melhor justificativa científica.

A renovação do processo legislativo que a Constituição traduz não pode ser acoimada de precipitada. De fato, como já se salientou anteriormente¹, a preocupação em modernizar o processo de elaboração das leis e em adaptá-lo às necessidades do Estado contemporâneo de há muito freqüentava o Congresso Nacional e intrigava nossos círculos políticos e jurídicos. Em realidade, a seção relativa ao processo legislativo presente na Constituição em vigor exprime uma preocupação e um trabalho iniciados antes de se cogitar do estabelecimento de uma nova Constituição, em 1966. E esse trabalho, deve-se observar, foi desenvolvido em alto nível, como faz fé o simpósio acima mencionado sobre a reforma do Poder Legislativo, realizado em Brasília, em 1965, onde se cuidou de tomar o depoimento de alguns dos maiores especialistas, quer nacionais, quer estrangeiros, em problemas legislativos².

1. *V. supra* n. 78.

2. *V. supra* n. 78.

Por outro lado, algumas das soluções que a atual Constituição adota já haviam sido experimentadas em nosso direito positivo. Na verdade, o Ato Institucional de 9 de abril de 1964 e, especialmente, a Emenda Constitucional n. 17, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, puseram em vigor inovações acolhidas no novo texto constitucional, enquanto outras disposições podem invocar precedentes mais antigos. Todavia, o Direito Constitucional posterior deu outro alcance a essas fórmulas, inserindo-as numa sistemática particular, tradução de nova maneira de encarar a função da lei na vida estatal e a posição de cada um dos poderes em sua elaboração.

110. No texto em vigor, a elaboração legislativa é regulada em seção especial (Tít. IV, Cap. I, Seção VIII), intitulada “Do processo legislativo”. Abre-se essa seção pelo art. 59, que reza: “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”.

Revela esse dispositivo uma louvável intenção sistematizadora, mas suscita de pronto controvérsia. E a disputa é justificada porque não é simples determinar o que significa legislativo em seu texto. Referir-se-á esse adjetivo à matéria ou ao sujeito? E, se ao sujeito, a qual sujeito, o Poder Legislativo ou o legislador?

Só essa dificuldade já denota não ser de boa técnica o dispositivo.

111. A primeira possibilidade levantada acima foi a de referir-se o qualificativo, na expressão *processo legislativo*, a determinada matéria. Essa matéria seria o estabelecimento de normas gerais abstratas, de leis, como se usa dizer. Assim, mais corretamente se empregaria *processo normativo*³ onde a Constituição fala em *processo legislativo*.

Se essa foi a intenção do constituinte, a execução do intento foi defeituosa, lacunosa. De fato, nem toda a elaboração de normas prevista pela Constituição se enquadra nos seus sete incisos. Como observava Pontes de Miranda — a respeito do texto anterior, mas aplicável ao atual —, ficam de fora “as regras jurídicas do Regimento Comum (art. 31, § 2º, II) e dos Regimentos Internos de cada câmara (art. 32), as regras jurídicas dos Regimentos Internos do Superior

3. V., sobre o conceito de processo normativo, adiante, n. 116.

Tribunal Federal e dos outros tribunais e as dos decretos e regulamentos do Poder Executivo”⁴. Afora os “momentos de instauração normativa” que o Prof. Reale mui justamente identifica na órbita do Poder Judiciário brasileiro⁵.

112. Por outro lado, o art. 59 da Constituição inclui no “processo legislativo” a elaboração de decretos legislativos e de resoluções, atos a que falta o caráter de instauração de normas gerais e abstratas.

Ao tempo em que ainda vigorava a Constituição de 1946, ensinava José Afonso da Silva que a expressão “decreto legislativo” designava todo ato do Congresso, adotado segundo o processo estabelecido para a tramitação dos projetos de lei por meio do Legislativo. Assim, o projeto de lei, quando aprovado no Congresso, se tornava decreto legislativo e como tal subia para a sanção, ou veto, na primeira hipótese, e pela sanção transformava-se em lei. Em certas matérias, porém, da competência exclusiva do Congresso, na Constituição de 1946 enunciadas no art. 66, excluída a sanção, e consequentemente o veto presidencial, o decreto legislativo era o próprio ato de disposição, perfeito e acabado, pelo qual o titular da competência a fazia valer⁶.

A mesma lição parece valer para a atual Constituição. Nesta, a expressão *decreto legislativo* refere-se à segunda das acepções acima indicadas. É o que confirma a lição de Pontes de Miranda: “Decretos legislativos são as leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para a sanção (promulgação ou veto)”⁷.

Ora, sobre as matérias de competência exclusiva do Congresso, arroladas na atual Constituição pelo art. 49, não cabe a normatividade abstrata característica da lei propriamente dita.

De fato, os incisos do art. 49 atribuem ao Congresso o resolver, o autorizar ou permitir, o aprovar ou suspender, o mudar, o fixar, o julgar, e só a menção desses verbos já mostra que se está em face de questões sobre as quais o constituinte quis deixar a decisão última ao

4. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, 1967, t. 3, p. 119.

5. Miguel Reale, *Revogação e anulamento do ato administrativo*, Rio de Janeiro, 1968, p. 25.

6. *Princípios*, cit., p. 182-3.

7. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 3, p. 138.

Congresso, especialmente como forma de fiscalização do Poder Executivo. Somente o inc. VII — “Fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores...” — é que dá azo à edição de normas gerais, as outras hipóteses apenas à de normas individuais. Ora, a elaboração de normas individuais não é matéria considerada como pertencente ao “processo legislativo”, nem ao “processo normativo” *stricto sensu*⁸.

113. Se, com boa vontade, ainda se pode dizer que a inclusão do decreto legislativo no “processo normativo” apresenta um ténue fundamento, bem mais difícil é admiti-lo em relação às resoluções, também incluídas pelo art. 59 no “processo legislativo”⁹.

“Em direito constitucional” — assinala Pontes de Miranda — “resolução é a deliberação que uma das câmaras do Poder Legislativo, ou o próprio Congresso Nacional toma, fora do processo de elaboração das leis e sem ser lei”¹⁰. Conhecida dos Regimentos Internos do Congresso e de suas casas, a resolução, que não era prevista na Constituição anterior, destinava-se a “regulamentar matéria de interesse interno (político ou administrativo) de ambas as Casas em conjunto ou de cada uma delas em particular”¹¹. Como a anterior, a Constituição vigente refere-se expressamente a resoluções, como no art. 155, § 2º, V, a.

A determinação das hipóteses de resolução, em face da atual Carta, e sua discriminação relativamente às de decreto legislativo não é simples. Em sentido amplo, anota Pontes de Miranda, “a decretação da perda do cargo pelo deputado ou senador é resolução; e pode-se considerar resolução a declaração do art. 35, IV (hoje 55, IV). A licença seria resolução. A convocação dos Ministros de Estado também o é. A deliberação sobre mudança temporária da sede do Congresso Nacional é resolução”¹².

Em conclusão, no âmbito de suas competências, o Congresso Nacional e a Câmara dos Deputados podem deliberar, por resoluções, para dispor sobre assuntos políticos e administrativos, excluídos do âmbito da lei.

8. V. adiante n. 116. Cf. Reale, *Revogação*, cit., p. 28-9.

9. V. adiante n. 114.

10. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 3, p. 89.

11. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 182.

12. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 3, p. 89.

Todavia, a afirmação acima só tem sentido se acompanhada de uma distinção de domínios entre a resolução e o decreto legislativo. A distinção pelo critério formal é fácil. O decreto é elaborado pelo processo previsto para a elaboração de leis; a resolução, por processo diferente. Essa solução, contudo, só cabe *a posteriori*. Como discriminar *a priori* que deliberações do Congresso deverão seguir o caminho do decreto, quais o da resolução, é o problema que perdura. A nosso ver, a solução está em observar-se a tradição. Decreto legislativo e resolução essencialmente ditam normas individuais, no que se confundem; mas no nosso direito anterior, enquanto a resolução não era constitucionalizada, sempre se entendeu que a disposição relativa às matérias de competência privativa do Congresso Nacional se manifestava pelo decreto legislativo¹³. Não há razão para mudar, mesmo porque essas matérias são todas da mais alta relevância, o que justifica a adoção de um processo rígido para a sua apreciação.

Destarte, o campo do decreto legislativo, na atual Constituição, é o das matérias mencionadas no art. 49, sem exceção. Fora daí, e fora do campo específico da lei, é que cabe a resolução.

Do que se expôs, claramente se infere que a resolução não tem por que ser incluída no processo normativo *stricto sensu*.

114. Em vista das objeções acima levantadas contra a interpretação da expressão “processo legislativo”, por seu objeto normativo geral, forçoso é tentar a exegese pelo sentido subjetivo. Não significaria “processo legislativo” a elaboração de atos pelo Poder Legislativo?

Essa interpretação é sugestiva. Em virtude, todos os atos enumerados no art. 59 têm em comum a intervenção do Poder Legislativo. Todavia, essa exegese sugere de pronto objeções.

A primeira é a de que nem todo o trabalho do Legislativo se enquadra nas espécies mencionadas pelo art. 59. De fato, esse artigo ignora a elaboração das normas regimentais, por meio das quais o Legislativo se autodisciplina. A essa crítica é, sem dúvida, possível replicar, com a consideração de que o constituinte excluiu os regimentos da enumeração referida, por terem eles alcance *interna corporis* exclusivamente.

13. Cf. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 183.

A principal objeção, entretanto, não é essa. Mais ponderável é a observação de que não parece correto incluir a medida provisória entre as normas elaboradas pelo Poder Legislativo. É o Presidente da República, no exercício de um poder que lhe advém, sem intermediário, da Constituição, quem edita a medida provisória, cujas normas entram em vigor antes e independentemente de qualquer pronunciamento do Poder Legislativo. É certo que o Legislativo deverá posteriormente pronunciar-se sobre ele. Daí não decorre, porém, que elabore as normas da medida provisória (art. 62).

115. A esta última objeção se pode fugir, argumentando que o adjetivo qualifica não o Poder, mas o legislador, de modo que, elevado o Presidente pela Constituição à qualidade de legislador, a medida provisória estaria corretamente incluída entre as manifestações do processo legislativo.

Aqui ainda uma dificuldade séria aparece. A emenda constitucional é obra do legislador?

Admitir que emenda constitucional é obra do legislador não importa em confundir Poder Constituinte com Poder Constituído?

A supremacia da Constituição sobre os demais atos normativos é um princípio fundamental em nosso sistema jurídico. É dele que decorre o controle de constitucionalidade das leis. Na verdade, esta afirmativa é das que dispensam demonstração, mesmo porque esta consistiria apenas em arrolar as opiniões concordes de todos os nossos juristas, vivos e mortos.

Ora, tal supremacia decorre da distinção entre Poder Constituinte, que dá início à ordem jurídica, e Poderes Constituídos, que a desdobram nos limites e nas formas estabelecidas pela Constituição.

Sendo, porém, previsível a necessidade de alteração, em pontos não fundamentais, da Constituição, o próprio Poder Constituinte estabelece, ou constitui, um Poder Constituinte para a mudança das normas constitucionais, o Poder de Revisão, da mesma forma que estabelece outros poderes cuja ação está sujeita às normas constitucionais, tanto às originárias quanto às editadas em substituição.

Na verdade, a natureza desse Poder de Revisão é uma das questões mais controvertidas do Direito Constitucional. Como se sabe, ponderável corrente de juristas sustenta que o Poder de Revisão é o próprio Poder Inicial, subsistente em sua obra, de modo que as li-

mitações contidas na Constituição relativas à modificação constitucional são recomendações sem força jurídica¹⁴.

Mesmo que não se aceite essa tese, como é o nosso caso, nem por isso se há de confundir o Poder de Revisão e o Poder de Legislar. De fato, ambos atuam em órbitas diversas e seus atos têm alcance diferente. A emenda muda a organização política e jurídica fundamental; a lei, apenas outras leis. Aquela pode contradizer a Constituição e o faz, necessariamente, para mudá-la; esta só é válida se não contradisser a Constituição.

A confusão procede, sem dúvida, do fato de serem normalmente as câmaras o agente incumbido de modificar a Constituição. Há, portanto, normalmente uma confusão do órgão-revisor com o órgão-legislador. A confusão é contudo meramente subjetiva, já que a diversa qualificação é frisada pela diversidade de procedimentos, como ocorre na atual Constituição brasileira, ao menos.

Para evitá-la, as Constituições anteriores jamais incluíram no compartimento destinado à elaboração das leis as disposições concernentes às emendas constitucionais¹⁵.

116. Nenhuma das exegeses propostas para a expressão “processo legislativo”, no art. 59 da Constituição, parece plenamente satisfatória. Faltou ao constituinte, segundo tudo indica, uma visão clara da sistemática dos atos normativos. Forçoso é reconhecer, porém, que essa sistematização não é simples.

Toda tentativa nesse sentido tem de partir da distinção entre atos normativos gerais e individuais. Se “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência”, como ensina Kelsen¹⁶, não é incorreto distinguir entre as normas gerais, que prescrevem conduta a pessoas indiscriminadas que possam estar numa mesma situação, e normas individuais, que prescrevem conduta a pessoa ou pessoas discriminadas.

14. V. a esse propósito a súmula feita em nosso *Curso*, cit., p. 23. Como lições representativas das posições opostas, v. Duguit, *Traité*, cit., t. 2, e Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., s. d.

15. V. Anexo.

16. *Teoria pura do direito*, cit., t. 1, p. 8-9.

A expressão *ato normativo*, assim, empregada em toda a sua extensão, tanto abrange a produção de normas gerais como individuais. Entretanto, no seu uso mais comum, quando se fala em ato normativo só se tem em mente a produção de normas gerais. Isso, aliás, não é de causar estranheza. Conforme observa o Prof. Reale, “as categorias jurídicas devem ser fixadas à luz de seus índices dominantes, por serem irredutíveis a puras figuras matemáticas”¹⁷. Por sua importância e porque de certo modo as normas individuais nelas se contêm, as normas gerais e as questões ligadas à sua produção ocupam o primeiro plano. Por isso, não é inexato tratar apenas da sistematização das normas gerais quando se procura a sistemática do ato normativo.

Ora, a mais vívida sistematização do ato normativo parece ser a que o toma nos vários momentos, ou degraus, de sua posituação, pois assim pode medir-se concomitantemente a intensidade de poder em cada uma de suas modalidades infundida¹⁸.

Essa sistemática há de, então, partir do ato normativo inicial, que, pondo-se de parte o “pressuposto lógico-transcendental”, funda a ordem jurídica. Esse ato é a Constituição e por ele se marcam todos os canais pelos quais se desdobram as demais normas jurídicas.

Desse ato normativo inicial deriva toda a ordem jurídica. Toda via, de imediato decorrem dele atos que, embora em nível inferior quanto à origem, já que estabelecidos por poder por ele canalizado, têm eficácia igual em consequência de sua própria determinação.

Esses atos derivados são, pois, os que substituem as normas do ato inicial por outras, pelas formas e nos limites do ato inicial — atos de emenda —, assim como os que as complementam em matérias que o ato inicial se absteve de regulamentar, por deixá-las à decisão de outro agente constituinte, como é o caso do estabelecimento de Constituições Estaduais, nos Estados federais. De fato, essas Constituições são um prolongamento da Constituição Federal, na medida em que a desenvolvem relativamente a matérias sobre as quais o constituinte federal não quis decidir pessoalmente¹⁹.

17. *Revogação*, cit., p. 28.

18. Assim, essa sistematização leva em conta ao mesmo tempo os momentos de origem e os graus de eficácia.

19. Tais atos, quanto à origem, são de segundo grau, mas, no que concerne à eficácia, desde que válidos, esta é igual à dos atos iniciais.

Do ato inicial, todavia, ainda derivam outros atos que podem ser ditos primários, porque são os que, em sua eficácia, aparecem como o primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição.

É preciso notar, contudo, que os atos primários podem ser gerais ou particulares (individuais, na terminologia de Kelsen). Os atos gerais são, evidentemente, os que põem normas gerais e a estes com mais propriedade é que deve reservar-se a denominação atos legislativos. Não se infira daí, porém, que só a lei ordinária é ato primário geral. Ao contrário, como se viu anteriormente do estudo comparativo do processo de elaboração normativa contemporâneo depreendendo-se com clareza a tendência a criar, ao lado da lei, outros atos normativos primários gerais. É o que se dá na França, com os regulamentos autônomos permitidos pela Constituição de 1958; é o que defluía da Constituição de 1967 com o decreto-lei. Afora o caso do costume.

Ao lado dos atos gerais, num mesmo nível, estão outros, porém de caráter particular ou individual, desde que dispõem para caso ou situação determinada. Neste rol é que se devem incluir os decretos legislativos e as resoluções referidos no art. 59 da Constituição em vigor.

Num segundo nível estão os atos que não seria inexato designar por secundários. São aqueles que derivam imediatamente dos atos primários, estando sua validade condicionada ao respeito destes, tal como a destes o está à observância das normas iniciais. Também neste nível cabe a distinção entre atos gerais — dos quais os regulamentos são o melhor exemplo — e particulares (individuais), de que são exemplo típico os atos de aplicação das normas gerais, a determinados indivíduos, pessoalmente indicados. Aqui se inserem, destarte, os atos administrativos e judiciais, *stricto sensu*.

Ora, em face desta análise, o valor do art. 59 da Constituição pode ser reerguido. Engloba ele todos os momentos de produção normativa no plano federal até o nível primário, inclusive. Apresenta assim uma visão integrada dos atos derivados de primeiro grau.

117. Neste capítulo, entretanto, não se estudará o processo relativo às emendas constitucionais, aos decretos legislativos e às resoluções. Na verdade, a análise do processo de adoção de emendas implica pressupostos e considerações de plano totalmente diferente das até aqui desenvolvidas e não poderia ser levada a cabo, nesta

ocasião, sem quebra da unidade e do desenvolvimento lógico. Quanto aos decretos legislativos e resoluções, não há maior interesse no aprofundamento de seu estudo, estando já indicados os aspectos principais de seu processo de elaboração em páginas anteriores. Ademais, o ângulo correto para sua análise não é o deste trabalho, já que traduzem mais a atividade de controle político ou de organização interna do Poder Legislativo que a ação normativa geral deste.

Por outro lado, impõe-se começar a análise pela lei ordinária, visto que esta fornece, como se há de ver, a base comum a todas as modalidades de ato legislativo previstas pela Constituição.

118. A lei ordinária é o ato legislativo típico. É um ato normativo primário. Em regra, edita normas gerais e abstratas, motivo por que, na lição usual, é conceituada em função da generalidade e da abstração. 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 de "lei material". Essa distinção, contudo, não traz vantagens, além de não ser, muita vez, fácil de marcar. De fato, quanto ao momento de instauração e, sobretudo, quanto à eficácia (que é o mais importante), a lei dita material e a lei dita formal estão num só e mesmo plano. Deve-se insistir, por outro lado, que a lei é um ato normativo primário escrito, desde que o costume traduz uma normação primária não escrita. Na verdade, essa insistência na forma escrita, como critério distintivo entre a lei e o costume, não tem razão de ser. Traduz a consequência, não a fonte da distinção. A lei é, em última análise, o fruto da decisão de um órgão do Estado de instaurar direito novo, de um órgão, pois, a que a Constituição concede esse poder. Essa decisão, evidentemente, só pode manifestar-se à coletividade por meio de um instrumento escrito, suscetível de registro ou arquivamento que sirva para provar-lhe a existência. Já o costume é o direito novo estabelecido por uma decisão inconsciente da coletividade, de modo que dispensa a forma escrita para comunicação e prova, visto que é manifestação da própria consciência do grupo.

119. É até redundante mencionar a importância da lei no Estado de Direito, dado que este se caracteriza fundamentalmente pela sujeição de tudo e todos à lei, conforme o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Claro está que a sujeição à lei acima referida é submissão à norma de Direito, portanto ao costume também. Mas que tudo está sujeito à lei significa outrossim que em tudo pode imiscuir-se o ato normativo escrito, não existindo domínio que lhe seja interdito, por natureza. Assim, como sublinha Waline, para a doutrina clássica, à lei, ato normativo escrito, "certas matérias eram reservadas, enquanto nenhuma lhe era excluída"²⁰. Destarte, o objeto da lei seria indeterminado. Somente as circunstâncias e as avaliações políticas é que determinariam sua incidência.

No Direito Comparado contemporâneo, essa afirmativa não é correta. Já se sabe que, ao lado da lei, outros atos normativos primários são encontrados nos ordenamentos atuais. Em face da Constituição brasileira, por outro lado, o objeto da lei também não é indeterminado.

A prova disso é fácil. A mera existência do art. 49 revela-o à saciedade. De fato, esse preceito exclui do campo da lei ordinária várias questões, atribuindo-as a outra espécie de ato normativo, o decreto legislativo.

Sem dúvida, essas matérias continuam à disposição do Legislativo, sendo este quem elabora os decretos legislativos, mas não pode confundir-se a lei com o ato do Poder Legislativo, já que nem todo ato do Poder Legislativo é lei, ou, sequer, tem força de lei.

Há, assim, no Direito vigente, um domínio vedado à lei ordinária. Certamente a delimitação desse campo obedeceu à cogitação de que nele seria conveniente excluir a intromissão do Executivo por meio da sanção, e, portanto, do veto. Além das matérias enumeradas no art. 49, deve incluir-se nesse terreno imune à intervenção da lei ordinária o das competências privativas do Senado e da Câmara. Naquele caso, estão as competências previstas no art. 52 da Constituição. Neste, as mencionadas no art. 51.

Por outro lado, há um domínio constitucionalmente reservado à lei. Esse domínio é claramente marcado pelo art. 68, § 1º, I, II e III, da Constituição. De fato, esses incisos registram matérias a respeito das quais não pode haver delegação do poder de legislar, o que importa em reservá-las rigorosamente à lei ordinária. Igualmente nesse

20. Les rapports..., *Revue*, cit., p. 702.

campo privativo se incluem, em decorrência do art. 150, I, o estabelecimento e o aumento de tributos.

120. Considerada em sua elaboração, a lei ordinária, no Direito brasileiro, é um ato complexo. De fato, é ela estabelecida por um ato que se enquadra perfeitamente no conceito que Roberto Lucifredi dá de ato complexo. Há para ele ato complexo sempre que “duas ou mais vontades homogêneas tendentes a um mesmo fim se fundem numa só vontade declarada, idônea a produzir determinados efeitos jurídicos que não poderiam de modo algum produzir-se, se faltasse tal concurso de vontades²¹.”

O acerto dessa afirmação resulta da análise do processo de formação da lei em nosso Direito, à luz da Constituição. Essa formação apresenta uma fase introdutória, a iniciativa, uma fase constitutiva, que compreende a deliberação e a sanção, e a fase complementar, na qual se inscreve a promulgação e também a publicação.

121. Já se disse anteriormente que a iniciativa não é propriamente uma fase do processo legislativo, mas sim o ato que o desencadeia. Em verdade, juridicamente, a iniciativa é o ato por que se propõe a adoção de direito novo. Tal ato é uma declaração de vontade, que deve ser formulada por escrito e articulada. Ato que se manifesta pelo depósito do instrumento, do projeto, em mãos da autoridade competente.

É, em nosso Direito, um ato simples, em regra geral²². Como exceção, tem a estrutura de ato coletivo quando serve para apresentar projeto que reitera disposições constantes de outro que, na mesma sessão legislativa, ou foi rejeitado em deliberação ou foi vetado (obviamente tendo sido mantido o veto). Nessa hipótese, exige o art. 67 da Constituição que a proposta seja subscrita pela maioria absoluta dos membros de qualquer das Câmaras. Desta forma, a iniciativa resulta aí da soma, sem fusão, de vontades de conteúdo e finalidade iguais, que continuam autônomas, pertencentes a titulares de iniciativa individual²³.

21. Atti complessi, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3. ed., Torino, 1957, v. 1, t. 2, p. 1500-1.

22. É ato simples, segundo o conceito de Mortati (*Istituzioni*, cit., 1967, t. 1, p. 229), aquele ato emanado por um sujeito ou órgão, no qual está concentrado o poder de editá-lo.

23. Conforme Diez (*El acto*, cit., p. 125), ato coletivo é “o que resulta da conjunção de várias vontades com igual conteúdo e finalidade, que se unem somente para a manifestação comum, permanecendo juridicamente autônomas”.

122. Em face da Constituição, cumpre distinguir, quanto ao poder de iniciativa, o que é geral do que é reservado.

A iniciativa geral — regra de que a iniciativa reservada é a exceção — compete concorrentemente ao Presidente da República, a qualquer deputado ou senador e a qualquer comissão de qualquer das casas do Congresso. E, acréscimo da Constituição em vigor, ao povo.

Observe-se que, em face das reservas de iniciativa adiante examinadas, rigorosamente falando, no Direito brasileiro ninguém possui realmente iniciativa geral. A designação vale simplesmente na medida em que significa poder propor direito novo sobre qualquer matéria (exceto as reservadas), já que os titulares de iniciativa reservada, salvo o Presidente da República, apenas possuem iniciativa para a matéria que lhes foi reservada.

123. Seguindo uma tendência difundida, a Lei Magna de 1988 consagra a *iniciativa popular* (art. 61).

É esta uma iniciativa geral no sentido acima, já que não está adstrita a matérias determinadas. Pela lógica, todavia, não alcança as matérias reservadas.

Ela há de ser exercida por meio da apresentação de projeto formulado.

Tem o caráter de ato coletivo. De fato, o art. 61, § 2º reclama, para que a iniciativa se formalize, seja ela subscrita, no mínimo, por um por cento do eleitorado nacional, distribuído ao menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada uma delas.

Sendo rigorosas essas exigências, não será fácil sejam apresentados projetos de lei de iniciativa popular. Trata-se de instituto decorativo.

124. Reserva, todavia, a Constituição a iniciativa em certas matérias a titular determinado, excluindo-as, pois, da regra geral acima.

Assim, o art. 61, § 1º, da Constituição reserva ao Presidente a iniciativa das leis que disponham sobre fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas, criem cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta ou autárquica ou aumentem a sua remuneração, digam respeito à organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios, servidores públicos da União e Terri-

tórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, organização do Ministério Público (salvo criação e extinção de cargos e serviços auxiliares) e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais de organização dos órgãos equivalentes nos Estados, Distrito Federal e Territórios, a propósito da criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública, enfim, leis que disponham sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Por sua vez, ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores (art. 61) é reservada a iniciativa relativamente à criação e extinção de cargos de seus membros ou em seus serviços auxiliares, bem como à fixação dos respectivos vencimentos, a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, a criação ou extinção destes, a alteração da organização e da divisão judiciária (art. 96, II).

Ao Procurador-Geral da República, inovação da Constituição em vigor, é atribuída a iniciativa reservada para a criação e extinção de cargos e serviços auxiliares (art. 127, § 2º).

O aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante²⁴.

Caso oposto ao da iniciativa reservada é o da *iniciativa vinculada*. Diz-se vinculada a iniciativa quando a apresentação do projeto de lei sobre determinada questão é exigida pela Constituição, em data ou em prazo certo.

125. A iniciativa de cada parlamentar é exercida perante sua casa, pelo depósito do projeto junto à Mesa da Câmara a que pertence. A do Presidente da República, por força do preceito expresso na Constituição, há de se exercer perante a Câmara dos Deputados. Igualmente, a do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. Não é outra coisa o que decorre do art. 64 da Constituição.

É o caso também da iniciativa popular em face do art. 61, § 2º.

Não há na Constituição preceito sobre perante que Câmara se exerce a iniciativa do Procurador-Geral da República. Por analogia, deve ser perante a Câmara dos Deputados.

24. Cf. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 145.

A iniciativa de comissão é evidentemente exercida junto à Câmara de que é descentralização.

126. O exame da iniciativa traz naturalmente à análise a problemática da emenda.

De fato, sendo a emenda uma proposta de modificação de proposta de direito novo, é ela uma iniciativa acessória ou secundária. Todavia, a relação entre emenda e iniciativa nem sempre tem sido bem apreciada.

Em primeiro lugar, cumpre observar que nem todo titular de iniciativa goza do poder de emendar.

O poder de emendar é reservado aos parlamentares, ao passo que a iniciativa tem sido e é estendida ao Executivo, ao povo, ao Procurador-Geral da República, a tribunais. Essa a lição estrangeira, isso o que revela o direito pátrio²⁵.

A reserva desse poder aos membros do Legislativo deflui do fato de que os parlamentares são membros do órgão que, de acordo com a doutrina tradicional, constitui o direito novo, apresentando-se a emenda como reflexo desse poder de estabelecer novo direito.

Sem dúvida, aos titulares extraparlamentares da iniciativa se tem tolerado que, por meio de mensagens aditivas, alterem o projeto que remeteram. Todavia, como salienta José Afonso da Silva, o próprio nome dado a essas mensagens já revela os seus limites naturais. Por elas, não pode o titular extraparlamentar da iniciativa “suprir ou substituir dispositivos, só pode... acrescentar dispositivos na proposição original”²⁶. E isso se justifica porque os novos dispositivos podem ser considerados não modificação do proposto, mas nova proposição. Assim, para realmente modificar o projeto só há um caminho — retirá-lo e apresentá-lo de novo, reformulado.

Observe-se que, no processo de elaboração da lei orçamentária, do plano plurianual e de diretrizes orçamentárias, expressamente permite a Constituição que o Presidente da República, por meio de mensagem, proponha modificações nos mesmos (art. 166, § 5º).

25. No estrangeiro, em regimes parlamentaristas, o governo apresenta verdadeiras emendas. Cf. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 164.

26. *Princípios*, cit., p. 164.

127. Por outro lado, todo e qualquer projeto de lei pode ser emendado?

A dúvida tem sua razão de ser, porque o titular do poder de emenda é o parlamentar, ao passo que em várias matérias o poder de iniciativa é reservado a titulares não parlamentares.

A admissibilidade de emendas em projetos oriundos de iniciativa reservada suscitou muita polêmica. Entendeu certa feita o Supremo Tribunal Federal que “o poder de emendar é corolário do poder de iniciativa”, de modo que não poderia propor emenda quem não poderia propor o principal. Disso decorreria logicamente a inadmissibilidade de qualquer emenda a projeto decorrente de iniciativa reservada, seja do Executivo, seja do Judiciário.

Contra essa tese, mais de uma vez insurgiram-se os congressistas, desrespeitando-a e fazendo assim surgirem litígios sobre o alcance do poder de emendar. O argumento central em favor da possibilidade de que, podendo o Congresso o mais, isto é, rejeitar o projeto, deveria poder o menos, ou seja, modificá-lo, é evidente sofisma, porque a essa alegação se pode opor com toda razão que, não podendo o Congresso o mais — a apresentação do projeto —, não poderia o menos — a modificação do projeto...

A Constituição, todavia, preferiu seguir uma trilha moderada e resolver conciliatoriamente a questão, pelo disposto no art. 63. Deste decorre que a emenda é proibida, apenas e tão-somente, nos projetos de iniciativa reservada do Presidente da República (salvo em matéria orçamentária) e nos relativos à organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos tribunais federais e do Ministério Público.

128. A fase da deliberação é propriamente constitutiva da lei, no sentido de que nela e por ela o Legislativo estabelece as regras jurídicas novas. É indubitavelmente a principal do processo legislativo.

No Direito brasileiro, à semelhança do estrangeiro em geral, a deliberação apresenta a estrutura de ato complexo. De fato, a aprovação do Legislativo é o fruto da integração da aprovação de cada uma das casas do Congresso de per si.

129. Implícita no processo previsto na Constituição brasileira para a deliberação está uma fase, melhor, uma subfase instrutória.

Noutros Direitos, como no italiano, essa fase tem autonomia, sendo, como sublinha Mortati, “condição de validade da fase deliberativa”²⁷. De fato, o art. 72 da Constituição italiana estabelece expressamente que todo projeto de lei deve ser examinado por comissão parlamentar.

No nosso, não há disposição semelhante. A existência das comissões é prevista mas em parte alguma se prescreve, na Constituição, o envio de qualquer projeto obrigatoriamente ao exame da comissão. Assim, esse exame não é imperativo constitucional, embora seja previsto pelos regimentos parlamentares.

O exame do projeto por comissão, ou comissões, a nosso ver, se inscreve no processo de deliberação, sendo conveniente para preparar uma decisão esclarecida e consciente. Tanto é assim que o art. 58, § 2º, da Constituição anterior dispunha que seria tido por rejeitado o projeto que recebesse, no mérito, parecer contrário, por parte das comissões que o houvessem estudado.

130. Instruído na forma regimental, o projeto passa, em cada Câmara, à discussão e votação. Prevê, todavia, a Constituição para o desenrolar dessa apreciação dois procedimentos diversos — o normal e o abreviado.

No procedimento normal, o projeto, depois de submetido ao exame de comissão ou comissões, na forma regimental, é posto em discussão e a seguir votado, sempre na forma regimental. É aprovado, conforme prescreve o art. 47 da Constituição, se obtiver maioria de votos, quando presente a maioria dos membros da casa. Aprovado o projeto no que deve ser considerado um ato continuado²⁸, é ele enviado à outra para revisão.

Nesta, após a tramitação regimental, uma de três hipóteses se há de configurar — o projeto ser aprovado tal como veio, ser aprovado com emendas, ou rejeitado. Na última hipótese está morto, e o arquivamente o sepultará. Na primeira, sobe, sem mais a apreciação do Executivo, para a sanção ou para o veto.

27. *Istituzioni*, cit., t. 2, p. 637.

28. É ato continuado aquele cujo efeito se alcança por meio de mais uma declaração de vontade do mesmo órgão. Cf. Mortati, *Istituzioni*, cit., t. 1, p. 233.

Na segunda hipótese, contudo, o projeto volta à Câmara inicial, para a apreciação exclusivamente das emendas. Se estas forem aceitas, com elas sobe o projeto à apreciação presidencial. Se rejeitadas, sem elas sobe o projeto para o mesmo fim.

Destarte, as Câmaras no processo legislativo brasileiro não estão em pé de igualdade. A vontade da que primeiro apreciou o projeto prevalece, na medida em que se impõe até contra as emendas feitas pela outra, a revisora. Ora, isso, na prática, repercute uma certa inferiorização do Senado, que é necessariamente a Câmara revisora em todos os projetos de iniciativa presidencial, hoje a maioria e os mais importantes.

131. O procedimento abreviado foi introduzido em nosso Direito pelo Ato Institucional n. 1. Sua chave é a fixação de prazos para a manifestação parlamentar — nesse Ato sob pena de aprovação tácita da proposta. Visando a acelerar o processo legislativo, impedindo o “engavetamento” dos projetos ou a obstrução deles em detrimento da atividade governamental, essa medida deu ensejo ao abuso oposto. Em verdade, o Executivo não hesitava em servir-se da fração parlamentar que o apoiava para impedir que o Legislativo deliberasse sobre seus projetos, seja rejeitando-os, seja modificando-os. A obstrução servia assim para forçar a aprovação tácita de direito novo que seria recusado, ao menos em tais termos, pela maioria parlamentar. Por isso, a Emenda Constitucional n. 22/82 atenuou o sistema, prevendo que, não tendo havido deliberação no prazo, o projeto seria incluído “na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos” e “se, ao final dessas, não (tivesse sido) apreciado (considerar-se-ia), definitivamente aprovado”.

No sistema atual, não há, jamais, aprovação tácita. Decorrido o prazo, o texto é obrigatoriamente incluído na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto a deliberações legislativas, até ultimar-se a sua votação (art. 64, § 2º).

A Constituição vigente, como o Direito anterior, só admite a aplicação do procedimento abreviado aos projetos de iniciativa do Presidente da República que este considere urgentes (art. 64, § 1º).

No texto anterior, eram previstas duas modalidades de procedimento abreviado. Uma podia ser dita forma concentrada, outra desconcentrada.

A concentrada caracterizava-se por ser a apreciação do projeto feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, no prazo de quarenta dias, a contar de seu recebimento (Emenda n. 1/69, art. 51, § 2º).

A desconcentrada — que foi mantida — caracterizava-se, como se caracteriza, por ser a apreciação do projeto realizada separadamente em cada uma das casas do Congresso, tendo cada uma o prazo de quarenta e cinco dias para deliberar (art. 64, § 2º). Nesta modalidade, as emendas do Senado deverão ser apreciadas pela Câmara no prazo de dez dias (art. 64, § 3º). Esses prazos, todavia, não correm durante o recesso do Congresso (art. 64, § 4º).

A ausência de deliberação importa, como há pouco se disse, na inclusão do projeto na ordem do dia, até que se ultime a sua votação, sobrestando-se até lá a apreciação de outras matérias.

Por disposição constitucional, os projetos de codificação não podem ser sujeitos ao procedimento abreviado, ou acelerado (art. 64, § 4º).

132. Completa a fase constitutiva do processo legislativo a apreciação pelo Executivo do texto aprovado pelo Congresso. O Direito brasileiro ainda mantém a intervenção do Executivo no aperfeiçoamento da lei, o que foi abandonado por outras Constituições contemporâneas.

Essa apreciação pode resultar no assentimento — a sanção — ou na recusa — o veto.

A sanção é que transforma o projeto aprovado pelo Legislativo em lei. Por ela, fundem-se as duas vontades, a do Congresso e a do Presidente, de cuja conjunção o constituinte quis que resultasse a lei ordinária. Só pela sanção é que se aperfeiçoa o processo de elaboração desse tipo de ato normativo, em nosso Direito. É operação integradora da feitura da lei, conforme unanimemente reconhece a doutrina²⁹. E isso se vê bem patente no art. 66, *caput*, da Constituição, onde se dispõe que “a Câmara na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, acquiescendo, o sancionará”.

29. Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 2, p. 318; José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 184 etc.

De dois modos se manifesta a sanção presidencial: expressa e tacitamente. É expressa sempre que o Presidente der sua aquiescência, formalizando-a, no prazo de quinze dias úteis contados do recebimento do projeto. É tácita, quando o Presidente deixa escoar esse prazo sem manifestação de discordância (art. 65, § 3º). De nenhum modo há no Direito brasileiro *pocket veto*³⁰. A ausência de sanção no prazo constitucional de modo algum faz caducar o projeto, mas o torna lei, perfeita e acabada, porque é forma silente de sanção.

A sanção tácita foi prevista em nosso Direito para evitar o “engavetamento” de projetos pelo Presidente. Transformou-se, todavia, em instrumento de covardia política, em modo de querer fingindo não querer. Serve para sancionar aquilo que não se quer vetar, mas que não se tem a coragem de aprovar publicamente, por temor à impopularidade.

133. Problema que mais de uma vez já foi suscitado perante os tribunais é o do alcance da sanção em relação a projetos viciados por usurpação de iniciativa reservada.

O caso da usurpação da iniciativa reservada aos tribunais não oferece dificuldade. Não tendo estes o poder de recusar sanção aos projetos aprovados pelo Legislativo, de modo algum se pode sustentar que a sanção, pelo Executivo, de projeto que lhes invada a esfera reservada à iniciativa possa suprir esse defeito, convalidando o projeto.

O problema tem outra gravidade, porém, em relação aos projetos que traduzam usurpação da iniciativa presidencial reservada, mas que, aprovados, venham a ser expressa ou tacitamente sancionados pelo Presidente.

A complexidade da questão pode ser realçada pela divisão que provocou em nossos tribunais e em nossa doutrina. De fato, em caso conhecido, a maioria do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo pelo voto do relator, o professor e desembargador José Frederico Marques, entendeu que a sanção não convalida o defeito de iniciativa, embora houvesse onze votos vencidos³¹. Apreciando esse mesmo caso, adotou o Supremo Tribunal Federal a tese oposta, ou seja, a de que “a falta de iniciativa do Executivo fica sanada com a sanção do projeto de lei”³².

30. V. *supra* n. 93.

31. RDA, 72:226.

32. RDA, 73:229. Hoje, Súmula 5.

Na doutrina, Themístocles Brandão Cavalcanti³³ e Seabra Fugundes³⁴, Pontes de Miranda³⁵ e José Afonso da Silva³⁶, por exemplo, sustentam a convalidação, enquanto Francisco Campos³⁷ e Caio Tácito³⁸, o oposto.

A tese da convalidação é bem resumida por José Afonso da Silva. Ensina este que “a regra de reserva tem como fundamento pôr na dependência do titular da iniciativa a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias. Não se trata de adotar aqui a tendência que distingue cláusulas constitucionais em diretórias e mandatórias. Pois a regra da reserva é imperativa no que tange a subordinar a formação da lei à vontade exclusiva do titular da iniciativa. Ora, essa vontade pode atuar em dois momentos: no da iniciativa e no da sanção. Faltando a sua incidência, o ato é nulo; mas se ela incidir com a sanção, satisfeita estará a razão da norma de reserva”³⁹. Destarte, aduz, e, aqui com toda razão, “vetado o projeto, não há mais possibilidade de formar-se a lei, proveniente de projeto gerado com desrespeito à regra de reserva”⁴⁰.

A lição desse jurista e dos grandes nomes que esposam a mesma tese não parece a melhor, apesar de estar consagrada na Súmula 5 do Supremo Tribunal Federal⁴¹.

É princípio pacífico em nosso Direito a supremacia da Constituição com todas as suas conseqüências, em especial a sua rigidez, de onde decorre a invalidade de toda lei ou de todo ato que a ela se contradisser. A validade de qualquer ato derivado da Constituição, portanto, depende de sua concordância com a Constituição. Depende, mais precisamente, da observância dos requisitos formais e substanciais estabelecidos na Constituição. É isso que ensina Alfredo Buzaid, esclare-

33. Parecer, RDA, 72: 417.

34. Parecer, RDA, 72:423.

35. V. *Comentários à Constituição de 1967*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, v. 3, p. 624.

36. *Princípios*, cit., p. 191.

37. Parecer, RDA, 73:380.

38. Parecer, RDA, 68:341.

39. *Princípios*, cit., p. 191.

40. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 191.

41. V. *infra* n. 134.

cendo, com a limpidez que lhe é peculiar, que “os requisitos *formais* concernem, do ponto de vista subjetivo, ao órgão competente, de onde emana a lei; e, do ponto de vista objetivo, à observância da forma, prazo e rito prescrito para a sua elaboração; os requisitos *substanciais* se referem ao respeito aos direitos assegurados pela Constituição, ou à inexistência de violação às garantias constitucionais”⁴².

Ora, “de modo algum há regras jurídicas menos fortes no texto constitucional”, reconhece Pontes de Miranda⁴³, de modo que tanto é inconstitucional o ato que foi editado com descumprimento dos requisitos formais, quanto o que fere direitos ou garantias asseguradas pela Constituição.

Há quase duzentos anos dizia Marshall, no célebre *Marbury v. Madison*: “É preceito claro demais para ser contestado que a Constituição se sobrepõe a qualquer ato legislativo contrário a ela e que a legislatura não pode modificar a Constituição por um ato ordinário. Entre as alternativas não há meio-termo. Ou bem a Constituição é uma lei mais alta, suprema, inalterável por meios ordinários, ou está no nível dos atos legislativos comuns, e é assim alterável quando à legislatura aprovar. Se a primeira hipótese é correta, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a segunda é a correta, então as Constituições escritas não passam de tentativa da parte do povo para limitar um poder de natureza ilimitável”⁴⁴.

Destarte, conforme o ensinamento de Marshall, seguido pela doutrina americana e pela brasileira, “toda lei adversa à Constituição é absolutamente nula; não simplesmente anulável. Ora, o característico fundamental do ato nulo é ser insuscetível de convalidação”⁴⁵.

42. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, 1958, p. 49-50.

43. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 2, p. 557.

44. Apud Charles A. Beard, *A Suprema Corte e a Constituição*, trad. port., Rio de Janeiro, s. d., p. 116.

45. Buzaid, *Da ação*, cit., p. 128. Na verdade, pessoalmente, estamos com a lição de Kelsen de que na ordem jurídica não há atos nulos mas somente anuláveis, dos quais uns, os que convencionalmente se chamam de nulos, são anuláveis *ex tunc* e insuscetíveis de convalidação. Cf. *Teoria*, cit., trad. port., 2. ed., v. 2, p. 159. Mas isso não impede de corroborar a lição da doutrina tradicional, desde que se entenda que ato nulo é o anulável *ex tunc*, que, portanto, não produz efeitos válidos, e é insuscetível de convalidação.

Ensina o próprio Pontes de Miranda que “as regras de iniciativa são... regras de relações entre os órgãos que tomam parte na leitura e promulgação da lei; porém com a mesma relevância constitucional das outras”⁴⁶.

Portanto, admitir a convalidação do defeito de iniciativa é admitir a convalidação de ato nulo, é admitir que se distinga na Constituição entre o que é absolutamente cogente e o que não o é, princípios esses que jamais qualquer dos partidários da tese vitoriosa no Supremo ousaria aceitar nua e crua⁴⁷.

Por rigorosa que pareça, a nulidade é a única conclusão possível se se quiser resguardar a supremacia da Constituição. Do contrário, a supremacia da Constituição não seria absoluta, já que haveria a possibilidade de dispensá-la, nesta ou naquela hipótese.

Na verdade, o raciocínio dos que sustentam a possibilidade de convalidação do defeito de iniciativa padece, no mais alto grau de *privatismo*, verdadeira doença infantil do Direito, caracterizada pela tendência a tudo reduzir aos princípios de Direito Civil. Dão por assente que propor leis e sancionar leis são direitos do Executivo, da mesma forma que a propriedade o é dum particular qualquer. Assim, do mesmo modo que seria convalidada uma alienação de propriedade feita por erro se a ela posteriormente ratificasse o *dominus*, sustentam que a sanção convalida o defeito de iniciativa⁴⁸.

46. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 2, p. 557.

47. A tese da nulidade do ato inconstitucional foi consagrada, posteriormente, de modo explícito, em várias decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no RE 93.173-2-SP, Relator Min. Firmino Paz, j. 15-6-1982 (*JSTF*, Ed. Lex, 45:102), cuja ementa reza: “Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre o fato, nela, visto ou previsto, não há fato jurídico e, via de lógica consequência, o fato não produz qualquer efeito jurídico”.

48. A Lei n. 9.868/99, que veio regular as ações diretas de controle de constitucionalidade, inovou no Direito brasileiro. Admite ela que, excepcionalmente, por razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, seja restringido o efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade ou fixado o momento em que esse reconhecimento passará ou passou a ter efeitos, o que reclamará, todavia, o voto de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 27). Isso, contudo, não tem o alcance de entender convalidável ato violador da Constituição, ainda que não se coadune com a tese clássica da nulidade do ato inconstitucional.

Em realidade, o direito que o Executivo exerce ao propor leis é propriamente uma função exercida em favor do Estado, representante do interesse geral. Em vista disso, é bem claro que não pode ele concordar com a usurpação daquilo que rigorosamente não é seu. E, sobretudo, como assinalou José Frederico Marques, a concordância do Executivo em que uma função a ele delegada seja exercida pelo Legislativo importa em delegação proibida pela lógica da Constituição, a menos que esta expressamente permita⁴⁹. Essa proibição constava da Constituição de 1946 (art. 36, § 2º de modo absoluto, e, na Carta vigente, decorre do art. 2º, embora sofra exceções, nenhuma das quais, porém, relativa à iniciativa reservada.

Por outro lado, não parece ter sido a *ratio* da reserva bem apreciada pelos partidários da convalidação. É certo que “a regra de reserva tem como fundamento pôr na dependência do titular da iniciativa a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias”⁵⁰. Mas este não é o único fundamento da reserva. Há outro, tão importante quanto ele, que é pôr na dependência do titular da iniciativa o *momento* em que a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias haverá de ser discutida, ou seja, a apreciação da *oportunidade*.

O *punctum pruriens* da iniciativa reservada — não há como negá-lo, pois os grandes litígios que tem provocado sempre tiveram o mesmo fundo — é a criação de cargos, funções ou empregos públicos e o aumento de vencimentos do funcionalismo. Essa é a matéria do mais alto interesse do Estado, que precisa de bons funcionários em número suficiente e justamente pagos, mas é também do maior interesse eleitoral, porque os funcionários são muitos, suas famílias esposam seus interesses evidentemente, e, no Brasil, quem não é funcionário quase sempre quer vir a ser... Não é argumento *ad terrorem* lembrar que, nessa matéria, as pressões sobre um governo democrático podem ser extremamente grandes. Sofrem-nas os parlamentares, sofre-as o Executivo, mas, enquanto este tem a responsabilidade de pagar os funcionários e há de conhecer os limites da bolsa pública, os parlamentares podem, quanto a essa parte, lavar as mãos. Por isso, o constituinte teve a sabedoria política de reservar ao Executivo a iniciativa de propor leis sobre essa matéria, sabendo que o seu interesse eleito-

49. RDA, 72:226.

50. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 191.

ral haveria de ser temperado pela sua responsabilidade, mesmo porque o Chefe do Executivo, o Presidente, já chegou ao ápice e, normalmente, não deve a mais nada aspirar que dependa do voto. E também a escolha do momento em que se poderá cuidar dessa matéria.

Ora, sucede na prática que, por grande que seja o espírito público do governante, em certas ocasiões determinadas atitudes podem equivaler a um suicídio político. Assim o vetar projeto de lei de aumento de vencimentos que viola a iniciativa reservada em vésperas de eleições... Não se diga que vetar e não propor são a mesma coisa. Psicologicamente não o são. Uma coisa é esperar que os vencimentos venham a ser aumentados, é desejar que sejam aumentados em bases maiores do que as propostas pelo Executivo, outra coisa é perder um aumento generoso já consagrado pelo Legislativo, de certo modo já no bolso do funcionário...

Igualmente, sancionar projeto viciado pode constituir vingança política, por causar problemas a adversários⁵¹.

Desse modo, se é certo que a sanção transmite anuência, jamais poderá ela sanar a eventual impropriedade do momento da discussão, motivo por que o recurso à *ratio* da reserva não atende à tese da convalidação.

Enfim, no plano estritamente jurídico, a tese da convalidação contradiz um dos postulados que D’Alessio, e com ele a doutrina italiana, afirma a respeito do ato complexo. De fato, relata Diez que, segundo o ensinamento desses mestres, “não é válido um ato complexo se não são válidos todos os elementos que devem concorrer à sua formação”⁵². Destarte, não sendo válida a iniciativa, seria inválida a lei, apesar da sanção posterior.

51. Foi isso exatamente o que se deu com a chamada *Lei do Nível Universitário*, a Lei n. 5.797, de 29 de março de 1961, do Município de São Paulo. Esta lei trazia aumento de vencimento para o pessoal de nível universitário da Prefeitura de São Paulo e não fora a sua edição proposta pelo Prefeito, o que era violação de iniciativa a ele reservada. Todavia, o Prefeito Adhemar de Barros, que declarava não poder sancionar o projeto por não estar a Prefeitura em condições de suportar as conseqüências do aumento dela decorrente, vencido o seu candidato nas eleições de 26 de março, o sancionou. Seu sucessor é que, tendo de cumpri-la, recusou-se a fazê-lo, suscitando-se aí litígio que foi decidido pelo Supremo, em última análise pronunciando-se pela convalidação da lei pela sanção.

52. *El acto*, cit., p. 125.

134. Conquanto no rol das súmulas do Supremo Tribunal Federal continue inscrita a de n. 5: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”, tal entendimento já foi, por quase vinte anos, abandonado.

O *leading case* da nova orientação veio em 1974. Ao julgar a Representação n. 890-GB, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por votação unânime, como está na emenda do acórdão: “A sanção não supre a falta de iniciativa, *ex vi* do disposto no art. 57, parágrafo único, da Constituição (de 1967, com a Emenda n. 1/69), que alterou o direito anterior”⁵³.

Este acórdão, relatado pelo Min. Oswaldo Trigueiro, não aborda as questões doutrinárias discutidas no número anterior. Na verdade o ilustre relator preferiu sustentar “a diferença entre o sistema anterior e o atual”. E explica: “Naquele, a Constituição apenas outorgava competência exclusiva ao Chefe do Poder Executivo para a iniciativa de certas leis, e se o Poder Legislativo interferisse nesse âmbito de atuação do Poder Executivo, entendia-se que este — que era o destinatário da norma — poderia abrir mão de sua prerrogativa, com sua concordância *a posteriori*. No sistema atual, o destinatário da proibição é o próprio Poder Legislativo, e a vedação da admissibilidade de emenda (o que implica que a emenda não pode ser sequer recebida para a discussão) se exaure no âmbito desse Poder Legislativo, sem possibilidade de convalidação do ato pelo Poder Executivo, já que a proibição àquele não é prerrogativa deste, embora a favoreça”.

A argumentação é especiosa. Consiste em afirmar que, sob a Constituição de 1946, havia a reserva de iniciativa em favor do Executivo, mas inexistia a proibição de emenda pelo Legislativo, “motivo” por que o Supremo entendia que o defeito inicial recebia convalidação por força da concordância posterior (a sanção). E que, no Direito vigente, existindo a reserva e a proibição de emenda, não mais existe a possibilidade de convalidação pelo Executivo (*sic*).

Ora, a possibilidade de convalidação, se esta fosse juridicamente aceitável, continua a existir. O fato de haver proibição de emenda além da reserva de iniciativa manifesta, sem dúvida, reforçadamente, a intenção do constituinte. Nada muda, porém, quanto ao fato de que

53. RTJ, 69:629 e s.

projeto de lei resultante de violação de iniciativa reservada chega aprovado ao Chefe do Executivo que o sanciona, transformando-o em lei.

Em verdade, as razões por que a sanção não convalida defeito de iniciativa são as anteriormente expostas. Não as que avança o v. acórdão citado.

Acrescente-se que a nova orientação do Supremo Tribunal Federal parecia consolidada. Foi ela reiterada em vários casos, por exemplo, na Representação n. 1.051-1-GO⁵⁴.

Com surpresa, porém, deve-se registrar que, em julgamento de 1993, a Súmula 5 foi aplicada, inclusive com o voto favorável do Min. Moreira Alves⁵⁵.

135. Mantém a Constituição brasileira o instituto do veto. Ou seja, permite ela que o Presidente da República recuse sanção a projeto de lei já aprovado pelo Congresso, dessa forma impedindo sua transformação em lei (art. 66, § 1º).

Esta recusa, porém, há de ser fundamentada. Duas são as justificativas aceitas para a recusa de sanção — a *inconstitucionalidade* e a *inconveniência*. Aquela um motivo estritamente jurídico, a incompatibilidade com a lei mais alta. Esta, um motivo estritamente político, envolvendo uma apreciação de vantagem e desvantagem.

Enquanto o veto por inconveniência apresenta o Presidente como defensor do interesse público, o veto por inconstitucionalidade o revela como guardião da ordem jurídica. Esse poder, na verdade, o coloca na posição de defensor da Constituição e numa posição privilegiada, visto que pode exercer um controle preventivo para defendê-la de qualquer arranhão resultante da entrada em vigor de lei inconstitucional.

136. Em nosso Direito, duas são as modalidades de veto quanto a seu alcance. Pode ser ele *total*, atingindo todo o projeto como o nome indica, ou *parcial*, afetando apenas parte dele, ou mais precisamente o texto de “artigo, de parágrafo, de inciso, ou de alínea” (art. 66, § 2º).

O veto parcial, tal qual o rege o nosso Direito, é uma originalidade brasileira. Foi adotado em nosso Direito federal pela primeira

54. Rel. Min. Moreira Alves. Votação unânime. DJU, 15 maio 1981, p. 4428.

55. ADIn 266-0-RJ, Rel. Min. Octávio Gallotti.

vez na reforma constitucional levada a cabo em 1926, tendo como precedentes Constituições Estaduais brasileiras e americanas, especialmente⁵⁶.

Sua criação visava a atender a uma necessidade universalmente sentida, qual seja a de dar meios ao Executivo de expungir, dos textos legislativos, excrescências, “pingentes” ou “caudas”, como se usava chamá-los, acrescentados maliciosamente durante a deliberação parlamentar⁵⁷. Tais *riders*, pois é assim que os autores americanos os denominam, são disposições que, nada tendo que ver com a matéria regulada no projeto, são nele enxertadas para que o Presidente tenha de aceitá-las, se não quiser fulminar todo o projeto. De fato, é ele posto no dilema de vetar todo o projeto, que pode ser de alta relevância e urgência, ou sancioná-lo, sancionando *ipso facto* disposições inconvenientes que, consubstanciadas num projeto isolado, seriam inexoravelmente fulminadas pelo veto.

Os *riders* constituem, pois, uma forma sutil de chantagem política, contra a qual, inexistindo o veto parcial, está desarmado o Presidente. O seu terreno preferido é o projeto de lei orçamentária, onde as adjunções estão quase certamente garantidas pela importância do principal⁵⁸.

Estabelecido para eliminar abuso por parte dos parlamentares, o veto parcial, todavia, passou a servir entre nós para abusos por parte do governo. Embora a doutrina unanimemente sustentasse que o veto parcial não poderia servir para desfigurar o projeto, ou, como ensinava Herculano, “quando a parte que o (o projeto) vicia não é essencial ao pensamento que o ditou ou ao sistema das disposições deste”⁵⁹, na prática, o Executivo veio a colher pelo veto até palavras

56. Aponta Barbalho (*Constituição*, cit., p. 198) entre as de Estado da Federação americana, a da Pennsylvania, de 18 de dezembro de 1873 (art. 4º, n. 16); entre as de Estado brasileiro, a da Bahia (art. n. 41).

57. Narra Corwin (*The president*, cit., p. 280) que de 1873 até nossos dias “várias dúzias de emendas foram apresentadas para dar ao Presidente o que é às vezes chamado de veto seletivo (selective veto)”. E conta também que, em 1957, o Presidente Eisenhower o reclamou como já o fizera em 1938 Franklin Roosevelt (p. 475).

58. Apesar disso Epitácio Pessoa não hesitou, em 1922, em vetar o orçamento por causa das “caudas”. Cf. *Pela verdade*, Rio de Janeiro, 1926, p. 241.

59. Apud Casasanta, *O poder*, cit., p. 210.

isoladas dentro do texto, mudando-lhe não raro radicalmente o sentido, ou o alcance. E essa prática, apesar da repulsa doutrinária, foi aprovada pelos tribunais.

A gravidade dessa prática era ainda realçada pelo fato de que dava ensejo a uma verdadeira legislação minoritária por parte do Executivo. De fato, sendo necessária maioria qualificada para a rejeição do veto, o desnaturamento da lei era mantido, desde que uma minoria do Congresso, superior, todavia, a um terço, apoiasse o Presidente. O veto parcial servia, destarte, para fraudar a vontade do Congresso, manifestada na aprovação do projeto em termos muito diferentes daqueles em que este se tornava lei.

Reagindo contra essa prática abusiva, já a Emenda Constitucional n. 17 à Constituição de 1946 restringiu o veto parcial ao texto de “artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea”, o que foi repetido pela Constituição, na redação de 1967. Ainda assim, deve-se anotar, o veto parcial ia além do que pretendiam os inspiradores de sua introdução em nosso Direito. Conforme relata Casasanta, Artur Bernardes, em cuja presidência foi adotado o veto parcial, havia feito propor, em 1920, emenda à Constituição mineira onde se dispunha que “o veto parcial só pode ser parcial, quando a parte vetada e a sancionada não forem mutuamente dependentes e conexas, de maneira que, com a sua supressão, a parte sancionada continue a ser um ato inteligível e completo, correspondendo, em conjunto, à intenção e propósitos do Congresso”⁶⁰.

A Emenda n. 1 suprimiu essa restrição, o que foi interpretado como autorizando o veto a colher palavras isoladas.

A Constituição em vigor restaurou a proibição no art. 66, § 2º.

137. O veto, em nosso Direito, é suspensivo ou superável. Não é ele um ato de deliberação negativa, do qual resulta a rejeição definitiva do projeto, consequência do chamado veto absoluto, mas é ato de recusa, do qual resulta o reexame do projeto pelo próprio Legislativo, que poderá superá-lo por maioria qualificada.

Seu efeito, pois, não é suspender a entrada em vigor da lei — já que não é, ainda, lei o ato que sofre o veto —, mas alongar o proces-

60. Cf. Casasanta, *O poder*, cit., p. 206.

so legislativo, impondo a reapreciação do projeto pelo Congresso, à luz das razões da discordância presidencial.

O veto total, por abranger todo o projeto, envolve o seu reexame total, como é óbvio. Mas o veto parcial — e nisso está uma particularidade do Direito brasileiro — apenas obriga o reexame da parte vetada, enquanto o restante do projeto, que está sancionado, deve ser promulgado e entra em vigor após a publicação, mesmo antes da reapreciação da parte vetada.

No veto parcial previsto noutras legislações, como na Argentina, embora o veto possa ser parcial, atingindo apenas fração do projeto, todo o projeto aguarda a reapreciação, somente depois dela podendo ser promulgado e publicado. Destarte, na forma do art. 72 da Constituição argentina, o veto, embora parcial, impede ainda que transitoriamente a transformação em lei, inclusive das disposições não vetadas⁶¹.

A imediata entrada em vigor da parte não vetada, que é possível no Direito brasileiro, apresenta vantagens mas também desvantagens graves. Sem dúvida, é vantajoso que as disposições estabelecidas pelo Congresso e aprovadas pelo Presidente possam desde logo ser aplicadas. Todavia, se superado o veto, ocorre o inconveniente tantas vezes sentido entre nós de uma mesma lei ter vigorado com um texto (o da publicação sem a parte vetada, até a publicação do texto com a parte que fora vetada incluída) e passar a vigorar com outro texto. Esse inconveniente tem até provocado a prática esdrúxula de a parte vetada ser publicada com outro número, como se fosse outra lei. Dessa situação (em vigor a parte não vetada, pendente a parte vetada) resulta sempre incerteza sobre o alcance e o verdadeiro sentido da lei, o que redundará necessariamente em insegurança jurídica.

Esse inconveniente é mais grave quando ocorre o veto de palavras escolhidas no texto da lei. Tal veto pode dar à lei uma significação completamente diversa da que ela teria, se rejeitado o veto. José Afonso da Silva relata episódio em que o veto a uma expressão deu à lei condições para entrar em vigor de pronto, enquanto sem o veto só vigoraria noventa dias mais tarde⁶². É difícil imaginar a situação em

61. Cf. Novaro e Hronich, *Derecho*, cit., p. 260.

62. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 210.

que ficaram os obrigados a cumprir essa lei, postos entre o cumprimento imediato decorrente da publicação do texto expungido da parte vetada, e a possibilidade de, rejeitado o veto, só ser exigível esse cumprimento muito mais tarde. Sem dúvida, juridicamente tinham de cumprir a lei tal qual existia, mas a possibilidade de mudança de seu alcance, pela rejeição do veto, já de per si eliminava qualquer segurança para uma projeção para o futuro. Ora, essa segurança de projeção para o futuro é uma das vantagens primordiais da lei escrita.

138. O veto, seja total, seja parcial, deve ser manifestado pelo Presidente, de acordo com o art. 66, § 1º, da Constituição, no prazo de quinze dias úteis contados da data do recebimento do projeto. Esse prazo é fatal. Transcorrido o prazo, dispõe o § 3º desse mesmo artigo, “o silêncio do Presidente da República importará sanção”.

Os motivos da recusa de sanção devem ser trazidos a público. Por isso, exige a Constituição (art. 66, § 1º) seja feita a comunicação do veto, com suas razões, ao Presidente do Senado Federal — que preside o Congresso Nacional (Constituição, art. 57, § 5º).

O veto tem a natureza de ato composto. Compreende a manifestação de vontade negativa mais a comunicação fundamentada dessa discordância. A primeira, nos quinze dias úteis seguintes ao recebimento do projeto aprovado, impede a sanção tácita. Entretanto, o veto não se aperfeiçoa, caso não haja, no prazo de quarenta e oito horas, a comunicação devida ao Presidente do Senado.

139. O veto — já se disse — suscita a reapreciação do projeto. A comunicação ao Presidente do Senado tem, assim, por efeito provocar esse reexame por parte do Congresso Nacional.

Tal reexame, segundo o art. 66, § 4º, da Constituição, dá-se em sessão conjunta das casas do Congresso. Na Lei Magna em vigor, a reapreciação do projeto se faz pelo viés da apreciação do veto, ao contrário do Direito anterior em que se reapreciava o projeto⁶³. Isto quer dizer que atualmente se vota a favor ou contra o veto, enquanto sob a Constituição de 1967 e a Emenda n. 1/69 se votava a favor ou contra o projeto.

Estará, então, mantido o veto, portanto, rejeitado o projeto, se contra ele se manifestar maioria absoluta dos Deputados e Senado-

63. Cf. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 204-5.

res — separadamente — em escrutínio secreto (Constituição, art. 66, § 4º). Assim, o projeto estará definitivamente aprovado se a maioria absoluta dos Deputados e Senadores rejeitar o veto. Não se reunindo contra o veto essa maioria absoluta em ambas as casas, estará ele mantido e conseqüentemente será arquivado o projeto.

Poderá, contudo, haver ratificação parcial do projeto? Ou, como se prefere dizer, rejeição parcial do veto?

Em relação ao veto parcial, ou a vetos parciais, não parece haver problema. A apreciação das disposições vetadas há de ser fragmentária, e nada obsta que o Congresso acolha as objeções contra frações do projeto e recuse outras.

O problema, na verdade, se coloca em relação ao veto total. Vetado todo o projeto, pode o Congresso reaprovar parte do projeto, apenas?

Essa questão já fora sugerida na República Velha em razão do veto que Epitácio Pessoa opôs ao orçamento. De fato, como expõe no seu livro *Pela verdade*⁶⁴, o ilustre jurista e político, certo de que não poderia sancionar o orçamento com as “caudas” que trazia, vetou-o, esperando que o Congresso rejeitasse parcialmente o veto. Com isso, conformava-se ele com a lição dos constitucionalistas pátrios, como Barbalho⁶⁵ e Aristides Milton⁶⁶ — que, em face da Constituição de 1891, não admitiam o veto parcial —, ao mesmo tempo que invertia o problema, colocando a questão da rejeição parcial do veto total.

Dos constitucionalistas contemporâneos, apenas Themístocles Brandão Cavalcanti aborda essa questão. E o faz para responder afirmativamente. “Parece-nos que sim, de momento que o veto total se possa apresentar como um conjunto de vetos parciais, tal a disparidade e diversidade das disposições que constituam o projeto”, diz ele textualmente⁶⁷.

Na verdade, o sim é a melhor resposta. Havendo a possibilidade de veto parcial, o veto total equivale à recusa de cada disposição do

64. *Pela verdade*, cit., p. 421 e s.

65. *Constituição*, cit., p. 198.

66. Aristides A. Milton, *A Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, 1898, p. 199.

67. *A Constituição Federal comentada*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1956, v. 2, p. 159.

projeto. Ora, nada obsta logicamente que o Congresso reaprecie cada disposição do projeto de per si, ratificando umas, rejeitando outras.

A ratificação do projeto tem por conseqüência dispensar a anuência presidencial. Como a sanção, torna-o lei perfeita e acabada. Daí se infere claramente que a concordância do Presidente é, em nosso Direito, dispensável, embora sua manifestação não o seja, para a transformação de um projeto em lei.

140. A análise que acaba de ser feita sobre o processo de elaboração da lei ordinária ilumina particularmente o problema de sua natureza como ato de Direito Público. Levando-se em conta a estrutura deste, é a lei um ato complexo, como já se afirmou mais acima.

Que é um ato complexo, não se discute.

A lei resulta normalmente da concordância da vontade do Legislativo, esta, por sua vez, ato complexo, já que fusão da vontade da Câmara com a do Senado, manifestada cada uma destas por um ato continuado, com a do Presidente da República. Nesse caso, parece ela típico ato complexo igual, porque a vontade do Legislativo e a do Presidente aparecem com peso igual.

Mas a lei pode resultar exclusivamente da vontade do Legislativo, como sucede quando este ratifica o projeto vetado. Tem-se aí ainda ato complexo, porque a lei resulta do encontro da vontade da Câmara com a do Senado. Será esse ato, porém, sempre igual? A resposta é negativa; pois, como se viu anteriormente, a casa revisora está em posição de inferioridade no processo legislativo. É, destarte, ato complexo desigual nesse caso, pois há uma integração e não uma fusão de vontades⁶⁸. A Câmara revisora concorda com o projeto, ainda que lhe ponha emendas. A sua concordância geral basta para tornar aprovado o projeto, mesmo que suas emendas sejam eliminadas.

A natureza do ato legislativo será, porém, variável, ora ato complexo igual, ora ato complexo desigual.

A doutrina italiana é bem firme ao afirmar que a lei é ato complexo igual. Afirma-o, por exemplo, Lucifredi⁶⁹, reafirma-o Biscaretti

68. Segundo Diez (*El acto*, cit., p. 124), a integração de vontades caracteriza o ato complexo desigual, enquanto a sua fusão, o ato complexo igual.

69. Roberto Lucifredi, *Atti complessi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., v. 1, t. 2, p. 1052.

di Ruffia⁷⁰. E têm razão porque no Direito italiano a lei resulta de um concurso paritário de vontades. Ou seja, da vontade da Câmara mais a vontade do Senado, em pé de igualdade. De fato, a transformação do projeto em lei não depende de sanção presidencial. Nem goza, o Presidente, de verdadeiro poder de veto, mas simplesmente de um poder de reenvio, como o chama Mortati⁷¹. Na verdade, em decorrência do art. 74 da Constituição italiana pode ele pedir nova deliberação sobre a lei antes de promulgá-la. Sobre a lei, e não sobre o projeto, visto que já é lei o ato aprovado no Parlamento. Por outro lado, essa nova deliberação não difere das demais quanto ao *quorum* preciso para aprovação.

No Direito brasileiro, porém, a estrutura do ato legislativo não é a de ato complexo igual, nunca. É sempre de ato complexo desigual.

O que caracteriza o ato complexo desigual é que as vontades que para ele concorrem não são iguais, não se fundem, mas apenas se integram⁷².

Ora, no processo de formação da lei ordinária, no Brasil, a vontade principal é a do Congresso, na qual se integra, pela sanção, a vontade secundária do Presidente. Tanto é esta secundária que pode ser dispensada, pela aprovação do projeto por maioria qualificada.

E, no seio do próprio Congresso, o decreto legislativo, que conclui a fase deliberativa da lei, é também um típico ato desigual, como se mostrou acima, integrando-se a vontade da Câmara revisora na da outra.

O ato legislativo, portanto, é, no Direito pátrio, sempre ato complexo desigual, fruto da integração em uma vontade principal de vontade ou vontades secundárias. Indo mais longe, em virtude de, por disposição constitucional (art. 64), os projetos de iniciativa do Presidente terem sua discussão necessariamente iniciada na Câmara dos Deputados e serem os mais importantes, normalmente, tende a ser a lei um ato em que à vontade principal da Câmara se soma a secundária do Senado e, quase sempre, a também secundária do Presidente.

141. Outra espécie de ato normativo admitido pela Constituição em vigor é a chamada lei delegada. Esta, na sistemática consti-

70. *Diritto costituzionale*, cit., p. 341.

71. *Istituzioni*, cit., t. 2, p. 648.

72. Cf. Diez, *El acto*, cit., p. 124.

tucional, é um ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este.

A Constituição vigente não se refere à delegação *interna corporis*, ao dispor sobre a lei delegada (art. 68). Mas trata-se de um de seus defeitos de técnica. Com efeito, o art. 58, § 2º, II, a admite. Neste dispositivo está previsto que o regimento de qualquer das casas do Congresso pode dispensar os projetos sobre determinadas matérias de serem apreciados pelo plenário. Assim, a deliberação da comissão valerá pela casa, salvo se um décimo dos membros da Câmara reclamarem a apreciação em plenário.

Assim, o Legislativo brasileiro está habilitado a delegar o poder de editar regras jurídicas novas, seja a comissão parlamentar — delegação *interna corporis*, seja ao Poder Executivo, isto é, a seu chefe, o Presidente da República — delegação propriamente dita.

Em relação a esta última, cumpre salientar a audácia de sua adoção no regime presidencialista. Na verdade, a delegação do poder de editar regras jurídicas novas, do Parlamento para o governo, já não surpreende nem escandaliza, no regime parlamentarista; entretanto, no presidencialismo, sua admissibilidade é discutível.

De fato, caracterizando-se o parlamentarismo fundamentalmente pela responsabilidade política do Gabinete, sendo este ao mesmo tempo a cúpula da maioria parlamentar e sua expressão, motivo por que a desagregação dessa maioria há de produzir a queda do Gabinete, a delegação do Poder Legislativo pode ser com facilidade justificada. Elaborada no Parlamento, aprovada pelo Parlamento, a lei exprime a vontade da maioria parlamentar, pois esta é que decide sobre ela. Elaborada pelo Gabinete, aprovada por este, a lei exprime também a vontade da maioria parlamentar, embora indiretamente, já que o Gabinete é fruto desta e está em sua dependência.

No presidencialismo, a situação é diversa. O Presidente não está na dependência do Congresso nem exprime, necessariamente, a sua maioria. Assim, a delegação em seu favor opera uma concentração de poderes em suas mãos (ficando de fora só o Judiciário), que o fortalece sobremodo, sem que isso seja de alguma forma compensado pelo desenvolvimento de qualquer controle novo.

Todavia, é tendência observada nos próprios Estados Unidos, como se viu acima, o desenvolvimento de uma verdadeira legislação pelo Executivo, que as necessidades do *Welfare state* parecem exigir.

Sob a Constituição de 1946, aliás, vozes respeitáveis já se haviam feito ouvir em favor da adoção da delegação legislativa, sem rejeição do presidencialismo, ou mesmo com a manutenção do presidencialismo. Reale, por exemplo, afirmou que “um dos grandes equívocos da Constituição brasileira de 1946 foi proibir a delegação legislativa, cuja necessidade se reconhece até mesmo nos países presidencialistas, como os Estados Unidos da América, por representar um imperativo da vida contemporânea”⁷³.

Certamente o primeiro fator a impelir o constituinte a aceitar, no presidencialismo ou no parlamentarismo, a delegação do poder legislativo é o aceleração da criação de regras jurídicas novas. Todavia, observa ainda o Prof. Reale, “a delegação legislativa não resulta apenas de motivos ligados à celeridade legislativa. Impõe-se o mais das vezes, *ratione materiae*, para a particularização e especificação de dispositivos legais que devem ser enunciados de maneira genérica, ou para impedir, em determinados casos, que o período de debates no Parlamento propicie, aos mais astutos, manobras tendentes a anular de antemão os efeitos da lei projetada”⁷⁴.

Destarte, há ponderáveis razões em favor da adoção da delegabilidade do poder legislativo, mesmo no regime presidencialista, como o fez a atual Constituição.

A lei delegada, todavia, não “pegou” no Brasil. Isto se explica pela facilidade que ensejava o decreto-lei no Direito anterior e a medida provisória no vigente. É lamentável que tal se dê, visto como a delegação não importa numa abdicação do Congresso, que mantém um controle prévio sobre o texto.

142. Problema sério levantado pela lei delegada é o de sua natureza. É ela ato normativo primário ou ato secundário?

Numa certa medida ela parece ato secundário. De fato, conforme se verá adiante, no estudo do processo de sua edição, a lei delegada pressupõe, como condição de validade, um ato primário individual do Congresso, que é o ato que opera a delegação e lhe marca os

73. *Parlamentarismo brasileiro*, 1. ed., São Paulo, 1962, p. 26.

74. Conferência pronunciada em Brasília, em 1º de setembro de 1965, in *Reforma do Poder Legislativo no Brasil*, Brasília, 1966, p. 107-8.

limites. Destarte, de certo modo, a lei delegada desdobra um ato primário individual, de maneira a sugerir seu enquadramento entre os atos secundários, como os regulamentos.

Essa análise, porém, não parece a melhor. Se, em sua formalização, a lei delegada poderia ser situada entre os atos secundários, quanto a seu conteúdo e eficácia, é ela um típico ato primário. De fato, as normas que estabelece estão no primeiro nível de eficácia, logo abaixo das constitucionais. Desse modo, a lei delegada é um ato primário, derivado de pronto da Constituição, embora condicionado.

143. Não tolera a Constituição vigente indiscriminadamente a delegação do poder de legislar ao Presidente. Conforme o art. 68, § 1º, a delegação não é lícita em relação a certas matérias que arrola, quais sejam os atos da competência exclusiva do Congresso, da Câmara e do Senado, a matéria reservada à lei complementar, bem como a edição de normas relativas à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; à nacionalidade, cidadania, aos direitos individuais, políticos e eleitorais; aos planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A indelegabilidade das competências privativas é obviamente justificada pelo seu caráter. Trata-se de disposições que, sobretudo, marcam os poderes de controle e fiscalização geral do Congresso, relativamente ao Poder Executivo, e, assim, não poderiam ser entregues de modo algum ao próprio fiscalizado.

Quanto à indelegabilidade da elaboração de normas sobre a matéria acima indicada, mencionada nos incisos do art. 52, § 1º, justifica-se pela importância dessas matérias já para o indivíduo, por lhe definirem direitos dos mais altos, já para o próprio regime, por lhe assegurar o funcionamento limpo e honesto.

Pela história e pela lógica, existiria uma outra matéria indelegável. Trata-se da instituição ou aumento de tributos que o art. 150, I, da Lei Magna reserva à lei.

O termo *lei* deveria aí ser entendido *stricto sensu*. Consubstancia esse dispositivo uma reivindicação e uma conquista que é mesmo anterior às democracias, pois, como justamente salienta Pontes de Miranda, “antes dela os povos a quiseram contra o Príncipe”⁷⁵.

75. *Comentários à Constituição de 1946*, cit., p. 380.

Ora, tendo essa reserva de lei o caráter de limitação ao Executivo, como sempre teve, é manifesto contra-senso admitir sua delegação exatamente ao Executivo.

Mas é tempo perdido sustentá-lo em face de uma prática inveterada, aceita pelo Supremo Tribunal Federal.

144. A delegação do poder de legislar ao Presidente da República opera-se por meio de resolução do Congresso Nacional. Todavia, não é de se exigir que essa resolução seja votada em sessão conjunta, em reunião das duas casas do Congresso. Nem o art. 57 da Constituição, nem qualquer outro dispositivo constitucional o exige. O que é preciso é que Senado e Câmara aprovem resolução, exatamente coincidente, sobre a delegação, não se aplicando a esse caso o preceito sobre a revisão que coloca a segunda Câmara em posição de inferioridade. Nada impede, porém, que essa resolução seja adotada em sessão conjunta, ou que o Regimento do Congresso assim disponha.

Já a delegação a comissão de uma das casas do Congresso há de ser fruto de decisão genérica, expressa no regimento interno dessa Câmara, sendo matéria de sua disciplina interna.

145. A delegação ao Presidente da República é regulada pelo art. 68 da Constituição. Dispõe esse artigo que a delegação será sempre limitada, no sentido de que o ato de delegação obrigatoriamente há de especificar o conteúdo da delegação e os termos para seu exercício (§ 2º). Ou seja, será indicada a matéria sobre a qual deverá versar a lei delegada e o prazo durante o qual será lícito ao Presidente editar normas sobre essa matéria.

A exigência de que conste do ato de delegação a matéria a ser regulada é, assim, da substância dele. Será inválido, será inconstitucional, se não a mencionar. É necessário sublinhar que essa menção deverá ser precisa, sob pena de estar descumprido o preceito constitucional. Todavia, na prática — pode-se facilmente prever — será difícil marcar a fronteira entre o preciso e o impreciso. É razoável tomar nessa questão por empréstimo a lição norte-americana anteriormente exposta⁷⁶. Como se viu, nos Estados Unidos, a delegação é considerada válida, pela doutrina e pela jurisprudência atuais, quando o ato de delegação fixar padrões, *standards*, nítidos, que guiem a

76. V. *supra* n. 96. Cf. Reale, conferência, in *Reforma*, cit., p. 108.

ação do recipiente da delegação. Em vista disso, será inválida a delegação se os padrões forem vagos e imprecisos, já que isso importaria não numa verdadeira delegação mas realmente numa abdicação.

Em consequência disso, será inválida, por excesso de poder, a lei delegada que for além da matéria objeto da habilitação.

A delegação, por outro lado, para que seja constitucional, deverá ser temporária. Assim, de modo algum será válida a delegação por toda a duração de uma legislatura, já que isso importaria numa abdicação, não numa delegação.

O caráter temporário da delegação suscita três indagações. A primeira concerne à possibilidade de, durante o prazo fixado para seu exercício, editar o Presidente mais de uma lei sobre a mesma matéria. A segunda, sobre a possibilidade de o Legislativo, durante o prazo da delegação, editar lei ordinária, dispondo sobre essa matéria. A terceira, que está muito de perto ligada à segunda, é a de se saber se o Legislativo pode desfazer a delegação, retirando-a antes de terminado o prazo concedido para o seu exercício.

A resposta às três indagações deve ser afirmativa. Se a delegação é por prazo certo, obviamente persiste durante todo ele; desse modo não há por que não possa o Presidente editar mais de uma lei, enquanto esse prazo estiver em curso.

Por outra, a delegação não priva o Legislativo de qualquer parcela de seu poder, nem lhe retira o exercício deste. É simplesmente uma habilitação. Destarte, o poder delegante não renuncia à faculdade de editar, ele próprio, leis sobre a matéria delegada. E, igualmente, nada impede que revogue essa delegação, se isso lhe parecer conveniente.

146. O referido art. 68 da Constituição prevê duas modalidades de lei delegada presidencial.

A primeira, esta sim, é a típica lei delegada presidencial. Traduz-se pelo estabelecimento de regras jurídicas, mediante sua promulgação pelo Presidente. O ato promulgatório é assim o ato que ao mesmo tempo cria a norma e atesta a sua perfeição⁷⁷. É, nesse caso, a edição da lei delegada um ato simples condicionado por outro ato, que é a delegação. Será, todavia, essa espécie de lei delegada um ato complexo?

77. V. adiante n. 158.

Para a principal corrente da doutrina, um dos traços característicos do ato complexo é a identidade de conteúdo nas manifestações que se fundem, ou se integram, no ato complexo. É o que ensina Mortati⁷⁸, como é a lição de Diez⁷⁹. Aceitando-se esse magistério, a qualidade de ato complexo tem de ser recusada à lei delegada. De fato, não há identidade de conteúdo entre o que opera a delegação, estabelecendo, embora, a matéria e os *standards* (o que nossa Constituição imprecisamente denomina conteúdo...), e o ato presidencial que edita normas jurídicas, ainda que desdobradas desse *standard*.

Autores há, contudo, como Lucifredi, que não consideram a identidade de conteúdo elemento essencial do ato complexo⁸⁰. Para este, que cita Virga⁸¹, os elementos essenciais são fim unitário, analogia de interesses, homogeneidade da atividade e exercício do mesmo poder⁸². Assim, não lhe parece essencial a identidade de conteúdo da manifestação das vontades; basta tenderem essas vontades a um fim unitário. Nestes termos, a lei delegada presidencial é um ato complexo, pois a vontade do Congresso e a do Presidente, embora não tenham conteúdo idêntico, visam a um mesmo fim. E todos os demais elementos característicos são facilmente identificados nessa espécie de ato normativo.

Na verdade, a opinião destes últimos merece acatamento. A integração, ou a fusão de vontades, se dá em razão de um fim comum. O conteúdo é simplesmente consequência dessa comunidade de fim. Este é que prevalece, mesmo sobre disparidades de conteúdo. Se assim não fosse, a desigualdade de peso das vontades — inerente ao ato complexo desigual, cuja existência Diez reconhece⁸³ — não permitiria a criação de ato complexo. O decreto legislativo, que põe fim ao processo de elaboração de leis no seio do Congresso, é sempre um ato complexo, ainda que a deliberação de uma das Câmaras rejeite, e desse modo elimine do texto final, as emendas aprovadas pela casa revisora.

78. *Istituzioni*, 7. ed., p. 233.

79. *El acto*, cit., p. 123.

80. *Atti complessi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., v. 1, t. 2, p. 1500-1.

81. *Il provvedimento amministrativo*, Palermo, 1956, p. 109.

82. *Atti complessi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., v. 1, t. 2, p. 1501.

83. *El acto*, cit., p. 124.

147. A segunda modalidade de lei delegada presidencial foge completamente dos padrões usuais de delegação de Poder Legislativo ao Executivo. Na verdade, é, antes, uma inversão do processo de elaboração de leis ordinárias.

De fato, no processo ordinário, o Congresso estabelece as regras e o Presidente as sanciona. No processo previsto para essa segunda modalidade de lei delegada presidencial, o Congresso delega, especificando conteúdo e termo, ao Presidente o estabelecimento de regras jurídicas novas, contudo se reserva o direito de apreciar o projeto presidencial, como conclusão da elaboração do novo texto. Destarte, o Congresso é que “sanciona” o projeto elaborado pelo Chefe do Executivo.

É isso o que decorre do art. 68, § 3º, onde está disposto que a resolução que outorga a delegação poderá determinar a apreciação do projeto pelo Congresso, caso em que esta apreciação se fará “em votação única, vedada qualquer emenda”.

Este procedimento, em realidade, é uma previsão inútil, ou quase, da Constituição. Para estabelecer o texto de um projeto, o Presidente não precisa de delegação; tem iniciativa ampla. Por força do art. 64, § 1º, anteriormente estudado, pode ele submeter seus projetos à apreciação do Congresso até em regime de urgência. Assim, nessa segunda forma de legislação delegada presidencial, a principal inovação é a proibição de emenda, “vantagem” largamente compensada pela ausência de prazo para a manifestação do Congresso e, sobretudo, pela necessidade de habilitação prévia...

Indubitavelmente, a segunda modalidade de lei delegada presidencial é um ato complexo. A seu respeito não há lugar para a dúvida que a primeira suscita. Com efeito, ela surge da vontade do Presidente conjugada com a do Congresso, tendo ambas conteúdo igual e apresentando todos os outros caracteres, já mencionados, dos que a doutrina empresta aos atos complexos.

148. É sabido que a Constituição anterior previa decretos-leis. É o que estava, para citar o texto estabelecido na Emenda n. 1/69, no art. 55.

Este autorizava o Presidente da República a editar atos normativos com força de lei, denominados decretos-leis, em casos de urgência ou de interesse público relevante, desde que daí não decorresse aumento de despesa, sobre “segurança nacional”, “finanças públicas, inclusive normas tributárias” e “criação de cargos e fixação de vencimentos”.

Tais decretos-leis, cuja vigência seria imediata a partir da publicação, eram submetidos ao Congresso Nacional, que, no prazo de sessenta dias a contar de seu recebimento, deveria apreciá-los, aprovando-os ou rejeitando-os em bloco, sem emendas. Caso não houvesse deliberação nesse prazo, estariam tacitamente aprovados, segundo a redação primitiva do art. 55, § 1º. Depois da Emenda n. 22/82, transcorrido o prazo sem deliberação, seriam inscritos na ordem do dia, em regime de urgência, por dez sessões subseqüentes, em dias sucessivos, findos os quais, se não tivesse havido a deliberação, estariam aprovados. De qualquer modo, mesmo que rejeitado o decreto-lei, seus efeitos eram válidos.

Na prática, enquanto em vigor a Constituição de 1967, o decreto-lei se tornou a forma “normal” de legislação. O Presidente da República obviamente preferia essa fórmula do que aquela mais onerosa politicamente de apresentar projeto de lei à apreciação do Congresso Nacional. Isto, na verdade, foi possível apenas porque se deu uma interpretação amplíssima ao conceito de segurança nacional, de modo a fazê-lo abranger tudo, ou quase tudo. Afinal o que não toca, embora mui indiretamente, a segurança da nação?

Evidentemente, essa situação importava em concentrar nas mãos do Presidente da República o Executivo e, *de facto*, o Legislativo, no que este é poder de legislar.

Ora, no meio político e jurídico, essa concentração de Poderes era justamente criticada. Nos meios da oposição era ela denunciada como um dos abusos inomináveis do “regime militar”.

Esperava-se, por isso, que a nova Constituição abolisse o decreto-lei, o que foi feito, mas em seu lugar instituiu-se a medida provisória.

149. Foi a Constituinte, ao dispor-se a substituir o decreto-lei, apontado como instrumento do autoritarismo, buscar inspiração no mesmo art. 77, 2ª e 3ª partes, da Constituição italiana de 1947, que já inspirara o decreto-lei de 1967/1969. Patenteia-se isto já na designação, pois *medidas provisórias* são a tradução literal da expressão italiana “*provvedimenti provvisori*”.

150. No texto da Lei Magna promulgada em 1988, o art. 62 dispunha:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, de-

vendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei, no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

Ao pé da letra, tratava-se de uma legislação provisória, em casos em que a urgência e a relevância se somassem, que, não sendo convertida em lei no curto prazo de trinta dias, perderia eficácia retroativamente. E isto, em princípio, importaria no desfazimento dos atos com base nela praticados, a menos que o Congresso Nacional expressamente dispusesse em contrário.

Entretanto, a prática deformou o instituto. Realmente, por um lado, o Supremo Tribunal Federal veio a admitir a reprodução, ou reedição, da medida provisória que, não tendo sido convertida em lei no prazo de trinta dias, não fora expressamente rejeitada pelo Legislativo. (A jurisprudência vedava a reedição de medida provisória rejeitada de modo expresse⁸⁴.) Assim, apenas a que tivesse sido expressamente rejeitada perdia a eficácia, pois, do contrário, era “convalidada” pela medida provisória que a reiterava.

Por outro lado, em princípio o Supremo Tribunal Federal recusava-se a examinar a ocorrência das condições de relevância e urgência, em que via questões políticas, de apreciação discricionária e subjetiva⁸⁵. (É certo que algumas vezes ele o fez, quando flagrante a falta de urgência⁸⁶.)

Isto levou à multiplicação das medidas provisórias que eram convalidadas por subseqüentes, passando-se anos até que apreciadas pelo Congresso Nacional. Mesmo porque o Executivo muito

84. É o que resultava das decisões nas ADIn 293-7/600-DF, medida liminar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e 295-3/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, entre outras.

85. Por exemplo, nas ADIns 162-1/DF, medida liminar, Rel. Min. Moreira Alves, e muitas outras.

86. Por exemplo, na ADIn 1.753-1/DF, medida liminar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (caso do aumento do prazo de decadência para ação rescisória, em favor da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelo art. 4º da Medida Provisória n. 1.632-1/98). Também na ADIn 1.849-0, medida liminar, Rel. Min. Marco Aurélio.

apreciou a facilidade em “legislar” que assim adquirira. Para nem falar da possibilidade de, na reedição, alterar a seu bel-prazer o texto primitivo.

Conseqüência disto foi haver-se tornado um importante fator de gravíssima insegurança jurídica⁸⁷.

Contra isto, começou o Congresso Nacional a reagir, havendo, pela Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995, repetida pela Emenda n. 7, da mesma data, incluído no texto constitucional um novo artigo, o 246, no qual é disposto:

“É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995”.

Era isto insuficiente. Por isso, foi proposta outra alteração da Constituição, visando a coibir os abusos. Depois de um longo período de gestação, isto resultou na promulgação da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Seu texto é o fruto de um compromisso entre o Executivo — obviamente partidário do *statu quo* — e parlamentares, apoiados pela opinião pública, pleiteando restrições quanto ao poder do Presidente da República de legislar por medida provisória.

151. Tal Emenda deu nova redação, entre outros, ao art. 62 da Carta, que hoje vigora nos termos seguintes:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I — relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

87. V. meu trabalho As medidas provisórias como fonte de insegurança jurídica, em *Direito Mackenzie*, Revista da Universidade Presbiteriana Mackenzie, ano 2, n. 1, p. 9.

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II — que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III — reservada a lei complementar;

IV — já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto”.

Evidentemente é muito cedo para aquilatar os méritos e deméritos da modificação.

152. Note-se que a medida provisória é um típico ato normativo primário e geral. Edita-o o Presidente no exercício de uma competência constitucional, de uma competência que, insista-se, lhe vem diretamente da Constituição. Manifesta assim a existência de um poder normativo primário, próprio do Presidente e independente de qualquer delegação.

153-A. Do novo texto defluem características que, para maior clareza, são postas em confronto com as do decreto-lei e da medida provisória “primitiva”.

1ª) Quanto às condições.

A medida provisória, como já se apontou no capítulo anterior, pressupunha “relevância e urgência”, e não, como o decreto-lei, “urgência” ou “interesse público relevante”. Literalmente, pois, reclama uma cumulação de condições — a de urgência e a de relevância. Em síntese, pode-se sustentar que a medida provisória foi prevista para o caso de uma urgência qualificada pela relevância. Ou seja, como instrumento de *legiferação de urgência*.

Quanto a isto, a Emenda Constitucional n. 32/2001 nada mudou: a medida provisória pressupõe *relevância e urgência*. Entretanto, sendo improvável que o Supremo Tribunal Federal altere sua jurisprudência, é de supor que o Executivo continue a editar medidas

provisórias em matérias que não sejam flagrantemente não urgentes, com a tolerância do guardião da Constituição. Nada indica que neste ponto a prática abusiva seja obstada pela nova redação.

2ª) Quanto à matéria.

A do decreto-lei era restrita: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. A da medida provisória não tinha restrição explícita. Apenas, podia-se deduzir de decisões do Supremo Tribunal Federal tivesse limites materiais implícitos, como a definição de delitos e a estipulação de penas. Claramente definida, porém, só veio a existir limitação material com a Emenda Constitucional n. 6/95, que introduziu a proibição de regulamentar por intermédio de medida provisória Emendas adotadas depois dela.

Agora, a Emenda Constitucional n. 32/2001 proíbe sua incidência nas matérias enunciadas no § 1º do art. 62. Ou seja — repita-se —, sobre: “nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal, processual penal e processual civil; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º”; editando ato “que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro”; ou matéria “reservada a lei complementar”; ou “já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República”.

De modo geral, a matéria vedada à medida provisória coincide com a que é proibida à lei delegada. A coincidência, porém, não é absoluta. Há proibições que apenas colhem as medidas provisórias, como o seqüestro de bens, enquanto há as que apenas concernem à lei delegada. E isto, às vezes, de forma paradoxal: a lei delegada não pode dispor sobre direitos (fundamentais) individuais, mas a medida provisória pode (art. 68, § 1º, II).

3ª) Quanto ao prazo.

O decreto-lei deveria ser apreciado no prazo de sessenta dias, caso contrário estaria aprovado, ainda que tacitamente. Já a medida provisória tinha o prazo de trinta dias para ser convertida em lei.

A nova redação dá para a conversão o prazo de sessenta dias. Autoriza, porém, a prorrogação automática desse prazo, por mais

sessenta dias, nos termos do § 6º. Mas a prorrogação somente é admitida uma única vez (§ 7º).

4ª) Quanto à *eficácia*.

Tanto a medida provisória tinha, como o decreto-lei possuía, eficácia imediata, desde a sua publicação. Nada mudou com a Emenda Constitucional n. 32/2001.

5ª) Quanto ao valor dos *efeitos produzidos*.

Neste ponto aparecia uma diferença capital entre o decreto-lei e a medida provisória “primitiva”. De fato, os efeitos do decreto-lei, mesmo rejeitado, sempre seriam válidos; os da medida provisória seriam válidos se fosse ela convertida em lei; seriam nulos *ex tunc* se ela não o fosse, podendo, todavia, o Congresso Nacional dispor diferentemente sobre isso (evidentemente de modo explícito) por meio de decreto legislativo.

Isto mudou com a Emenda n. 32. Embora o § 3º do art. 62, novo, continue a prever que as medidas provisórias não convertidas em lei perderão *ex tunc* a sua eficácia, ele ressalva as situações regidas pelos §§ 11 e 12.

Ora, este § 11 mantém regidas pela medida provisória não convertida as situações dela decorrentes. Entretanto, nos primeiros sessenta dias posteriores à perda de eficácia da medida, decreto legislativo poderá dispor sobre essas relações jurídicas, consoante prevê o § 3º, *in fine*.

Há nisto uma profunda modificação relativamente ao que resultava do texto primitivo. Neste, os efeitos da medida provisória não convertida se desconstituíam, salvo se decreto legislativo dispusesse em contrário. Ao invés, hoje eles perduram válidos, salvo se o decreto legislativo dispuser em contrário. E isto no prazo de sessenta dias mencionado.

Ocorre, portanto, uma presunção a favor da permanência do regime aplicado às relações jurídicas pela medida provisória.

6ª) A *provisoriedade*.

O decreto-lei não era editado para dar tempo ao Congresso de adotar normas eventualmente necessárias, era uma legislação do Executivo, posta sob o controle do Legislativo. A medida provisória foi imaginada como uma legislação provisória — perdoe-se a

obviedade —, pois reclama uma “conversão em lei”, ou seja, uma verdadeira legislação pelo Congresso Nacional. Isto não mudou com a nova redação.

É certo que, sob a redação primitiva, a prática havia feito com que esse provisório se tornasse como que definitivo, dada a reedição de medidas provisórias não convertidas em lei.

7ª) A *reedição*.

O texto constitucional primitivo não abordava a renovação de medida provisória. Parece dele inferir-se, ao contrário, que ela não poderia ser renovada. Decorrido o prazo de trinta dias, ela caducaria, sendo desfeitos *ex tunc* os seus efeitos, salvo se o Congresso Nacional dispusesse em contrário quanto a estes.

Como já se assinalou, o Supremo Tribunal Federal tolerou essa reedição, o que ensejou o abuso e, em última análise, a insegurança jurídica.

A nova redação proíbe, na mesma sessão legislativa, a reedição de medida provisória que tenha tido a sua conversão em lei rejeitada pelo Congresso Nacional, ou tenha perdido sua eficácia pelo decurso do prazo de sessenta dias sem tal conversão. Claramente, visa a coibir a prática mencionada.

8ª) *Procedimento de conversão*.

O texto primitivo não regulava o procedimento de conversão em lei da medida provisória. Ficou ela a cargo do regimento do Congresso Nacional. A nova redação estabelece normas a esse propósito.

Em primeiro lugar, dispõe que a medida provisória seja objeto de exame e parecer por Comissão mista de Deputados e Senadores (§ 9º).

Em seguida, deverá ser ela apreciada em separado pela Câmara dos Deputados e depois, se aprovada, pelo Senado Federal (§ 9º). Note-se que o § 5º reclama, em cada Casa, um “juízo prévio” sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais — ou seja, sobre urgência e relevância e sobre o seu cabimento (matéria não vedada).

Dispõe ademais o texto novo que, se, decorridos sessenta dias da promulgação da medida, não houver sido ela apreciada pelas Casas do Congresso, entrará o projeto de conversão em regime de urgência, sobrestando-se até que haja a deliberação todas as votações sobre matéria legislativa na Câmara onde estiver tramitando.

O texto, porém, não é explícito sobre se, aprovando o Senado a medida provisória — mas com emendas relativamente ao que o foi pela Câmara —, o projeto de lei de conversão volta a esta, como se dá no procedimento legislativo comum (art. 65, parágrafo único). A lógica manda que sim.

9ª) *Sanção presidencial.*

Deixa claro o novo texto que o Presidente da República deverá sancionar — e evidentemente poderá vetar, total ou parcialmente — o projeto de lei de conversão, se este alterar o que consta da medida provisória (§ 12). *A contrario sensu*, essa sanção é dispensada se a conversão nada modificar do texto da medida provisória.

Por sua vez, explicita o § 12 que, enquanto não decorrer o prazo de sanção ou veto, ou — depreende-se — até a eventual rejeição do veto, vigorará o texto da medida provisória⁸⁸.

153-B. Questão delicada a respeito dos efeitos da medida provisória não convertida em lei concerne ao seu efeito revogatório.

A medida provisória, segundo os expressos termos do art. 62, *caput*, da Constituição, tem força de lei. Essa força acompanha-a desde a origem, isto é, desde sua edição pelo Presidente, sendo, é claro, válida. Daí decorre que obviamente gera direitos e obrigações desde esse momento, pois é lei, no sentido amplo que tem essa palavra no art. 5º, II, da Constituição.

Desse modo, é certo que há de afastar a aplicação, desde o momento de sua edição, de preceitos de leis anteriores. Revoga-os, porém?

Uma das conseqüências da força de lei é revogar, ou derogar, as leis anteriores. Daí decorre que a edição de medida provisória válida importa na revogação das leis, ou das normas de leis, que com o seu texto colidirem. Todavia, a medida provisória é um ato sob a “condição resolutiva” de sua conversão em lei, motivo por que a falta desta implica a extinção de seus efeitos, donde a restauração do Direito anterior.

88. Observe-se que o art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001 praticamente converte em lei as medidas provisórias em vigor na data de sua publicação. É certo que prevê decidir definitivamente o Congresso Nacional sobre elas, entretanto não define prazo para isto. Admite, por outro lado, sejam elas revogadas por medida provisória — entenda-se nova, que estará sujeita ao novo regime.

Destarte, parece imperativa a conclusão de que a medida provisória revoga, desde o momento de sua edição, as normas com ela colidentes.

Trata-se, porém, de uma revogação condicional que depende para solidificar-se da conversão em lei do texto revocatório. Neste caso, como o efeito da medida provisória é *ex tunc* — desde sua edição —, se deve entender que desde esse momento não mais vigorava a norma colidente. Entretanto, se a conversão não ocorrer, restaura-se o Direito anterior.

A não-conversão da medida provisória tem, portanto, efeito repristinatório sobre o Direito com ela colidente.

154. Outra modalidade de ato normativo prevista pela Constituição é a lei complementar, sobre a qual o texto constitucional é lacônico, forçando o intérprete a apoiar-se exclusivamente na opinião da doutrina, quando o estuda.

A Lei Magna vigente, porém, não é o primeiro texto constitucional a prever, no Brasil, essa espécie de ato normativo. Nem deixa de ter símile estrangeiro.

Entre nós, a Emenda Constitucional n. 4 à Constituição de 1946, o chamado ato adicional, que estabeleceu o parlamentarismo, permitiu, em seu art. 22, que se complementasse o sistema parlamentar de governo mediante leis, caracterizadas pela exigência da maioria absoluta, para sua aprovação, nas duas casas do Congresso.

Numa análise percuciente, o Prof. Reale demonstrou serem essas leis um “*tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente”⁸⁹, opinião essa partilhada por outros juristas, como Pontes de Miranda⁹⁰.

Revogada a Emenda n. 4, com ela desapareceu esse *tertium genus* de nosso *direito* positivo. Todavia, ao se cuidar da reforma do Poder

89. *Parlamentarismo*, cit., p. 110-1.

90. *Comentários à Constituição de 1946*, cit., v. 8, p. 184.

Legislativo, lembrou-se o mestre paulista de recomendar seu restabelecimento, para dar maior estabilidade a regras que, sem deverem gozar da "rigidez dos textos constitucionais", nem por isso podem ser deixadas expostas "a decisões ocasionais ou fortuitas que às vezes surpreendem o próprio Parlamento e a opinião pública"⁹¹.

155. Precedente estrangeiro importante da lei complementar é fornecido pela *loi organique*, regulada pelo art. 46 da Constituição francesa em vigor. Esta, ensina Vedel, nesse artigo "institui um tipo de regras de direito que ocupam na hierarquia das regras de direito um lugar intermédio entre a Constituição e as leis ordinárias"⁹².

E, salienta o mesmo jurista, é isso uma inovação, embora a expressão *loi organique* fosse empregada no Direito francês, desde 1875, para "designar as leis relativas à organização dos poderes públicos". Todavia, até a Constituição de 1958, as *lois organiques* eram "leis ordinárias que podiam ser votadas e mesmo modificadas nas mesmas condições que qualquer outra lei e que não tinham força jurídica superior à das leis ordinárias". No sistema atual, contudo, a *loi organique* é caracterizada por seu processo de elaboração, que é "mais solene e mais difícil que o da lei ordinária"⁹³.

156. Dispõe o art. 69 da Constituição em vigor que: "As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta".

Este texto é mais lacônico do que o da Emenda n. 1/69 (art. 50): "As leis complementares da Constituição somente serão aprovadas, se obtiverem a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias". Este muito se aproximava do que dispunha sobre as leis complementares a referida Emenda n. 4/61 à Constituição de 1946: "Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta de seus membros".

Mas pode-se aplicar aqui a velha lição de Maximiliano: deve aplicar-se à norma atual "a interpretação aceita para a anterior"⁹⁴. É

91. Conferência, in *Reforma do Poder Legislativo no Brasil*, cit., p. 112.

92. *Cours*, cit., p. 995.

93. Vedel, *Cours*, cit., p. 996.

94. *Comentários*, cit., p. 108.

de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta — a lei delegada e o decreto-lei) e a Constituição (e suas emendas).

Não é só, porém, o argumento de autoridade que apóia essa tese; a própria lógica jurídica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral de Direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma.

Da inserção da lei complementar entre a Constituição e a lei ordinária decorrem conseqüências inexoráveis e óbvias.

Em primeiro lugar, a lei complementar não pode contradizer a Constituição. Não é outra forma de emenda constitucional, embora desta se aproxime pela matéria. Daí decorre que pode incidir em inconstitucionalidade e ser, por isso, inválida⁹⁵.

Em segundo lugar, a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em conseqüência disso não prevalecem contra ela, sendo inválidas as normas que a contradisserem⁹⁶.

157. Problema que surge no estudo da lei complementar é o de se saber se tem, ou não, matéria própria.

Pode-se pretender que não. Que, sendo toda e qualquer lei uma complementação da Constituição, na medida em que dispõe onde e segundo esta consentiu, a complementaridade decorreria simplesmente de um elemento formal objetivo: a sua aprovação pelo rito previsto na Constituição para o *tertium genus*. Assim, em última análise, seria complementar e, portanto, superior à lei ordinária, à lei delegada e ao decreto-lei toda e qualquer lei que houvesse sido propos-

95. Cf. Reale, *Parlamentarismo*, cit., p. 112; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 3, p. 137.

96. Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 3, p. 137.

ta como tal e aprovada por maioria absoluta em ambas as casas do Congresso Nacional.

Essa interpretação, porém, não parece ser a correta.

Rejeita-a o Direito Comparado. Analisando o art. 46 da Constituição francesa de 1958, afirma literalmente Vedel: "A definição das leis orgânicas é extremamente simples: São leis orgânicas as leis às quais a Constituição confere essa qualidade"⁹⁷.

Reprova-a o bom senso. Criando um *tertium genus*, o constituinte o fez tendo um rumo preciso: resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças constantes e apressadas, sem lhes imprimir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, logo que necessário. Se assim agiu, não pretendeu deixar ao arbítrio do legislador o decidir sobre o que deve ou o que não deve contar com essa estabilidade particular.

A Constituição enuncia claramente em muitos de seus dispositivos a edição de lei que irá complementar suas normas relativamente a esta ou àquela matéria. Fê-lo por considerar a particular importância dessas matérias, frisando a necessidade de receberem um tratamento especial. Só nessas matérias, só em decorrência dessas indicações expressas é que cabe a lei complementar.

158. Resta examinar a estrutura, como ato normativo, da lei complementar. Para isso, cumpre analisar o rito constitucionalmente previsto para a sua elaboração.

Conforme o já mencionado art. 50 da Emenda n. 1/69, a lei complementar haveria de ser aprovada, "observados os demais termos da votação das leis ordinárias", mas pela maioria absoluta dos membros das duas casas do Congresso. Mas que seriam esses "demais termos da votação das leis ordinárias"?

Literalmente interpretada essa referência aos termos da *votação* das leis ordinárias, nada significa. Estritamente falando, o único termo de votação da lei ordinária que pode conceber-se é a regra de que as deliberações nas Câmaras só se podem tomar presente a maioria de seus membros, o que é óbvio em se tratando de um ato que somente pode ser aprovado por maioria absoluta.

97. *Cours*, cit., p. 996.

Mais plausível é a interpretação de que o constituinte teria dito, no referido art. 50, menos do que pretendeu. Ou seja, que pretendeu, ao falar em "termos de votação", dizer turnos de discussão e votação. Que "termos de votação das leis ordinárias" significa fases de tramitação dos projetos de lei ordinária. Assim, o art. 50 da Emenda n. 1/69 mandaria observar, salvo quanto à exigência de maioria absoluta, os preceitos contidos no art. 58 da Constituição anterior, sobre turnos de discussão e votação, revisão, emendas etc.

Na verdade, em face do texto do art. 68 da Constituição vigente continuam válidas as observações. Ao mencionar apenas o *quorum* especial da maioria absoluta ao dispor sobre a lei complementar, o constituinte deixou implícito que quanto ao mais se aplicaria o processo legislativo comum.

Caberia, porém, a sanção, e conseqüentemente o veto, relativamente aos projetos de lei complementar? Sendo silente a Constituição sobre isso, Pontes de Miranda o negava. Este sustentava ao tempo do ato adicional⁹⁸, como o sustenta em face da Constituição de 1967, que a lei complementar se aperfeiçoa pela aprovação no Congresso. Disso resulta não caber, relativamente a esse ato normativo, nem a sanção nem o veto⁹⁹.

Mas todos os demais doutrinadores bem como a jurisprudência entenderam o contrário.

Enfim, como a lei ordinária, a lei complementar no Direito pátrio é um ato complexo desigual. Só se aperfeiçoa quando à vontade do Congresso, manifestada, por sua vez, num ato complexo, se soma a do Presidente, ou quando se supera a falta desse consentimento, por meio de nova deliberação parlamentar.

159. Perfeito o ato normativo, qualquer que seja ele, antes que se torne eficaz há de ser promulgado e publicado. Promulgação e publicação constituem no Direito brasileiro uma fase integratória da eficácia do ato normativo.

A promulgação, no Direito pátrio, não foge às linhas clássicas, tais quais foram anteriormente apontadas. "Constitui" — repita-se o

98. Cf. *Comentários à Constituição de 1946*, v. 8, p. 177.

99. Cf. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 3, p. 136.

ensinamento de Pontes de Miranda — “mera atestação da existência da lei e promulgação de sua executoriedade”¹⁰⁰.

Incide ela sobre ato já perfeito e acabado. Isso se depreende com facilidade do art. 66, § 7º, da Constituição, onde já se menciona como lei o ato a ser promulgado¹⁰¹. Com razão assinala José Afonso da Silva que da promulgação decorrem dois efeitos — um é “tornar conhecidos os fatos e atos geradores da lei”; “o segundo é indicar, até que os tribunais se pronunciem em contrário, que a lei é válida, executável e obrigatória — válida e eficaz; quer dizer: a comunicação administrativa por intermédio de uma autoridade, investida de altos poderes pela Constituição, carrega, a respeito do ato-lei — objeto da comunicação, uma presunção *juris tantum* de que a lei é apta a produzir todos os seus efeitos jurídicos próprios”¹⁰².

Cabe a promulgação, em princípio, ao Presidente da República, por ser ato que prepara a execução¹⁰³. É o que dispõe o art. 66, § 7º, da Constituição, que se aplica aos atos normativos em geral, salvo a emenda constitucional, o decreto legislativo e a resolução. A promulgação da primeira cabe às mesas da Câmara dos Deputados e do Senado (art. 60, § 3º). A do segundo, ao Presidente do Senado Federal. A do último, embora silente a Constituição, logicamente ao Presidente do órgão que a edita; o do Congresso, se resolução do Congresso, o do Senado, se do Senado.

Por força do art. 66, § 7º, da Constituição, o Presidente deverá promulgar o ato, dentro do prazo de quarenta e oito horas decorrido da sanção, expressa ou tácita, ou da comunicação da rejeição do veto. Caso não o faça nesse prazo, a promulgação competirá, por força desse mesmo dispositivo constitucional, ao Presidente do Senado Federal, que terá também quarenta e oito horas para fazê-lo, findas as quais deverá fazê-lo o Vice-Presidente do Senado. Segundo ensinava Pontes de Miranda a propósito de preceito semelhante da Constituição de 1946, comete o Vice-Presidente da República, se não promulga o ato normativo, quando isso lhe é devolvido, crime de responsabilidade¹⁰⁴.

100. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., t. 3, p. 177.

101. Cf. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 213.

102. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 223.

103. *V. supra* n. 49.

104. *Comentários à Constituição de 1946*, cit., v. 2, p. 153.

160. À promulgação deve seguir-se, em nosso Direito, a publicação. Esta, aliás, não é regida por norma constitucional alguma e sim pela “Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro”, Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Consiste numa comunicação dirigida a todos os que devem cumprir o ato normativo, informando-os de sua existência e de seu conteúdo¹⁰⁵. Assim, observa com acuidade José Afonso da Silva, é a promulgação e não propriamente o ato normativo que se publica¹⁰⁶.

A publicação é condição da eficácia do ato normativo. Ela “constitui simples condição para se efetivarem, no plano jurídico, as forças que a lei recebeu do legislador”¹⁰⁷. Verificada essa condição fixa-se o termo em que se há de tornar efetiva a eficácia do ato normativo, conforme decorre do art. 1º da Lei de Introdução.

Compete a publicação à autoridade que promulga o ato. Embora não esteja isso expresso em parte alguma, tal deflui de ser a publicação a comunicação da promulgação de um ato normativo.

Em nosso Direito, não há prazo para a publicação dos atos promulgados. Nem sequer o nosso Direito se lembrou de determinar que a publicação venha logo após, *subito dopo*, à promulgação, como faz o art. 73 da Constituição italiana. Existe assim uma brecha pela qual pode protelar-se a entrada em vigor de um ato normativo, o que importa numa verdadeira fraude¹⁰⁸.

Há, porém, quem sustente o contrário. Segundo já afirmava Duguit¹⁰⁹, entende José Afonso da Silva¹¹⁰ que “a lei há de ser publicada dentro do prazo de promulgação”, isto porque a “publicação integra a promulgação”.

Não é aceitável, porém, essa lição. Promulgação e publicação são atos juridicamente distintos. Aquela atesta, autentica a existên-

105. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 224.

106. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 226.

107. José Afonso da Silva, *Princípios*, cit., p. 226.

108. Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *LTr*, p. 357, jul./ago. 1965.

109. *Traité*, cit., v. 2, p. 445.

110. *Princípios*, cit., p. 229.

cia de um ato normativo válido, executável e obrigatório. Esta *comunica* essa existência aos sujeitos a que esse ato normativo se dirige. Esta é a notícia de um fato, que não se confunde com o fato.

Mais ainda, a publicação pressupõe perfeita e acabada a promulgação, a que deve seguir-se. Daí decorre que, embora quem promulgue tenha o dever de publicar, o prazo de promulgação não pode compreender o da publicação, já que do contrário o prazo constitucional de promulgação seria logicamente reduzido pela necessidade de, durante ele, ocorrer a publicação que forçosamente lhe é posterior¹¹¹.

161-A. Questão que não pode ser posta de lado é a relativa ao controle jurisdicional da observância do processo legislativo.

Em primeiro lugar — lembre-se — cabe a propósito dele o controle de constitucionalidade. A violação de preceito constitucional, mesmo de caráter estritamente formal, importa em inconstitucionalidade, e, portanto, seguindo a doutrina clássica, em nulidade do ato violador.

Por outro lado, no Direito pátrio, nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição). Apreciando eventual lesão, pode evidentemente chegar o Judiciário a apreciar a validade do ato normativo, e esta depende da observância dos preceitos constitucionais referentes à sua elaboração.

E pode até o Judiciário descer à apreciação do respeito às normas regimentais, segundo entende, por exemplo, a Corte Constitucional italiana. Esta, conforme relata Biscaretti de Ruffia¹¹², julgou-se competente para apreciar os atos *interna corporis* das Câmaras quando concernentes à formação das leis. Aqui, porém, é forçoso restringir. Se a observância dos preceitos constitucionais é rigorosa, absoluta, a dos regimentais não o é. A violação regimental, por isso, é suscetível de convalidação, expressa ou implícita. Destarte, no caso das normas regimentais, o Judiciário só pode verificar se a violação desta impediu a manifestação da vontade da Câmara. Nesse caso, então, deverá reconhecer a invalidade das regras assim editadas.

111. Sobre a distinção entre promulgação e publicação, v. Carré de Malberg, *Contribution*, cit., t. 1, p. 440 e s.

112. *Diritto costituzionale*, cit., p. 317.

161-B. As regras estabelecidas para o processo legislativo no plano federal não seriam obrigatórias para os Estados federados. Não há na Constituição em vigor norma equivalente ao art. 200 da Emenda n. 1/69, o qual incorporava, no que coubesse, ao Direito Constitucional estadual as disposições constantes da Lei Magna federal. Ora, por julgamento unânime da doutrina e da jurisprudência, um dos pontos em que essa incorporação cabia era exatamente o processo legislativo, *ex vi* do art. 13, III, da Emenda n. 1/69.

Mas, de qualquer forma, o art. 25 da Carta vigente manda os Estados, ao organizarem-se, observarem os princípios do ordenamento federal.

O STF tem decidido no sentido da simetria entre o processo legislativo da União e o dos Estados e Municípios. É o que resulta de jurisprudência iniciada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 216-PB, relatada pelo Min. Celso de Mello (*RTJ*, 146:388).

Certamente, o art. 25 da Lei Magna em vigor manda que os Estados, ao organizarem-se, observem os “princípios” da Carta federal. Entretanto, não os enuncia. No Direito anterior, por força do art. 200 da Emenda Constitucional n. 1/69, era expresso ser o processo legislativo federal incorporado ao direito estadual, e, por via reflexa, ao direito municipal.

Ora, gozando os Estados de autonomia, sendo as exceções de se interpretarem restritivamente, parece descabido o posicionamento da Suprema Corte. Com efeito, não se atina com a razão de ser a cópia do processo legislativo federal um “princípio” obrigatório para os Estados. Quando muito se poderia ver como “princípio” a necessidade de deliberação da Assembléia Legislativa sobre os projetos de lei, evitando-se o modelo da Constituição castilhistas do Rio Grande do Sul, ao tempo da primeira República. Assim, não haveria por que os Estados ficarem presos ao modelo federal.

Por outro lado, dessa tese da simetria decorre poderem os Estados prever — embora não estejam obrigados a fazê-lo — nas respectivas Constituições não só leis complementares, mas também leis delegadas e até medidas provisórias. Quanto a estas últimas, lembre-se que o Direito anterior vedava aos Estados os decretos-leis.

Segundo reporta Alexandre de Moraes, Estados como Tocantins, Santa Catarina e Acre prevêem nas respectivas Consti-

tuições a possibilidade de edição de medidas provisórias¹¹³. Com isso se conforma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹⁴.

161-C. De acordo com o art. 29, *caput*, da Constituição brasileira os Municípios gozam de auto-organização, respeitados os “princípios” da Constituição federal e da Constituição estadual. Disso, pela lógica, decorreria a mesma situação apontada acima para os Estados. Ou seja, cada Município disciplinaria, segundo seus interesses, o processo legislativo.

Entretanto, dada a tese da simetria, consagrada pelo STF, o processo legislativo municipal acaba por coincidir com o processo legislativo federal. É verdade que se veio a entender que, se o Estado não adotou a lei delegada ou a medida provisória, o Município nele integrado não pode fazê-lo.

113. *Direito constitucional*, 11. ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 559 e s.

114. ADIn 812-9/TO, medida liminar. Rel. Min. Moreira Alves.

Conclusão

A LEI NA DEMOCRACIA POSSÍVEL

162. Todo estudo crítico inclina o seu autor a sugestões de mudança e aperfeiçoamento. Quem se debruça sobre qualquer instituição humana para examiná-la de perto — como tudo o que vem do homem é marcado por suas limitações e, portanto, imperfeito — em geral se sente levado a opor reparos e a propor modificações e melhorias. Isso é mais freqüente ainda, porque, muitas vezes, o que leva ao exame crítico já é a intuição ou a consciência da imperfeição do objeto da análise. Na verdade, o valor prático de tais estudos está exatamente na sua contribuição para a determinação das imperfeições e para a escolha dos remédios que poderão corrigi-las. Assim, a conclusão de uma análise crítica normalmente importa num programa de reforma.

Não foge este estudo sobre a elaboração da lei nas democracias constitucionais pluralistas ao quadro acima indicado. Motivou-o a denúncia de uma crise, a crise da lei, abertamente diagnosticada pelos juristas, a qual redundava numa crise da própria democracia. Seu desenrolar confirmou a existência dessa crise, que não existe apenas na imaginação de alguns especialistas; identificou certos fatores que, contribuindo para gerá-la, ainda contribuem para exacerbá-la. Mais, pôde verificar certas tendências em sua evolução.

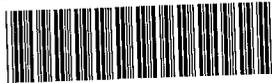
Por outro lado, este trabalho mostrou a inanidade das medidas experimentadas para enfrentar essa crise. Revelou serem meros paliativos, capazes de atenuar alguns de seus efeitos, de abrandar alguns de seus males, todavia, incapazes de suprimir-lhes as raízes. Trouxe assim, a seu autor a convicção de que, para eliminar a crise da lei, não basta procurar corrigir, aqui ou lá, o processo de sua elaboração mas é necessário mudá-lo em profundidade, basicamente substituí-lo por outro. De fato, convenceu-o de que o atual processo não permite a elaboração nem de leis aptas a espelhar a Justiça, nem de leis

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Membro da Comissão Executiva da Associação Internacional de Direito Constitucional. Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Vice-Governador do Estado de São Paulo. Ex-Ministro Interino da Justiça. Ex-Secretário da Administração do Estado de São Paulo. Ex-Secretário da Justiça do Estado de São Paulo. Ex-Presidente do Conselho Federal de Educação. Ex-Membro do Conselho Estadual de Educação de São Paulo.

DO PROCESSO LEGISLATIVO

DEDALUS - Acervo - FD



20400020494

5ª edição, revista, ampliada e atualizada
2002



 Editora
Saraiva

BIBLIOTECA
CIRCULANTE