

# **REVISTA JURÍDICA “9 DE JULHO”**

**PROCURADORIA DA  
ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA  
SÃO PAULO, JULHO DE 2003**

(ANO DO 71º ANIVERSÁRIO DA REVOLUÇÃO CONSTITUCIONALISTA DE 1932)

**REVISTA JURÍDICA "9 DE JULHO"**

**Nº 2 / 2003**

Título de responsabilidade da:  
Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (\*)

(Palácio "9 de Julho" – Av. Pedro Álvares Cabral, 201 – Bairro do Ibirapuera –  
São Paulo – SP – CEP 04097-900 – Fone: 3886-6800 - Fax: 3884-2383)

- (\*) O conteúdo dos artigos jurídicos publicados é de inteira responsabilidade dos autores.
- (\*) As opiniões adotadas não refletem necessariamente o posicionamento da Assembléia Legislativa e de sua Procuradoria, em relação aos temas abordados.

**ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA  
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**MESA**

**Sydney Beraldo**  
PRESIDENTE

**Emidio de Souza**  
1º SECRETÁRIO

**José Caldini Crespo**  
2º SECRETÁRIO

**Roque Barbieri**  
1º VICE-PRESIDENTE

**Marquinho Tortorello**  
3º SECRETÁRIO

**Ary Fossen**  
2º VICE-PRESIDENTE

**Maria Lúcia Prandi**  
4º SECRETÁRIO

**PROCURADORIA**

**Carlos Roberto de Alckmin Dutra**  
PROCURADOR-CHEFE

**Alexandre Issa Kimura**  
CORREGEDOR

**Diana Coelho Barbosa**  
COORDENADORA DA ÁREA  
CONTENCIOSO GERAL

**Maria Eliza Visenta Olmos Serrador**  
COORDENADORA DA ÁREA DE  
CONSULT. DO ADMINIST. DE LICIT. E  
CONTRATOS

**Juliano Henrique da Cruz Cereijido**  
COORDENADOR DA ÁREA DE  
ADMINIS  
E SERVIÇOS GERAIS

**Rosa Maria dos Santos Nacarini**  
COORDENADORA DA ÁREA DE  
CONSULT. ADMINIST. DE PESSOAL E  
DE ASS. INTERNOS

**PROCURADORES**

**Alexsandra Katia**  
**Ana Lúcia Ferreira de Carvalho**  
**Dallaverde**  
**Antônio Silvio Magalhães Júnior**  
**Iris Kammer**  
**Jorge Luiz Galli**  
**José Roberto Caglia**  
**Marco Antônio Hatem Beneton**

**Marcelo de Carvalho**  
**Maria de Fátima Bassoi**  
**Maurílio Maldonado**  
**René Luiz Moda**  
**Tatiana Maria Ometto Casale**  
**Yuri Carajelescov**

## Sumário

### **PREFÁCIO**

Sidney Beraldo, Emidio de Souza e José Caldini Crespo ..... 6

### **APRESENTAÇÃO DO SEGUNDO VOLUME**

Carlos Roberto de Alckmin Dutra e Juliano Henrique da Cruz Cereijido ..... 7

### **DOCTRINA (títulos organizados em ordem alfabética):**

#### **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E SEU PAPEL NO SÉCULO XXI**

Carlos Roberto de Alckmin Dutra ..... 8

#### **A INCONSTITUCIONALIDADE DO ENQUADRAMENTO DOS PARLAMENTARES NO ROL DE SEGURADOS OBRIGATÓRIOS DO RGPS E DA EXIGÊNCIA DAS RESPECTIVAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS**

Yuri Carajelescov ..... 30

#### **A INICIATIVA DAS LEIS TRIBUTÁRIAS**

Sérgio Resende de Barros . ..... 41

#### **ALGUMAS NOTAS SOBRE O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Marco Antonio Hatem Beneton ..... 50

#### **A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Marcelo de Carvalho ..... 65

#### **APLICAÇÃO DE PENALIDADE NO PERÍODO DE GARANTIA**

Maria de Fátima Bassoi ..... 77

#### **AS IMUNIDADES PARLAMENTARES (NECESSIDADE SOCIAL E MODO DE ATUAÇÃO)**

Andyara Kloptstock Sproesser ..... 82

#### **AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP – E O TERCEIRO SETOR**

Tatiana Maria Ometto Casale ..... 102

#### **ATIVIDADE LEGISLATIVA**

Rosa Maria dos Santos Nacarini ..... 108

#### **BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Maria Eliza Visenta Olmos Serrador ..... 119

<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL</b>	
Iris Kammer .....	127
<b>CONTROLE POLÍTICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	
Alexsandra Katia Dallaverde .....	137
<b>DOS BENS NA PARTE GERAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL</b>	
René Luiz Moda .....	153
<b>HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL</b>	
Alexandre Issa Kimura .....	159
<b>LEIS DELEGADAS E MEDIDAS PROVISÓRIAS: NOTAS SOBRE A ATIVIDADE LEGISLATIVA DO EXECUTIVO NO BRASIL</b>	
Auro Augusto Caliman .....	182
<b>O PODER LEGISLATIVO E SUAS ATRIBUIÇÕES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO</b>	
Fernanda Dias Menezes de Almeida .....	204
<b>OS MECANISMOS ASSECURATÓRIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL</b>	
Juliano Henrique da Cruz Cereijido .....	213
<b>SEPARAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: DESENVOLVIMENTO NO ESTADO BRASILEIRO</b>	
Maurílio Maldonado .....	224

## **PREFÁCIO**

Lançada em 2002, por ocasião da comemoração do 70º aniversário da revolução constitucionalista de 1932, a revista jurídica "9 de julho" da Procuradoria desta Augusta Casa de Leis tem agora publicado o seu segundo volume.

A presente obra, composta por trabalhos de prodigiosa inteligência e de capacidade sem par, da lavra de Procuradores desta Casa, põe em discussão temas de relevo para este Poder, para o mundo jurídico e para a sociedade como um todo, junto a qual, inclusive, é um instrumento valioso de aproximação com o Legislativo Paulista, e inclui, ademais, artigos escritos por insignes estudiosos do direito, de ímpar contribuição para a excelência da revista e para abrilhantar a cultura jurídica brasileira.

Esta revista, traz, dessa feita, uma coletânea de artigos cuja seleção certamente demandou trabalho desvelado face a complexidade dos temas enfrentados, de forma que felicitamos os Procuradores desta casa e demais autores pelo trabalho desenvolvido, além de seus colaboradores.

**SIDNEY BERALDO  
EMÍDIO DE SOUZA  
JOSÉ CALDINI CRESPO**

## **APRESENTAÇÃO DO SEGUNDO VOLUME**

Grata e agradável satisfação seria pouco para expressar os sentimentos que nos enlevam ao apresentar esse segundo volume da REVISTA JURÍDICA 9 DE JULHO, repertório de artigos jurídicos referentes a temas afetos à atuação parlamentar ou de interesse geral, desenvolvidos em sua maior parte no seio da Augusta Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Dando continuidade ao trabalho iniciado por ocasião do septuagésimo aniversário da Revolução Constitucionalista de 1932, a REVISTA mantém o ideal do pluralismo de idéias, como já declarou expressamente no Prefácio do volume de lançamento, a anterior Mesa Diretora.

Com o apoio da atual Mesa Diretora, que nos brinda com o prefácio desta obra, bem como com os dignos préstimos da Diretoria da Imprensa Oficial do Estado, iniciamos processo de ampliação que transcende o espaço da procuradoria e que visa atrair profissionais e estudiosos conceituados das ciências jurídicas num movimento que esperamos venha a se acentuar cada vez mais.

Com este volume, composto de dezoito artigos jurídicos com temas selecionados (acréscimo superior a 60%, comparado ao primeiro lançado), acreditamos ter encontrado o caminho que permitirá um contínuo e progressivo aumento de produtividade e qualidade, inclusive com o pretendido aperfeiçoamento da sua distribuição ao público-alvo – operadores do direito e cidadãos interessados nos contínuos debates que envolvem a Democracia e o Estado Democrático de Direito.

Esta Procuradoria, instalada em 1997 segundo o modelo formulado pelo legislador constituinte estadual, composta por advogados concursados, encontra-se em seu 7º ano de funcionamento. Sabendo-se que o número 7, segundo a Bíblia, é indicador de perfeição, acreditamos que também a Procuradoria tenha alcançado, senão a perfeição – inatingível para os seres humanos—, o seu grau de maturidade, na sua permanente atividade de assessoramento e representação judicial da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

A todos os colaboradores deste volume, nosso sincero agradecimento.

Quanto ao mais, a obra fala por si. Assim, enviamos o leitor aos artigos produzidos, sem dúvida, a melhor maneira para a formação de sua convicção acerca do material.

**JULIANO HENRIQUE DA CRUZ CEREIJIDO**  
Coordenador

**CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA**  
Procurador-Chefe

# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E SEU PAPEL NO SÉCULO XXI

Carlos Roberto de Alckmin Dutra (\*)

1. Introdução. 2. A decisão Marbury vs. Madison e a inauguração do controle de constitucionalidade. 3. A evolução da fiscalização de constitucionalidade no Direito brasileiro. 3.1. A Constituição do Império de 1824. 3.2. A Constituição da República de 1891. 3.3. A Constituição de 1934. 3.4. A Constituição de 1937. 3.5. A Constituição de 1946 e a instauração do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos pela Emenda nº 16, de 26.11.1965. 3.6. A Emenda nº 16, de 26.11.1965. 3.7. A Constituição de 1967/69. 3.8. A Constituição de 1988. 4. Conclusão: o controle de constitucionalidade no Século XXI. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

As leis devem amoldar-se ao sentimento de justiça do qual todo o ser humano é dotado.

O desrespeito às leis iníquas e injustas tem marcado a história da humanidade. É célebre a tragédia grega de Sófocles, onde ANTÍGONA, não aceitando a proibição contida em decreto tirânico, editado pelo Rei Creonte, afronta a sua aplicação. Referida lei proibia, sob pena de morte, dar sepultura aos mortos em combate contra sua pátria, o que ocorrera com Polinices, irmão de ANTÍGONA.

Sob o argumento de que o decreto não poderia contrariar as leis eternas, Antígona, imbuída de forte amor fraternal, expõe a própria vida, desrespeitando o direito do Estado, para fazer valer o direito justo, a lei natural e suprema, de ver o seu irmão ter um sepultamento digno.

O esforço da humanidade e, em especial, dos súditos em relação aos reis, foi sempre no sentido de garantir que seus direitos fossem assegurados contra uma ação arbitrária, exteriorizada, entre outras formas, por meio de leis injustas.

Nesse sentido, a materialização escrita dos direitos e garantias foi uma grande aspiração da sociedade, alcançando o seu primeiro êxito notável na Magna Carta de João Sem Terra, editada na Inglaterra, em 1215.

As revoluções liberais do século XVIII deram ensejo à criação de Constituições escritas, garantidoras dos direitos fundamentais do homem, marcando o cenário mundial.

Fundamentando-se na Igualdade, Liberdade e Fraternidade, os franceses construíram um dos mais importantes documentos da humanidade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. FÁBIO KONDER



COMPARATO, com a erudição que lhe é peculiar, expõe o alto grau de significado do referido documento:

“Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do Ancien Regime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.”<sup>1</sup>

As Constituições são o repositório dos direitos e garantias mais caros aos seres humanos. Representam o documento de formação do Estado e de suas instituições e prescrevem os seus alicerces e estrutura fundamental.

Dessa forma, a garantia de efetividade de tal documento assume um valor extraordinário.

A declaração dos direitos da Constituição francesa de 1791 já assentava, como menciona COMPARATO, que o “Poder Legislativo não poderá fazer lei alguma que prejudique ou impeça o exercício dos direitos naturais e civis, consignados no presente título e garantidos pela Constituição;”<sup>2</sup>

Todavia, referida Constituição não previu nenhum mecanismo de eliminação das leis contrárias ao seu texto.

Esse mecanismo tomou forma em outro Continente, em decorrência do pragmatismo que sempre foi característica marcante do povo que o criou. Embora a Constituição dos Estados Unidos da América não reconhecesse expressamente o controle de constitucionalidade de leis, os seus fundamentos já estavam implícitos naquele documento e vieram a aflorar em 1803, quando a Suprema Corte foi chamada a analisar um conflito entre os Federalistas, que deixavam o poder, e os Republicanos, que o alcançavam. Em decisão célebre, o *Chief Justice* MARSHALL, entendeu que, caso a lei editada pelo Poder Legislativo contrariasse a Constituição, essa lei não poderia ser considerada válida. Se a Constituição representa o que há de mais importante para um povo e entendendo-se como tal impassível de ser modificada ordinariamente, a lei que contrarie os seus preceitos é inválida, nula de pleno direito, não podendo sequer ser considerada válida. Detendo o Poder Judiciário a prerrogativa de interpretar e aplicar as leis, diante de um conflito entre lei e Constituição, deve aplicar esta última, não levando em consideração a primeira.

A idéia foi posteriormente assimilada por outros países, alguns deles com modificações sensíveis, como é o caso da Áustria, onde o intelecto de Hans Kelsen criou uma forma concentrada de verificação de constitucionalidade.

Vislumbra-se, assim, a importância do controle de constitucionalidade como **garantia da própria efetividade da Constituição**. Garante a eficácia das normas constitucionais em relação ao legislador incauto, que edita lei ou ato normativo em desacordo com a vontade constitucional.

---

<sup>1</sup> Fábio Konder Comparato, *a afirmação histórica dos direitos humanos*, p.132.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p.141.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade pode ser considerado a principal garantia constitucional, possuindo um grau superlativo, pois é garantia dos direitos, das próprias garantias constitucionais, enfim, de todo o conteúdo constitucional.

Nessas breves considerações, representando parte de trabalho oferecido como monografia final na Escola Paulista de Magistratura, curso de Direito Público, procurarei mostrar a evolução histórica do controle de constitucionalidade e a sua dimensão atual.

## **2. A DECISÃO MARBURY VS. MADISON E A INAUGURAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A primeira noção que se deve ter no exame do controle de constitucionalidade de leis é a de que a sua existência está intimamente ligada à criação das Constituições escritas.

Realmente, com a materialização escrita da Constituição foi se desenvolvendo a idéia de verificação da compatibilidade entre as leis aprovadas no Parlamento e o texto da Lei Maior.

As Constituições representavam, como representam, um marco de conquistas de direitos para os cidadãos. São documentos que condensam movimentos sociais intensos e mesmo lutas sociais, ou revoluções, destinados ao reconhecimento de direitos dos indivíduos frente ao Estado, figurando, igualmente, como repositórios dos instrumentos de salvaguarda desses direitos (as chamadas garantias constitucionais).

De pouca valia seria o registro escrito de tais direitos, tão caros e valiosos ao ser humano, se, em um momento posterior, a critério de um governante menos escrupuloso, pudessem ser aqueles direitos constitucionais suprimidos pelo processo legislativo comum, como se fossem uma simples lei ordinária, disciplinadora de assuntos comezinhos e diários.

*Tal entendimento refoge ao bom-senso e, portanto, logo se entendeu que as normas constitucionais estavam em um patamar superior ao das demais leis e só poderiam ser modificadas por um processo legislativo especial, mais dificultoso que o da lei ordinária.*

*A Magna Carta editada na Inglaterra, em 1215, como visto, representa um marco no reconhecimento de direitos em um documento escrito.*

*Em um regime feudal, como o da época, não seria o povo propriamente dito quem forçava o monarca a outorgar-lhe direitos, mas sim a nobreza e o clero, descontentes com os desmandos e tirania de João Sem Terra. Nesse sentido, JAYME DE ALTAVILA esclarece:*

*“Devemos fixar bem as datas das frustrações reais e das confirmações púnicas da Magna Charta libertatum, no sentido de que não deixemos de louvar-se João Sem Terra por uma outorga estatucional feita sob a ameaça da nobreza e do clero, já que o povo, em tal regime feudalista, não podia pegar em armas contra aquele que segurava a coroa com os textos teológicos que lhe convinha invocar.”<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> *Origem dos direitos dos povos*, p.115.

Ressalte-se que a Magna Carta demorou por volta de meio século para ser consagrada e efetivamente aplicada: “Redigida em latim, não estava ao alcance das inteligências comuns e não fossem cópias previamente tiradas pelos altos prelados, ter-se-ia perdido, porquanto JOÃO SEM TERRA não a quis registrar, premeditando a sua destruição.”<sup>4</sup>

Embora esses documentos históricos representem a essência do Direito anglo-saxão, não existe até hoje na Inglaterra uma Constituição propriamente dita (Constituição formal). Por isso, o direito costumeiro inglês jamais ensejou a formulação de conceito similar ao de controle de constitucionalidade nos moldes atualmente conhecidos. Clèmerson Merlin CLÈVE afirma, com propriedade:

“Como se sabe, o movimento constitucionalista, vitorioso na Europa continental com as revoluções burguesas, não se firmou entre os britânicos, cujo direito continuou a sustentar-se sobre as bases costumeiras, embora incorporando algumas importantes leis escritas.

Entre os britânicos, portanto, não há lugar ainda hoje para a distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias. Sendo a Constituição britânica costumeira, ela não deve nada à teorização decorrente das Constituições escritas formalizadas. Trata-se de Constituição que pode ser compreendida unicamente sobre o ponto de vista material.

(...)

Se a vontade do Parlamento, expressão da maioria, é ilimitada, inexistindo Constituição escrita, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade.”<sup>5</sup>

Os ingleses sempre entenderam que o Parlamento era soberano. Assim, sendo a vontade do Parlamento a vontade da maioria e reconhecendo-se esta como ilimitada, não seria possível que um órgão estranho àquele viesse limitá-la a pretexto de controle.

*A Constituição americana de 1787, por outro lado, trouxe ínsita a idéia de superioridade em relação às demais normas ordinárias, Hamilton já sustentava, em The Federalist, a competência judiciária para a interpretação das leis, bem como que a Constituição deveria ser vista pelos juízes como uma Lei Fundamental, em grau de superioridade em relação à lei ordinária. (POLETTI, controle da constitucionalidade das leis, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.37, apud CLÈVE, a fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 64).*

É significativa a idéia de que o poder do governante é limitado; é delegado de forma estrita e não incondicional. Todavia, essa questão, embora latente, ainda não havia aflorado de maneira clara e objetiva em parte alguma do planeta, mesmo após a revolução burguesa, no século XIX. Ressalte-se que a Constituição americana não previa expressamente, como não prevê até hoje, o controle de constitucionalidade das leis.

Ensina, com a cultura que lhe é peculiar, Raul Machado Horta:

“No jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, notadamente no pensamento de Vattel, encontram-se idéias que, desenvolvidas e enriquecidas posteriormente, vieram afirmar e construir a doutrina constitucional

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 112.

<sup>5</sup> *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.58.

moderna. Constituem, de certo modo, o ponto de partida de um movimento de profunda irradiação, cujas fases culminantes assinalam as noções mais caras ao constitucionalismo moderno, tais como: poder constituinte, leis constitucionais e leis ordinárias, Constituição escrita e rígida, Constituição formal e Constituição material, reforma e intangibilidade constitucionais. Noções convergentes para uma direção comum: a supremacia da Constituição, cujas etapas consecutivas serão objetos de nosso exame.”<sup>6</sup>

Nos Estados Unidos da América, como já mencionado, a primeira manifestação efetiva acerca da superioridade constitucional<sup>7</sup> e, portanto, da possibilidade de o Poder Judiciário declarar inválido um ato contrário à Constituição, ocorreu no início do século XIX, exatamente em 1803, quando a Suprema Corte Americana foi chamada a analisar uma contenda entre Federalistas, que deixavam o poder, e Republicanos, que o alcançavam.

Vale a pena um breve esboço histórico dessa decisão, pedra angular para a noção do controle de constitucionalidade de leis:

“No caso *Marbury v. Madison* a Suprema Corte afirmou seu poder de rever leis do Congresso e invalidar aquelas que conflitassem com a Constituição.

Durante as duas primeiras administrações, os presidentes George Washington e John Adams somente nomearam membros do Partido Federalista para cargos administrativos e do judiciário. Quando Thomas Jefferson venceu a eleição de 1800, o presidente Adams, federalista, começou a preencher rapidamente os cargos do ramo judiciário com membros de seu próprio partido, que serviriam vitaliciamente enquanto apresentassem ‘bom comportamento’. Em resposta, os Republicanos jeffersonianos rejeitaram a Lei do Judiciário de 1800, que criara vários novos juizados e cortes de comarca com juízes federalistas e ameaçaram de impeachment se a Suprema Corte derrubasse o estatuto de rejeição.

Embora o presidente Adams tentasse preencher as vagas antes do final de seu mandato, não entregou vários comissionamentos. Assim, quando Jefferson tornou-se presidente, recusou-se a honrar as nomeações de último instante do presidente John Adams. Em resultado, William Marbury, um desses indicados, processou James Madison, o novo secretário de Estado e pediu à Suprema Corte que expedisse um mandado de entrega de seu comissionamento como juiz de paz.

O novo chefe de Justiça, John Marshall, entendeu que, se a Suprema Corte expedisse um writ de mandamus, (uma ordem para forçar Madison a entregar o comissionamento), a administração Jefferson o ignoraria e, assim, a autoridade dos tribunais enfraqueceria significativamente. Por outro lado, se a Corte negasse o writ, bem poderia parecer que a justiça teria agido por medo. Ambos os casos constituiriam uma negação do princípio básico da supremacia da lei. Ao invés disso, Marshall encontrou uma base comum pela qual a Corte poderia punir os jeffersonianos por suas ações e, ao mesmo tempo, enaltecer o poder da Suprema Corte. Sua decisão, nesse caso, tem sido freqüentemente aclamada como um tour de force judicial.

Basicamente, ele declarou que Madison deveria ter entregue o comissionamento a Marbury; no entanto, em sua sentença Marshall declarou que faltava à Corte o poder de exarar writs de mandamus. Embora um artigo da Lei do Judiciário de 1789 outorgasse à Corte o poder de exarar writs de mandamus, a Corte decidiu que isto excederia a autoridade outorgada à Corte ao amparo do Artigo III da Constituição e era, portanto, nula e sem efeito. Assim, embora o caso limitasse o poder da Corte em um

---

<sup>6</sup> *Estudos de direito constitucional*, p.135.

<sup>7</sup> Para uma visão mais aprofundada sobre a evolução da idéia de Constituição, vide Raul Machado Horta, op. cit., p.133-136, nota 6.

sentido, de outro ele grandemente o ampliava ao estabelecer, em última análise, o poder da corte de declarar como inconstitucionais atos do Congresso. Tão importante quanto, enfatizou-se o fato de que a Constituição é a lei suprema da terra, e que a Suprema Corte é o árbitro e autoridade final da Constituição. Em resultado dessa decisão judicial, a Suprema Corte tornou-se um parceiro em igualdade de condições junto ao executivo.”<sup>8</sup>

### MARSHALL aquilatou da seguinte maneira o confronto entre lei e Constituição, no caso *Marbury v. Madison*:

“A questão de se uma lei, repugnante à constituição, pode tornar-se a lei do país, é profundamente interessante aos Estados Unidos; mas, felizmente, não de intrincabilidade proporcional a seu interesse. Parece somente ser necessário reconhecerem-se certos princípios, supostamente há longo tempo e bem estabelecidos, para decidi-lo.

Que ao povo cabe o direito original de estabelecer, para seu futuro governo, tantos princípios quantos, em seu parecer, devam conduzi-lo à sua própria felicidade, é a base na qual todo o tecido da América foi erigido. O exercício deste direito original é um exercício de grande esforço. Nem pode ele, nem deve, ser freqüentemente repetido. Os princípios, portanto, assim estabelecidos, são tidos como fundamentais. E como a autoridade da qual procedem é suprema, e raramente pode atuar, estão destinados a serem permanentes.

Esse desejo original e supremo organiza o governo e outorga a diferentes departamentos seus respectivos poderes. Pode tanto estacionar aqui como estabelecer certos limites que não deverão ser transcendidos por esses departamentos.

O governo dos Estados Unidos encaixa-se na última descrição. Os poderes do legislativo são definidos e limitados; e, para que esses limites não possam ser tratados em equívoco, nem esquecidos, a constituição é escrita. A que fim são esses poderes limitados e a que fim é essa limitação comprometida por escrito, se esses limites podem, a qualquer tempo, serem ultrapassados por aqueles tencionados de serem restringidos? A distinção entre um governo com poderes limitados e ilimitados é abolida quando esses limites não confinam as pessoas sobre as quais eles são impostos e quando os atos proibidos e atos permitidos são de igual obrigação. É proposição manifesta demais para ser contestada que a constituição controla qualquer ato legislativo que a ela repugne; ou que o legislativo pode alterar a constituição por lei ordinária.

Entre essas alternativas não há meio termo. A constituição ou é uma lei suprema, não passível de modificação por meios ordinários ou está nivelada com as leis ordinárias e, como outras leis, é passível de ser alterada quando ao legislativo agrada alterá-la. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então uma lei contrária à constituição não é lei; se a última parte for verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas, de parte do povo, de limitar um poder que é, de sua própria natureza, ilimitável.

Certamente todos aqueles que têm constituições escritas enquadradas as contemplam como constituindo a lei fundamental e suprema da nação e, conseqüentemente, a teoria de todos esses governos deve ser que um ato do legislativo, que repugne à constituição, é nulo.

Esta teoria está essencialmente ligada a uma constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada por esta corte como fundamental

---

<sup>8</sup> Fonte: [Supreme.lp.findlaw.com/supreme\\_court/landmark/marbury.html](http://Supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/landmark/marbury.html) [http://Supreme.lp.findlaw.com/supreme\\_court/landmark/marbury.html](http://Supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/landmark/marbury.html). Tradução de Eleny Corina Heller, documento pertencente ao acervo da biblioteca da Procuradoria da ALESP.

à nossa sociedade. Não são, portanto, de ser perder de vista maiores considerações sobre esta matéria.

Se um ato do legislativo, que repugne à constituição, é nulo, será que ele, não obstante sua não validade, vincula as cortes e as obriga a dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja lei, constitui esse ato uma norma tão operante como se fosse lei? Isto seria, de fato, subverter o que estava estabelecido em teoria; e pareceria, à primeira vista, um absurdo grosseiro demais para nele insistir-se. Deverá, no entanto, receber uma consideração mais atenta.”<sup>9</sup>

Por outro lado, reconhecendo que a Constituição está em patamar superior às demais leis, a Suprema Corte afirma caber ao Poder Judiciário, em sua tarefa de interpretar as leis, não aplicar a lei, quando for contrária à Constituição, declarando-a nula, írrita de pleno direito. Nas palavras do eminente MARSHALL:

“É enfaticamente área e dever do ramo judicial dizer o que é a lei. Os que aplicam a norma a casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar essa norma. Se duas leis conflitam uma com a outra, as cortes devem decidir sobre a operação de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição à constituição; se ambas, a lei e a constituição, aplicam-se a um caso em particular de forma que a corte deva, seja decidir sobre aquele caso em conformidade à lei, não levando em conta a constituição, seja em conformidade à constituição, não levando em conta a lei, cabe à corte determinar quais dessas normas conflitantes regem o caso. Isto é da própria essência do dever judicial.

Se, então, as cortes devem observar a constituição; e se a constituição é superior a qualquer lei ordinária do legislativo, a constituição, e não esse ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambas se aplicam.

Os que, então, controvertem o princípio de que a constituição deve ser considerada, na corte, como lei suprema, ficam reduzidos à necessidade de manter que as cortes devem fechar seus olhos à constituição e ver apenas a lei.

Essa doutrina subverteria a própria fundação de todas as constituições escritas. Ela declararia que uma lei que, de acordo com os princípios e a teoria de nosso governo, é inteiramente nula, ainda assim seria, na prática, completamente obrigatória. Ela declararia que, se cabe ao legislativo fazer o que é expressamente vedado, essa lei, não obstante a expressa vedação, é, em realidade, dotada de efetividade. Seria dar ao legislativo uma onipotência prática e real, com o mesmo fôlego com o qual professa restringir seus poderes com limites estreitos. Está prescrevendo limites e declarando que aqueles limites podem ser ultrapassados a bel prazer.”<sup>10</sup>

Por fim, constata-se o valor dado pela Suprema Corte às Constituições escritas, segundo as palavras do eminente magistrado:

“Que isto assim reduz a nada o que temos tido como o maior aperfeiçoamento em instituições políticas, uma constituição escrita, seria, de si, suficiente, na América, onde as constituições escritas têm sido vistas com tanta reverência, para rejeitar-se a interpretação. Mas as peculiares expressões da constituição dos Estados Unidos fornecem argumentos adicionais em favor de sua rejeição.

O poder judiciário dos Estados Unidos estende-se a todos os casos de surgimento ao amparo da constituição.

---

<sup>9</sup> Fonte: <http://www.usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/democrac/9.htm>. Tradução de Eleny Corina Heller, documento pertencente ao acervo da Procuradoria da ALESP.

<sup>10</sup> Ibid.

Poderia ser de intenção daqueles que concedem esse poder dizer que, ao empregar a constituição, [esse poder] não deveria ser visto naquela? Que um caso de surgimento ao amparo da constituição deveria ser decidido sem se examinar o instrumento ao amparo do qual tem ele surgimento?

Isto é extravagante demais para ser mantido.

(...)

Assim, a específica fraseologia da constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, suposto como sendo essencial a todas as constituições escritas, que uma lei que repugna à constituição é nula; e que os tribunais, bem como demais departamentos, estão obrigados por esse instrumento.

A lei não deve surtir efeitos.”<sup>11</sup>

O raciocínio desenvolvido por Marshall é extremamente lógico: se a Constituição encontra-se em um patamar superior ao da lei ordinária (e essa posição decorre logicamente do fato de ser escrita a Constituição e revelar ideais superiores de um povo); em caso de edição de lei ordinária que seja contrária aos termos da Constituição, a consequência inevitável será de que a lei não poderá ser considerada válida, sob pena de se suprimir a própria Constituição. O Poder Judiciário, em sua tarefa de interpretar e aplicar as leis, caso se depare com um conflito entre Constituição e lei ordinária, ambas regulando, de forma diversa, a mesma matéria, deve afastar a última, aplicando a Constituição. Uma lei que contraponha a Carta Magna não pode sequer ser considerada lei, é um ato írrito, nulo de pleno direito: “the unconstitutional law is no law at all.”

Vislumbra-se que a decisão do *Chief Justice* Marshall tem importância vital, tanto ao reconhecer a supremacia da Constituição em relação aos demais atos do Congresso, quanto forjando a tese de estar o Poder Judiciário apto a declarar a invalidade de uma lei por desrespeito à Constituição.

### **3. A EVOLUÇÃO DA FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

*Entre nós, o controle de constitucionalidade foi implantado de maneira paulatina, à medida que eram assimilados os conceitos doutrinários desenvolvidos em outras nações, tendo sido criado, ao fim, um sistema sui generis, com características próprias.*

#### **3.1. A Constituição do Império de 1824**

A Constituição do Império de 1824, por influência do Direito europeu, não previa o controle de constitucionalidade.

O Brasil era muito influenciado pelas concepções políticas em voga na Europa, em particular na França e na Inglaterra. Como visto, nesses países não se atribuía ao Poder Judiciário a prerrogativa conhecida nos Estados Unidos como *judicial review*, implementada na célebre decisão *Marbury vs. Madison*, que consistia na possibilidade de o Judiciário não aplicar as leis, quando contrastassem com o teor da Constituição.

---

<sup>11</sup> Ibid.

Tanto na França quanto na Inglaterra, sempre estiveram presentes as idéias de supremacia do Parlamento (Inglaterra) e da lei enquanto vontade geral, cristalizada pelo Legislativo e, assim, imune a outras fiscalizações (França).

Mais ainda, a Constituição do Império previa a existência do Poder Moderador, a cargo do próprio Imperador, a quem cabia implementar as medidas necessárias à manutenção da harmonia entre os Poderes. Assim, não havia espaço para a instituição de um controle de constitucionalidade.

Clémerson Merlin Clève, esclarece, nesse sentido, que:

“Não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no período monárquico. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso competia a ele (art. 98) manter a ‘independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes’. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, ‘chave de toda a organização política’ nos termos da Constituição, praticamente inviabilizava o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cumpria resolver os conflitos envolvendo Poderes, e não ao Judiciário.”<sup>12</sup>

### 3.2. A Constituição Republicana de 1891

Com a proclamação da República (1889), o Direito brasileiro sofreria uma profunda reformulação.

Já não era mais a Europa, mas sim os Estados Unidos da América a nossa principal fonte de inspiração, não raro através do talento de Rui Barbosa.

Além do sistema de governo republicano, é adotado no Brasil o regime presidencialista; o legislativo bicameral, sendo o Senado composto de representantes dos Estados; e a forma federativa de Estado.

Também incorporado foi o sistema americano de controle de constitucionalidade de leis, a *judicial review*.

A competência para a fiscalização da constitucionalidade era atribuída pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, na alínea ‘a’, do parágrafo 1º, do artigo 59, que possuía o seguinte teor:

“Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1o Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...)

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

Implantado estava o controle de constitucionalidade no Brasil, como se vê, de caráter difuso, incidental e repressivo ou sucessivo. Inicialmente, o Judiciário não se utilizou muito dessa potente ferramenta que lhe era atribuída,

---

<sup>12</sup> A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p.81.



passando a assimilar os novos institutos a partir de trabalhos de doutrina, em especial dos de Rui Barbosa.

O dispositivo constitucional acima citado foi disciplinado pela Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES (2001, p. 223) esclarecem acerca do artigo 13, parágrafo 10 da referida lei<sup>13</sup>:

“Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância.”<sup>14</sup>

### 3.3. A Constituição de 1934

A Constituição promulgada em 1934 como resultado, entre outros fatores, do movimento representado pela Revolução Constitucionalista de 1932, suscitado pelo Estado de São Paulo, manteve o controle de constitucionalidade difuso, incidental e repressivo ou sucessivo, aos moldes do sistema americano, introduzindo, por outro lado, diversas melhorias e aperfeiçoamentos na fiscalização de constitucionalidade.

Entre as modificações mais importantes estão a exigência de *quorum* de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (art. 179)<sup>15</sup>, segundo a tendência da jurisprudência norte-americana. Essa importante regra permanece até hoje em nosso Direito e é conhecida como **princípio da reserva de plenário**, a ser analisado adiante.

Atribuiu-se, outrossim, ao Senado (art. 91, IV) a competência de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, conferindo ao Procurador-Geral da República, em face de declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema, comunicar a “decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou ato.” (art. 96). Pretendeu-se, desse modo, dar às decisões da Corte Máxima eficácia *erga omnes*, sistema posteriormente repetido nas Constituições posteriores, inclusive na atual (C. F., art. 52, X).

Por fim, a Constituição de 1934 criou a representação interventiva, também a cargo do Procurador-Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Acerca do tema, esclarecem IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES:

“Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à ‘declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal’, tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa

---

<sup>13</sup> “Art. 13. Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com esta Constituição.”

<sup>14</sup> *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 223.

<sup>15</sup> “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade de seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.”

aos princípios consagrados no art. 7o, I, a a h, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3o), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2o).

(...)

Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e firmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual. Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico.”<sup>16</sup>

Apesar de sua breve vigência, tratava-se de Constituição bastante evoluída.

### **3.4. A Constituição de 1937**

O regime do Estado Novo era inegavelmente uma ditadura, onde a Constituição não passava de mero instrumento retórico destinado a legitimá-la. Em relação ao controle de constitucionalidade, algumas modificações foram feitas, em geral, representando um retrocesso.

Ficou mantida a fiscalização difusa, incidental e repressiva ou sucessiva, bem como a exigência de voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República.

A representação interventiva, todavia, não foi albergada pela Constituição de 1937, nem a faculdade de suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Norma de caráter estritamente centralizador, tendente a atenuar o poder do Judiciário, foi a instituída pelo parágrafo único do artigo 96 da Carta de 37, que permitia, no “caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Estranhamente, portanto, o voto qualificado de dois terços do Congresso poderia transformar a lei inconstitucional em constitucional e fazer tábua rasa da decisão do Supremo Tribunal Federal. Referido dispositivo foi revogado pela Lei Constitucional n. 18.

### **3.5 A Constituição de 1946 e a instauração do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos pela Emenda nº 16, de 26.11.1965**

Ressurge, com a Constituição de 1946, entre nós, o regime democrático.

---

<sup>16</sup> Op. cit., p. 24-25, nota 14.

A Carta de 1946 assemelha-se mais à de 1934 que a de 37. Não possuía dispositivo semelhante ao artigo 96 desta última, que, como visto, dava ensejo ao Presidente da República submeter novamente ao Congresso a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O controle concreto, pela via de exceção ou defesa, foi mantido em seus contornos iniciais. O artigo 101, inciso III, alínea “a”, atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência de julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes “quando a decisão for contrária a dispositivos dessa Constituição ou à letra de tratado ou lei federal.”

Também mantida foi a competência do Senado Federal de suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais, restando claro, pelo teor de seu artigo 64, que a suspensão dependia de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e não de qualquer decisão judicial.<sup>17</sup>

A exigência do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade também foi mantida.<sup>18</sup>

A representação interventiva é reintroduzida, mas com roupagem distinta daquela que possuía na Constituição de 1934.

Na forma federativa de Estado, há uma divisão de competências entre os entes federativos - até a Carta de 1988, no Brasil, eram entes federativos apenas a União e os Estados-membros; atualmente também os Municípios fazem parte da Federação-, ensejando que estes entes gozem de autonomia na gestão de sua esfera de poder, resguardando-se a soberania apenas à Nação.

Na Federação, vigora o princípio de não intervenção de um ente em outro, em respeito à mútua autonomia.

Todavia, as Constituições passaram a prever a hipótese de intervenção, em situações graves e excepcionais, com vistas à preservação do pacto federativo. O artigo 7º da Constituição de 1946 deixava claro que o Governo Federal não interviria nos Estados, salvo para:

- I - manter a integridade nacional;
- II - repelir invasão estrangeira ou a de um Estado em outro;
- III - pôr termo a guerra civil;
- IV - garantir o livre exercício de qualquer dos poderes estaduais;
- V - assegurar a execução de ordem ou decisão judiciária;
- VI - reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da dívida externa fundada;
- VII -assegurar a observância dos seguintes princípios:
  - a) forma republicana federativa;
  - b) independência e harmonia dos poderes;

---

<sup>17</sup> “Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>18</sup> “Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

- c) temporaridade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato;
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da administração;
- g) garantias do Poder Judiciário.

A hipótese prevista no inciso VII é aquela que dá ensejo à representação interventiva. Trata-se da defesa dos denominados princípios sensíveis, núcleo da Constituição.

A intervenção, nos termos do artigo 8o, seria decretada por lei federal, mediante o seguinte procedimento: o ato argüido de inconstitucional seria submetido ao Procurador-Geral da República e este, formularia representação ao Supremo Tribunal Federal, a quem era atribuída a competência para decretar a intervenção (art. 8o, § único).

Decretada a intervenção pelo Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional apenas limitar-se-ia “a suspender a execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado.” (art. 13).

De qualquer forma, uma vez cessados os motivos da intervenção, as autoridades estaduais afastadas retornariam aos seus cargos (art. 14).

Houve, no desenvolver da aplicação de referido instituto, dissenso quanto à atuação do Procurador-Geral da República, no sentido de, tendo recebido o pedido de representação, estar obrigado a formulá-la ao Tribunal Supremo ou não.

PAULO BONAVIDES relata a controvérsia:

“Ao julgar improcedente uma Reclamação do Movimento Democrático Brasileiro contra o Procurador-Geral da República, por haver este, em despacho, mandado arquivar uma representação que lhe fora dirigida por aquela organização partidária argüindo a inconstitucionalidade do Decreto-lei n. 1.077, de 26 de janeiro de 1970, que estabeleceu a censura prévia na divulgação de livros e periódicos, o Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de 10 de março de 1971, interpretou, com toda a rigidez, a competência exclusiva do Procurador-Geral da República tocante à iniciativa da ação direta de inconstitucionalidade.

Desse julgado de nossa Corte suprema o único voto discordante foi o do Ministro Adauto Cardoso.

A controvérsia girou basicamente ao redor desse ponto: É o Procurador-Geral da República, ao tomar conhecimento de inconstitucionalidade argüida em representação que lhe seja encaminhada por qualquer interessado, obrigado a apresentá-la perante o Supremo Tribunal Federal, ou poderia deixar de fazê-lo, determinando o seu arquivamento.

O entendimento dos que concluíam pela obrigatoriedade repousava no argumento de que se não o fizesse, o Procurador-Geral da República ter-se-ia convertido ele mesmo no juiz da representação, usurpando assim a competência daquela Corte.

O Acórdão do Supremo foi porém noutro sentido, ao reconhecer que a titularidade da representação é exclusiva do Procurador-Geral da República, conforme se deduz do texto constitucional, e que somente ele possui

legitimação ativa para promover a ação direta de inconstitucionalidade em abstrato.

Obrigado que fosse a encaminhar ao Supremo toda representação que lhe chegasse às mãos, já não seria titular exclusivo daquela competência, repartida por esse desvio hermenêutico com todos os cidadãos. O papel do Procurador-Geral da República ficaria pois em larga escala rebaixado ao de mensageiro ou intermediário de representações doutra fonte primária e paralela - qualquer interessado - a quem a Constituição, ao instituir a ação direta de inconstitucionalidade, não concedera a titularidade dessa representação, nem o direito de movimentar aquele controle previsto na competência originária do Supremo.

Afigura-se-nos, todavia, que em razão da relevância da matéria constitucional deve o Procurador-Geral da República encaminhar a representação, ainda que com parecer contrário. De sorte que, em assim procedendo, não subtrairá a matéria argüida de inconstitucionalidade ao conhecimento da Corte e esta, se entender que há no caso representação sem titular, determinará o seu arquivamento.”<sup>19</sup>

O esclarecimento desse ponto tem grande importância para a compreensão de inovação trazida pela Carta de 1988, que ampliou significativamente o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, democratizando o instituto<sup>20</sup>. Deveras, sabendo-se que o Procurador-Geral da República era cargo de livre nomeação do Presidente da República, bem como que ele, até a Constituição de 1988, exercia cumulativamente as funções de representação judicial da União Federal e a de Chefe do Ministério Público Federal (a Constituição de 1988 cindiu essas funções com a criação da Advocacia-Geral da União), ao menos maculada estaria a sua imparcialidade para escolher entre propor ou não esse importantíssimo instrumento de controle que se materializava na representação de inconstitucionalidade.

Corrigindo tal imperfeição, foi muito feliz o Constituinte de 1988, sendo de tal importância o alargamento da legitimação ativa para o controle de constitucionalidade que, ao facultar aos Estados-membros a instituição de ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, a única ressalva feita foi a de vedar a atribuição de agir a um único órgão (Constituição Federal, artigo 125, § 2o).

Ressalte-se, por fim, que a representação de inconstitucionalidade é verdadeiro processo de controle concentrado da constitucionalidade (embora concreto, pois vale para a específica situação que lhe dá causa), que daria ensejo à implantação da ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos entre nós, no ano de 1965, como se verá em seguida.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, citando douto Acórdão da lavra do Ministro Castro Nunes mostram o caráter inovador da competência atribuída à Colenda Corte:

“O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de ‘árbitro final do contencioso de inconstitucionalidade’. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes:

<sup>19</sup> *Curso de direito constitucional*, p.299-300.

<sup>20</sup> C. F., art. 103.

‘Atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado.

Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu arresto.

Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição.

Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.

(...) é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos’.”<sup>21</sup>

Vislumbram-se aí as pedras fundamentais do controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam: o exercício de uma atividade “legislativa ou quase-legislativa”, nas palavras do Ministro CASTRO NUNES, a verificação de uma inconstitucionalidade em tese; e a declaração com efeitos *erga omnes*, extirpando a lei do ordenamento jurídico.

A implantação entre nós da ação direta de inconstitucionalidade propriamente dita ocorreria com a edição da Emenda n. 16, de 26/11/1965.

### **3.6. A Emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965**

Ao alterar o artigo 101 da Carta de 1946, inserindo no item I, a alínea “k”, a Emenda n. 16 instituiu no Brasil a fiscalização abstrata de constitucionalidade, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária de apreciar “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.”

Trata-se de representação genérica, apta a resguardar todos os dispositivos da Constituição. Elucida a questão, diferenciando-a da representação interventiva, CLÉMERTON MERLIN CLÈVE:

“A representação instituída pela Emenda Constitucional 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma coletividade política estadual. Por isso, apenas a violação dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, de representação genérica, apta a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta de constitucionalidade, embora realizada em sede de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. Com a representação

---

<sup>21</sup> *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p.37-38.

genérica, ao contrário, manifesta-se modo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque em semelhante situação estará em jogo a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República.<sup>22</sup>

Também aos Estados-membros foi conferida a faculdade de instituir mecanismo de controle de constitucionalidade das **leis municipais**, em face da Constituição do Estado, de competência dos Tribunais de Justiça (E. C. 16/65, que acrescentou o inciso XII ao artigo 124 da Constituição de 1946).

### 3.7. A Constituição de 1967/69

Com a tomada do poder pelos militares, em 1964, o regime democrático sofria novamente uma ruptura. Na exposição de motivos do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, assim se manifestavam os novos governantes:

[...]

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical de Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a foga normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular.”

Para “demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República (...)”.<sup>23</sup>

Com essas premissas pode-se melhor compreender as modificações instituídas pela Constituição de 1967. A tônica dessa Carta era a de fortalecer a pessoa do Presidente da República.

O controle concreto de constitucionalidade, ou seja, aquele exercido incidentalmente em um processo entre partes, pela via de exceção ou defesa, não sofreu modificações.

Na representação interventiva, a competência para suspender o ato normativo estadual foi transferida do Congresso Nacional para as mãos do Presidente da República, por força do disposto no § 2o, do artigo 11.

A Carta de 1967 **não trouxe o dispositivo constante da Emenda 16/65 que autorizava a criação da representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual**, não havendo previsão, portanto, para a criação de fiscalização de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face das Constituições estaduais, de competência originária dos tribunais de Justiça.

Ressalte-se, todavia, que a realidade brasileira, na época, era bastante instável. Em 13 de dezembro de 1968 seria baixado o Ato Institucional n. 5, que

<sup>22</sup> *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p.88-89.

<sup>23</sup> Exposição de motivos do Ato Institucional de 09 de abril de 1964.

outorgava diversos poderes ao Presidente da República, como os de decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, ficando, assim, o Presidente autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios (art. 2º e seu parágrafo único). O artigo 3º do referido Ato Institucional atribuía ao Presidente da República a competência de, “no interesse nacional, [...] decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.”

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, por sua vez, permitiu, inovadoramente, a representação interventiva pelos Estados-membros, isto é, a prerrogativa de, nos moldes federais, provocar a fiscalização de constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios constitucionais sensíveis da Constituição estadual.

A Emenda Constitucional nº 7/77 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para interpretar, com efeito vinculante, ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propor essa representação (art. 119, I, “e”). Previu também esta Emenda a possibilidade de concessão de **medida cautelar** em sede de representação de inconstitucionalidade (art. 119, I, “p”).

### 3.8. A Constituição de 1988

A Carta Federal de 1988, resultado da abertura democrática, trouxe profundas modificações no ordenamento jurídico pátrio e em especial no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Ficou consagrado um criativo **sistema misto** de fiscalização de constitucionalidade, que engloba a *judicial review*, isto é, a fiscalização concreta, incidental e difusa, nos moldes americanos, exercida pela via de exceção ou defesa, bem como a fiscalização abstrata, principal e concentrada, exercida pela via da ação direta, com inspiração no direito austríaco e nas formulações de Hans Kelsen.

A representação de inconstitucionalidade passou a ser chamada de ação direta de inconstitucionalidade, prevista como competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”).

Podem ser apontadas as seguintes modificações significativas em relação ao regime anterior: (i) a **legitimação** para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que era exclusiva do Procurador-Geral da República, foi consideravelmente **ampliada**, reconhecendo-se a sua importância jurídica (art. 103, inciso I a IX); (ii) tornou-se **obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República** nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, § 1º); (iii) cria-se a figura do **Advogado-Geral da União**, a quem cabe a representação judicial e consultoria da União e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, **a defesa do ato ou texto impugnado** (art. 103, § 3º); (iv) criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e **o mandado de injunção** (art. 5º, LXXI); (v) criou-se um mecanismo destinado à **arguição de descumprimento de preceito fundamental** decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único, regulamentado, posteriormente, pela Lei 9.882/99); (vi) atribuiu ao **Senado Federal** a



competência de **retirar a eficácia de lei ou ato normativo** declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X); (vii) reconheceu expressamente a possibilidade de os **Estados-membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Carta estadual** (art. 125, § 2o).

A par dessas modificações, a Constituição Cidadã, como ficou conhecida, não reproduziu o dispositivo introduzido pela E.C. n. 7/77, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar representação para fins de interpretação.

A Emenda Constitucional n. 3, de 1993 instituiu a **ação declaratória de constitucionalidade** de lei ou ato normativo federal, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, dando nova redação aos artigos 102 e 103 da Carta Federal. As decisões definitivas de mérito, proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Estava, assim, aberta a possibilidade de instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade de caráter dúplice, que atenderia aos postulados da economia processual. Proclamada a constitucionalidade da lei, julgar-se-á procedente a ação declaratória de constitucionalidade e improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e, proclamada a inconstitucionalidade, ocorrerá o inverso. Esse caráter dúplice foi reconhecido pela Lei federal 9.968, de 1999, art. 23, parágrafo único.

#### **4. CONCLUSÃO: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SÉCULO XXI**

Em nosso país, o controle de constitucionalidade já está assentado na cultura jurídica e é utilizado em grande escala. Desde a promulgação da Constituição de 1988 já foram ajuizadas mais de 2800 ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a atividade legislativa de hoje precisa ser qualificada. O controle sobre a sua produção incide tanto durante o processo legislativo (controle preventivo, prévio ou *a priori*) como depois de aprovada a lei (controle repressivo, sucessivo ou *a posteriori*), este último realizado por meio de ação direta e pela via de exceção ou defesa, quando o Poder Judiciário analisa a inconstitucionalidade em um caso concreto.

Por outro lado, o grande número de questionamentos acerca da constitucionalidade das normas enseja a perquirição acerca da necessidade de um tribunal que se dedique exclusivamente à análise dessas espécies.

Em outros países, especialmente da Europa continental, há um tribunal, inserido ou não no Poder Judiciário, a quem cabe, exclusivamente, a análise da constitucionalidade das normas.

Já entre nós, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal cumula as funções de última instância recursal, agregando, outrossim, competências originárias e somando essas tarefas à de Tribunal Constitucional, encarregado

da defesa da Constituição (C. F., art. 102, *caput*). Assim, a possibilidade de criação de um tribunal com competência exclusiva para a análise de constitucionalidade é uma possível tendência em nosso direito, já havendo estudos aprofundados nesse sentido, citando-se, apenas a título de exemplo aqueles elaborados pelos professores Alexandre de Moraes<sup>24</sup> e André Ramos Tavares.<sup>25</sup>

Em um âmbito ainda mais abrangente, diante das posturas beligerantes e desrespeitadoras da ordem mundial perpetradas recentemente, já se cogita acerca de um Estado de Direito universal. Só assim, os direitos dos cidadãos de todo o planeta poderiam ser respeitados sem reservas. Caso essa, à primeira vista utópica, proposta for algum dia implantada, o Estado de Direito Internacional só poderia viabilizar-se mediante um modelo de separação de Poderes e dotado da garantia de controle de constitucionalidade das normas editadas pelas diversas nações que vierem a compô-lo, tendo como parâmetro um estatuto protetivo internacional.

Em intrigante artigo, publicado na Folha de São Paulo de 27 de janeiro de 2003, página A 3, sob o título “Para que servem as Nações Unidas?”, o percuciente professor COMPARATO faz as seguintes observações, visando a proteção dos interesses da humanidade:

“É claro que os interesses da humanidade só terão proteção eficaz quando o Estado de Direito for instaurado no plano internacional. E o grande paradoxo é que isso só será alcançado quando forem adotados dois instrumentos jurídicos criados pelos Estados Unidos, quando eram uma nação recém-independente: a separação dos Poderes e o **juízo de constitucionalidade das leis e dos atos normativos**. (grifo nosso).”

Realmente, a experiência internacional tem demonstrado que as Convenções e Tratados Internacionais de salvaguarda de direitos possuem pouca ou nenhuma valia em relação aos Estados que os subscrevem enquanto não existir um instrumento destinado a invalidar leis e atos governamentais que os contrariem. Essa perspectiva serve tanto para demonstrar a importância do controle de constitucionalidade de leis no âmbito interno das nações (pois aí as leis são efetivamente obrigadas a amoldar-se à Constituição, o que constitui garantia fundamental aos cidadãos) como, de outro lado, revela-se como meta auspiciosa para a construção de um Tribunal Constitucional Internacional, destinado ao controle das leis e atos normativos das Nações de todo o planeta e à defesa dos direitos dos cidadãos do mundo.

Oxalá, Deus nos ilumine a construir, realmente, essa ordem mundial igualitária, justa e, imprescindível, com fraternidade!

## **BIBLIOGRAFIA**

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos dos Povos. São Paulo: Melhoramentos, 1964.

ALVIM, Thereza. Questões Prévia e os Limites da Coisa Julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

---

<sup>24</sup> *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, São Paulo: Atlas, 2000.

<sup>25</sup> *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos Municipais. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado: Ação Direta de Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese, p.67-77. São Paulo: Centro de Estudos, 1979.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed., Porto: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Direito Processual Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. Lei Municipal Inconstitucional. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado: Ação Direta de Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese", p.115-126. São Paulo: Centro de Estudos, 1979.

D'ÁVILA, Luiz Felipe et al. As Constituições Brasileiras: Análise Histórica e Propostas de Mudança. São Paulo: Brasiliense, 1993.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 4.ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18.ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Direta de Controle da Constitucionalidade na Constituição Paulista. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado: Ação Direta de Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese, p.51-66. São Paulo: Centro de Estudos, 1979.

HÄBERLE, Peter. *Heremênutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição.* Trad. de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IVO, Gabriel: *Constituição Estadual. Competência Para Elaboração da Constituição do Estado Membro.* São Paulo: Max Limonad, 1997.

KIMURA, Alexandre Issa. *Constituição Federal de 1988: Apontamentos Doutrinários e Jurisprudenciais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição.* Trad. de Walter Stöner. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. [s.l.]: Liber Júris, 1985.

LIMA, Christina Aires Correa. *Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei perante o Supremo Tribunal Federal.* In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 27, abril-junho de 1999.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOUREIRO, Lair da Silva; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: Jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1986/1995.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996.  
\_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para Uma Teoria da Inconstitucionalidade.* Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.  
\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais,* São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO FILHO, Firly. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade: Atuação da Mesa da Assembléia Legislativa.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Constitucional contra Omissões Legislativas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular.* 8.ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3.ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Ação de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Municipal. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado: Ação Direta de Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese, p. 79-114. São Paulo: Centro de Estudos, 1979.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SCHÄFER, Gilberto. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. Tratado da Argüição de Preceito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2001.

VILHENA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

(\*) O autor é Procurador-Chefe da Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, com especialização em Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária e em Direito Público pela Escola Paulista de Magistratura.

# **A INCONSTITUCIONALIDADE DO ENQUADRAMENTO DOS PARLAMENTARES NO ROL DE SEGURADOS OBRIGATÓRIOS DO RGPS E DA EXIGÊNCIA DAS RESPECTIVAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS**

Yuri Carajescov (\*)

1. Introdução. 2. A relação jurídica que se firma entre a Casa Legislativa e os parlamentares. 3. O descompasso existente entre o arquétipo constitucional e a Lei federal nº 9.506/97. 4. A Emenda Constitucional nº 20/98 e a inconstitucionalidade perene da alínea "h" do inciso I do artigo 12 da Lei federal nº 8.212/91, introduzido pela Lei federal nº 9.506/97. 5. Conclusão.

## **1. INTRODUÇÃO**

A Lei Federal nº 9.506/97 fez inserir a alínea "h" ao inciso I do artigo 12 da Lei Federal nº 8.212/91, de sorte que o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social, passou a ser segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social.

O precitado dispositivo legal passou a ter a seguinte redação, *verbis*:

"Art.12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

(...)

h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;"

Com a aludida alteração legislativa, os parlamentares passaram a sofrer os descontos previdenciários legais e as Casas legislativas foram obrigadas ao recolhimento patronal apurado sobre o valor dos subsídios creditados aos seus mandatários.

Ao analisar a natureza jurídica do vínculo que o exercente de mandato eletivo mantém com o parlamento, trataremos de demonstrar a ausência de respaldo constitucional na inserção dos parlamentares no rol do artigo 12, inciso I, da Lei Federal nº 8.212/91, bem como a inconstitucionalidade da exigência das respectivas contribuições sociais.

Ousamos afirmar que o descompasso entre a lei em comento e a Carta da República prevalece ainda nos dias de hoje, não tendo sido sanado nem mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98.

## **2. A RELAÇÃO JURÍDICA QUE SE FIRMA ENTRE A CASA LEGISLATIVA E OS PARLAMENTARES**

Para se demonstrar que a inovação legislativa trazida pela Lei Federal nº 9.506/97 resborda os contornos constitucionais, mormente o que prevê o artigo

195, inciso I, alínea "a" da C.F. em sua original e também na atual redação da Emenda Constitucional nº 20/98, bem como o §13 do artigo 40 do mesmo Diploma Maior, entendemos imperativo se investigar a natureza da relação que o parlamentar estabelece com a Casa legislativa da qual faz parte.

Nesse sentido, questionamos: seria possível afirmar-se que, v.g., Deputados Estaduais são *empregados* das Assembléias Legislativas? Que os Vereadores recebem *salários* das Câmaras Municipais? Ou ainda que os Senado Federal é o empregador dos Senadores?

Ademais, a Carta Republicana autorizaria, ainda que para fins previdenciários, a equiparação dos parlamentares aos trabalhadores de uma empresa ou a servidores públicos?

A nosso juízo, a resposta é negativa. Vejamos.

Os parlamentos não mantêm com os seus membros vínculo jurídico sequer assemelhado a uma relação empregatícia. Por serem **agentes** políticos exercentes de uma parcela do Poder estatal indeclinável e por conduzirem o governo do próprio Poder que os abriga, os parlamentares não podem ser considerados seus empregados.

Tratando da temática dos vereadores, jurisdicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup> no sentido de "(...) **que os membros das Câmaras Legislativas Municipais, os Vereadores, recebem seus subsídios na qualidade de agentes políticos, através do Poder Público, inexistente qualquer vínculo empregatício característico das relações de trabalho,(...)**" (destacamos).

Nessa linha, consignamos, ainda, que os parlamentares sujeitam-se a regime jurídico outro dos servidores públicos, sejam eles efetivos ou ocupantes de cargos em comissão, de emprego público ou de cargo temporário. Aqueles, como já dissemos, são **agentes políticos**, estes são **agentes administrativos**.

Para fins previdenciários, as disposições aplicáveis aos servidores públicos, mesmo aqueles que não mantêm vínculo perene com a administração, são inservíveis para os parlamentares, especialmente o §13 do artigo 40 da C.F., introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/98.<sup>2</sup>

Com efeito, a jurisprudência, apoiada na doutrina mais autorizada, bem distingue as duas categorias. A saber:

"(...) 1. **Agentes políticos** são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. 2. **Agentes administrativos** são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou à hierarquia funcional e ao regime estatutário da pessoa jurídica a que servem."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> STJ – CC nº 19927, 3ª Seção, Relator Ministro Anselmo Santiago, v.u., DJU 09.11.98.

<sup>2</sup> Diz a Constituição Federal em seu artigo 40, §13: "Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social".

<sup>3</sup> TRF 3ª Região – AC nº 9981, 1ª Turma, Juiz David Diniz, v.u., DJU 07.11.00.

Ainda acerca da matéria, analisando o conteúdo e a extensão da expressão "serviço público", o PRETÓRIO EXCELSO pronunciou-se no sentido de que:

*"(...) A expressão sempre foi entendida de forma limitada e diz respeito àqueles que exsurgem como **servidores públicos stricto sensu, não englobando os que detenham mandato, na condição de agentes políticos, como são os vereadores, os deputados, os senadores, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e, nos mesmos patamares, os correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios.**"*<sup>4</sup> (destacou-se).

O mesmo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, confirmou o entendimento que precisamos ao concluir que os magistrados são agentes políticos e não administrativos. Colacionamos esse julgado porque entendemos que o norte por ele apontado vale também para o caso dos membros do Poder Legislativo. Nesse sentido, o V. Acórdão é auto-explicativo. Confira-se<sup>5</sup>:

*"(...) É que, embora seja considerado um agente público – que são todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, em caráter definitivo ou transitório -, os magistrados se enquadram na espécie agente político. Estes são investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica, requisitos, aliás, indispensáveis ao exercício de suas funções decisórias."*

Em continuação, o V. Acórdão traz a clássica lição doutrinária de lavra do E. HELY LOPES MEIRELLES:

*"É o que elucida o saudoso HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra 'Direito Administrativo Brasileiro' (18ª ed., pág.72):*

**'Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.**

**Nesta categoria encontram-se os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros, Secretários de Estado e de Município), os membros das Corporações Legislativas**

<sup>4</sup> STF – 2ª Turma – RE nº 181.715-1/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 06.08.96, D.J.U. 07.02.97.

<sup>5</sup> STF - 2ª Turma – RE nº 228.977-2, Relator Ministro Néri da Silveira, j. 05.03.02, D.J.U. 12.04.02.



**(Senadores, Deputados e Vereadores)**; os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores, Curadores Públicos)...". (destacamos)

Na mesma esteira, a fim de enriquecer o debate trazemos a jurisprudência da Colenda Corte de Justiça de São Paulo. São essas as palavras do DD. Ministro do C. STJ FRANCIULLI NETTO, então Desembargador do Eg. TJ/SP, ao relatar o Mandado de Segurança Originário nº 30.523-0/01 (D.J. 06.06.97):

"(...) interessa aqui, ainda que sucintamente, destrinçar o agente político do agente administrativo.

Tem-se, então que o impetrante, enquanto **Agente Legislativo de Administração, pertence à categoria de agente administrativo**, ou seja, sujeito à hierarquia funcional e ao regime jurídico estatutário, não como membro nem representante do Poder do Estado, mas unicamente como servidor público, entrelaçado horizontal e verticalmente no organograma do órgão em que se encontra lotado.

*Já, quanto ao exercício de mandato legislativo, não se investiu da condição de agente administrativo, mas sim de agente político por eleição, não como servidor público e tampouco sujeito ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição Federal. Exerceu função governamental legislativa, com plena liberdade funcional, não como simples administrador ou executor de encargos técnicos e profissionais, sem autonomia de decisão e opção política, segundo os conceitos hauridos sempre da douda lição de Hely Lopes Meirelles (cf. ob. cit., ps. 67/70).*"(destacamos)

Cumpre-nos ressaltar que o V. Acórdão peticado consegue, com precisão, distinguir o *servidor* do Poder Legislativo de seu membro.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>6</sup>, igualmente, aponta como **agentes políticos**, categoria que diferencia da dos servidores públicos, "o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os **Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.**" Para o festejado autor:

*"O vínculo que tais agentes (políticos) entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um munus público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da civitas e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade."*<sup>7</sup>

Acrescenta o ilustre Professor da PUC/SP que:

"A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente

<sup>6</sup> *Curso de direito administrativo*, 12.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 221.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p.221.

da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificáveis, sem que caiba precedente oposição às alterações supervenientes, sub color de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas investiduras."<sup>8</sup>

Resta-nos, pois, hialino que os parlamentares, agentes políticos que são, não firmam com as Casas de leis que integram vínculo jurídico sequer equiparável ao de seus servidores públicos, sejam eles temporários ou efetivos, mas estabelecem um liame de natureza institucional, vez que detêm esses mandatários as prerrogativas de exercerem as funções superiores do governo parlamentar.

### **3. O DESCOMPASSO EXISTENTE ENTRE O ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL E A LEI FEDERAL Nº 9.506/97**

Firmada a premissa de que os parlamentares são agentes políticos que mantêm com o Poder Legislativo relação distinta da empregatícia, passamos a investigar se a Lei Federal nº 9.506/97 amolda-se às disposições constitucionais que a inspiram.

Ao elencar, dentre os segurados obrigatórios da Previdência Social, os parlamentares não vinculados a regime previdenciário próprio, a Lei Federal nº 9.506/97 impôs a esses agentes políticos e às respectivas Casas legislativas a obrigação de contribuir para o financiamento do regime geral de previdência social (*ex vi* do §5º do artigo 195 da C.F.), mediante o pagamento de contribuições sociais, conforme preceitos insculpidos nas alíneas "a" e "c" do parágrafo único do artigo 11 da Lei Federal nº 8.212/91.

Eis o texto legal:

"Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - **receitas das contribuições sociais;**

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. **Constituem contribuições sociais:**

a) **as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;**

(...)

c) **as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;"** (destacamos)

Assim, para garantir o financiamento do sistema geral de previdência, por um lado, ao parlamentar - segurado se lhe impõe contribuição social calculada segundo a aplicação de alíquotas variáveis de 8%, 9% e 11% sobre um salário de contribuição definido em lei e reajustado na mesma época e pelos mesmos índices de reajuste dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social (*ex vi* do artigo 20, inciso I e §1º da Lei Federal nº 8.212/91). Por outro, a Casa legislativa arca com montante decorrente do produto da

---

<sup>8</sup> Ibid., p.221-222.

aplicação da alíquota de 20% sobre o total das remunerações pagas ao mandatário (ex vi do artigo 22, inciso I, da Lei Federal nº 8.212/91).

Como é cediço, a Constituição Federal defere aos entes federados competência legislativa para criar *in abstracto* tributos - dentre os quais destacamos as contribuições sociais<sup>9</sup> - por meio de lei que definirá seus elementos essenciais, a saber: a hipótese de incidência, os sujeitos passivo e ativo, a base de cálculo e a alíquota<sup>10</sup>.

As vigas mestras sobre as quais se erguem as construções normativas que amparam o nascimento da obrigação tributária de natureza previdenciária, respeitadas no que couber as limitações do poder de tributar previstas no artigo 150 e seguintes da Carta da República, encontram-se delineadas no artigo 195 do Diploma Maior.

É certo que nossa investigação levará em conta a redação do precitado dispositivo constitucional ao tempo da edição da Lei Federal nº 9.506/97, vez que a lei há de ser compatível com a disciplina constitucional vigente quando de seu nascimento. Mais adiante ponderaremos que, a nosso juízo, ainda que se pudesse falar em recepção de uma norma inconstitucional pela novel Ordem Maior, nem mesmo a Emenda Constitucional nº 20/98 teria o dom de salvar a indigitada legislação.

Em 30 de outubro de 1997 (data da publicação da Lei Federal nº 9.506/97 e de sua entrada em vigor), dispunha a Carta Federal:

Artigo 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições:

I - **dos empregadores**, incidente **sobre a folha de salários**, o faturamento e o lucro;

II - **dos trabalhadores**; (grifamos).

Ora, já dissemos em passagens anteriores que as Casas legislativas não são empregadoras de parlamentares; da mesma forma que os mandatários não são empregados dos parlamentos que compõem, nem tampouco recebem salários, mas subsídios, conforme disposição constitucional expressa.

Nesse sentido, inexistia autorização constitucional (o que ainda persiste) para se exigir do parlamentar e do respectivo parlamento a contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social, tal como prevista na Lei Federal nº 9.506/97.

É certo, sob pena de se invalidar o princípio da supremacia da Constituição<sup>11</sup>, que a lei – ainda mais em matéria tributária - não pode dilargar

<sup>9</sup> Esse é o entendimento do Eg. STF exposto no RE nº 138.284-CE, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j.1º.07.1992, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 143/313.

<sup>10</sup> Cf. Roque Antônio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, 17.ed., São Paulo: Malheiros, p. 429.

<sup>11</sup> Segundo o Professor Luís Roberto Barroso, "por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. Na prática brasileira, já demonstramos em outra parte, no momento da entrada em vigor de uma nova Carta, todas as normas anteriores com ela contrastantes ficam

o conteúdo semântico das expressões constantes dos textos constitucionais de modo a atingir pela tributação situações por elas não contempladas. Vale dizer: não pode a lei, à guisa de estabelecer equiparações, por exemplo, caracterizar como empregador a Assembléia Legislativa de São Paulo e como empregado o Deputado Estadual, exigindo assim as equivalentes contribuições sociais.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA, com a precisão que lhe é peculiar, ensina que:

*"A Constituição, ao disciplinar as competências tributárias, estabeleceu – ainda que, por vezes, de modo implícito e com uma certa margem de liberdade para o legislador – a norma-padrão de incidência (o arquétipo, a regra-matriz) de cada exação. Noutros termos, ela apontou a hipótese de incidência possível, o sujeito ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível, das várias espécies e subespécies de tributos. Em síntese, o legislador, ao exercitar a competência tributária, deverá ser fiel à norma-padrão de incidência do tributo, pré-traçada na Constituição."*<sup>12</sup> (destaques do autor).

Ponderamos que a desobediência pelo legislador ordinário dos parâmetros fixados na Constituição Federal invalida a norma inferior, situação que enxergamos no caso em apreço e que consideramos similar àquela que foi objeto de apreciação pela Corte Suprema, ao julgar inconstitucional a exação previdenciária incidente sobre a remuneração paga a autônomos e administradores, prevista no inciso I do artigo 3º da Lei Federal nº 7.787/89. Naquela oportunidade, o Pretório Excelso obtemperou que as expressões "autônomo" e "administradores" inseridas na lei ressentiam-se da falta de amparo constitucional. Citamos a ementa do emblemático julgado<sup>13</sup>:

*"Contribuição Previdenciária. Autônomos e administradores. Regência. A relação jurídica mantida com administradores e autônomos não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador dos serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorra via folha de salários. Afastado o enquadramento no inciso I do art. 195 da Constituição Federal exsurge a desvalia constitucional da norma ordinária disciplinadora da matéria. A referência contida no §4º do art. 195 da Constituição Federal ao inciso I do art. 154, nela inculcido, impõe a observância de veículo próprio (a lei complementar). Inconstitucionalidade do inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787/89, no que abrangido o que pago a administradores e autônomos. Declaração de Inconstitucionalidade limitada pela controvérsia dos autos, no que não envolvidos pagamentos a avulsos."* (destacamos).

---

revogadas. E as normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas." (*Interpretação e aplicação da Constituição*, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.156).

<sup>12</sup> *Curso de direito constitucional tributário*, 17.ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p.440/441.

<sup>13</sup> RE nº 166.772-9-RS, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, maioria de votos, j. em 12.05.1994, Boletim da AASP 1856/217. Releva ponderar que, ainda em sede de controle difuso e por maioria de votos, o STF julgou inconstitucional também a expressão "avulsos" contida no artigo 3º da mesma lei federal precitada, isto se deu no RE nº 177.296-4-RS, Relator Min. Moreira Alves, j. 14.09.1994, DJ 09.12.1994.

Seguindo a mesma linha de raciocínio abraçada pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, consideramos que tampouco o artigo 195 da CF outorga competência para a imposição, via lei ordinária, de contribuição social incidente sobre os subsídios pagos aos parlamentares, eis que, repisamos, os parlamentos não são empresas empregadoras, nem os mandatários são seus empregados.

Esse é o sentido da jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim delineada:

"Não detendo a Municipalidade a natureza jurídica de empresa nem tampouco seus agentes políticos eletivos a condição de empregados, torna-se descabida a retenção da contribuição previdenciária incidente sobre seus subsídios (art. 22, I, c/c art. 12, I, "h", ambos da Lei nº 8.212/91)"<sup>14</sup>

No mesmo diapasão, colacionamos ementa de V. Acórdão relatado pela então Juíza do TRF da 4ª Região e hoje Ministra do Pretório Excelso ELLEN GRACIE NORTHFLEET<sup>15</sup>:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXERCENTE DE MANDATO ELETIVO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE. **1. Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador são agentes políticos e não empregados. Ou têm regime próprio de previdência e ficam de fora do regime geral, ou não têm e seguem fora porque o seu subsídio não caracteriza o fato gerador da contribuição previdenciária, que se resume a empregados e autônomos.**"(destacamos)

Do mesmo Egrégio TRF da 4ª Região é o seguinte julgado<sup>16</sup>:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AGENTES POLÍTICOS. LEI 9.506/97. LIMINAR. PRESSUPOSTOS. **Os agentes políticos titulares de cargos eletivos não se equiparam a trabalhadores para fins previdenciários e os seus subsídios não correspondem a salários para fins de incidência da contribuição para a seguridade social.**" (destacamos)

Por derradeiro, cumpre-nos transcrever importante aresto de jurisprudência do Egrégio TRF da 5ª Região<sup>17</sup>:

"PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. **OS VEREADORES NA QUALIDADE DE AGENTES POLÍTICOS NÃO ESTÃO VINCULADOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.** INTELIGÊNCIA DO ART. 195, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO."(destacamos)

Em que pese a matéria não ter sido ainda pacificada por nossos Tribunais<sup>18</sup>, consideramos irrefutável que o artigo 12, inciso I, alínea "h", da Lei

<sup>14</sup> TRF 3ª Região, AMS nº 191200, 1ª Turma, DJU 10.12.2002.

<sup>15</sup> TRF 4ª Região, AG nº 49994, 1ª Turma, DJU 26.01.00.

<sup>16</sup> TRF 4ª Região, AMS nº 73576, Relator Juiz Amir Sarti, 1ª Turma, DJU 29.09.99.

<sup>17</sup> TRF 5ª Região, AG nº 19759, Relator Juiz Lázaro Guimarães, 2ª Turma, DJU 23.04.99.

<sup>18</sup> Em sentido contrário a dos julgados citados, colacionamos: TRF – 4ª Região, AP nº 199804010805646, rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro, maioria, J. 30.08.00, DJU 04.10.00 e TRF

nº 8.212/91, com a redação que lhe conferiu a Lei Federal nº 9.506/97, fez tábula rasa do dispositivo constitucional inserto no artigo 195, de sorte a equiparar situações completamente diferentes e extrair da Lei Maior significados por ela não contemplados.

Bem por isso, ousamos afirmar que a Lei Federal nº 9.506/97, ao incluir a alínea "h" ao inciso I do artigo 12 da Lei Federal nº 8.212/91, criou novas formas de financiamento da seguridade social não previstas na Constituição Federal, quais sejam a contribuição do Poder legislativo incidente sobre os subsídios pagos a seus agentes políticos e a desses agentes incidente sobre um salário de contribuição definido em lei, o que somente poderia se dar através de lei complementar, conforme preceitua o artigo 195, §4º da C.F.<sup>19</sup>, jamais pelo veículo legislativo ordinário, como ocorreu *in casu*.

#### **4. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 E A INCONSTITUCIONALIDADE PERENE DA ALÍNEA "H" DO INCISO I DO ARTIGO 12 DA LEI FEDERAL Nº 8.212/91, INTRODUZIDO PELA LEI FEDERAL Nº 9.506/97**

Ressaltamos que tampouco a Emenda Constitucional nº 20/98 teve a força de "constitucionalizar" o comando legal em comento, ao alterar a redação do inciso I e alínea "a" e inciso II, todos do artigo 195. Ou, ainda, ao fazer inserir o §13 ao artigo 40 da Lei Maior.

É certo que a norma que nasce em desacordo com a Constituição vigente não se "constitucionaliza" com o advento de ulterior emenda à Lei Maior que com ela, em tese, venha a se coadunar. E a norma legal em exame, conforme já demonstramos, não possuía o imprescindível amparo constitucional ao tempo de seu surgimento.

A norma inconstitucional, como é cediço, sequer chega a compor validamente o arcabouço jurídico. Ousamos dizer que ela, a norma, representa um "nada jurídico". Apoiamos nossa assertiva na tradicional doutrina norte-americana ("*the unconstitutional statute is not law at all*"<sup>20</sup>), para quem a lei inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*.<sup>21</sup>

GILMAR FERREIRA MENDES considera que a lei inconstitucional assim declarada é "*nula ipso jure e ex tunc*", arrematando, com base na jurisprudência do Pretório Excelso, que:

"(...) Essa posição não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade **ipso jure**, até porque, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação

---

– 1ª Região, AP nº 199936000049229, rel. Juiz Mário César Ribeiro, v.u., J. 01.10.02, DJU 06.02.03

<sup>19</sup> Art. 195 §4º, CF "A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I"

<sup>20</sup> W.W. Willoughby, *The Constitutional law of the United States*, v. 1, p. 9-10 *apud* Gilmar Ferreira Mendes, jurisdição constitucional, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 257-258.

<sup>21</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *o controle da constitucionalidade das leis*, 2.ed., Rio de Janeiro: [s.c.p.], 1968, p.140-141.

que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. **A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição.**<sup>22</sup> (destacamos).

Por esse giro verbal, temos que a Emenda Constitucional nº 20/98 não teve o dom sobrenatural de ressuscitar a *nati morta* norma do artigo 12, I, "h" da Lei nº 8.212/91, introduzida pela Lei Federal nº 9.506/97.

Por outro lado, ainda que pudéssemos superar os obstáculos que legitimamente lançamos no caminho da Lei Federal nº 9.506/97, julgamos que sequer a Emenda Constitucional nº 20/98 contempla a situação descrita na indigitada legislação e que é objeto deste estudo.

Ora, mesmo à luz do novel diploma constitucional, afigura-nos insubsistente a cobrança de contribuição social das Casas legislativas e de seus membros.

Primeiro, porque, da mesma forma e ao lume dos mesmos argumentos utilizados anteriormente, não nos é lícito extrair da novel dicção constitucional do artigo 195, inciso I, alínea "a" e inciso II, que os Parlamentos possam ser equiparados às empresas e que os seus membros a empregados das Casas legislativas. Esse entendimento começa a ser amparado pela jurisprudência:

**"TRIBUTÁRIO. INEXIGÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DA UNIÃO FEDERAL, ESTADOS E MUNICÍPIOS RELATIVAMENTE ÀS REMUNERAÇÕES DEVIDAS AOS SEUS AGENTES POLÍTICOS.**

1. Conforme já decidi anteriormente, a contribuição social criada pela Lei Complementar nº 84/96 não poderia ser exigida da União Federal, Estados e Municípios quanto aos pagamentos feitos a titulares de mandatos eletivos. Concluí, naquela oportunidade, não autorizar a referida lei, a cobrança da contribuição em questão, pois o fato gerador contemplado é o pagamento de remuneração por serviços prestados à empresa ou pessoa jurídica no decorrer do mês, conceito ao qual os entes políticos se enquadram.

**2. As alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 20 à redação do artigo 195 da Constituição de 1988 não tiveram o condão de modificar o entendimento esposado, em virtude de os entes políticos não poderem ser incluídos entre entidades equiparadas a empresa – ampliação decorrente da referida emenda, tendo vista o caráter institucional daqueles.**

3. A discussão nos presentes autos deve limitar-se à contribuição que vem sendo exigida do município relativamente aos pagamentos feitos aos seus agentes políticos.

**4. Não se deve confundir contribuição social patronal e contribuição social dos empregados. O município impetrante insurge-se legitimamente contra a cobrança da contribuição – portanto, patronal -, incidente sobre a folha de salários referente**

---

<sup>22</sup> *Jurisdição constitucional*, op. cit., p.261-263, nota 20.

**às remunerações devidas aos seus agentes políticos.** Mas quando o faz, defende-se contra a Lei 9.506/97, que acrescentou a alínea h ao artigo 12, I, da Lei 8.212/91, induzida em erro pelo INSS quando lhe faz a exigência.

5. Todos os argumentos apresentados quando afastei a cobrança da contribuição social criada pela Lei Complementar nº 84/96, enquanto exigida dos municípios relativamente aos seus agentes políticos, servem também para afastar a cobrança da contribuição que por ora vem sendo deles exigidas."<sup>23</sup> (destacamos)

Segundo, porque sequer as hipóteses enumeradas no §13 do artigo 40 da C.F., também introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/98, contemplam os parlamentares que, por tudo quanto já exposto, não podem ser enquadrados na categoria de servidores temporários do Estado, não se lhes aplicando o regime geral de previdência social.

## **5. CONCLUSÃO**

Diante de tudo quanto exposto, concluímos que a alínea "h" do inciso I do artigo 12 da Lei Federal nº 8.212/91, com a redação da Lei Federal nº 9.506/97, em tempo algum atendeu aos ditames da Constituição da República, sendo, conseqüentemente, inconstitucional a exigência das contribuições sociais de que tratam os artigos 20, inciso I, §1º e 22, inciso I, todos da Lei Federal nº 8.212/91.

(\*) O autor é Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, com atuação na Coordenadoria do Contencioso Geral. Advogado em São Paulo. Especialista em direito tributário pelo IBET.

---

<sup>23</sup> TRF - 4ª Região - AMS nº 19980401070752-SC, Relatora Juíza Tania Terezinha Cardoso Escobar, 2ª Turma, DJ 11.08.99.



# A INICIATIVA DAS LEIS TRIBUTÁRIAS

Sérgio Resende de Barros (\*)

1. Introdução. 2. A iniciativa das leis. 3. A iniciativa do Executivo. 4. As diretrizes orçamentárias. 5. A razão da argumentação. 6. Constituições estaduais e leis orgânicas. 7. Um argumento inaceitável. 8. A iniciativa de emendas. 9. Conclusões. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Embora seja questão já resolvida pela doutrina, ainda se debate nas casas legislativas brasileiras a possibilidade de membros do Poder Legislativo proporem projetos de lei ou emendas a projetos de lei em matéria tributária. São alcançadas também por esse questionamento as propostas de emendas constitucionais. O debate se trava, sobretudo, nas comissões parlamentares incumbidas de controlar a constitucionalidade das proposições legislativas, geralmente denominadas Comissões de Constituição e Justiça, das quais algumas têm negado a constitucionalidade da iniciativa parlamentar no campo tributário. No entanto, na hipótese de o ordenamento constitucional abrigar essa iniciativa parlamentar e os parlamentares a negarem a si mesmos, aí estará ocorrendo não somente uma grave inconstitucionalidade, como também uma injustificável mutilação do Poder Legislativo pelos próprios legisladores.

Ademais, os projetos de lei propostos por parlamentares no trato de matéria tributária têm sido vetados pelo Poder Executivo por vício de iniciativa, causando, em decorrência da rejeição do veto, sua promulgação pelo próprio Poder Legislativo, o que por sua vez tem sido *causa petendi* de ações diretas de inconstitucionalidade para impugnar as leis daí resultantes, dando ensejo, enfim, a uma jurisprudência que ainda revela algumas vacilações, sobretudo por entre os Tribunais de Justiça dos estados membros da Federação brasileira.

Subsiste, pois, a indagação: será privativa do Executivo a iniciativa das leis tributárias? Daí, a conveniência de revisitar a questão, doutrinariamente.

## 2. A INICIATIVA DAS LEIS

À luz do artigo 61 da Constituição brasileira de 1988, iniciativa das leis é o poder de dar início ao processo legislativo pela proposição de projeto de lei complementar ou ordinária. Essa iniciativa é privativa quando o poder de iniciar é fechado ao acesso de mais de um titular. Da reclusão da iniciativa em mãos de um só titular, com exclusão de outros, resulta um poder concentrado, conhecido por qualificativos vários que, diversos na sua forma vocabular, coincidem no seu conteúdo significativo: iniciativa reservada, iniciativa privativa, iniciativa exclusiva. A iniciativa perde essa significação de modo irremediável, se for praticada por outrem que não o seu titular único. Daí, por que o Supremo

Tribunal Federal inverteu sua jurisprudência para entender definitivamente que a sanção não convalida o projeto de lei inquinado por ofensa à iniciativa privativa do Poder Executivo.<sup>1</sup>

Na essência, a iniciativa das leis é uma competência. Por sua relevância, é fixada pela própria Constituição. No direito constitucional doutrinário, já houve diligência no sentido de diferenciar competência exclusiva de competência privativa: “a diferença entre a exclusiva e a privativa está nisso, aquela não admite complementariedade nem delegação”. Como exemplos na Constituição de 88 foram dados o artigo 22 e seu parágrafo único e o artigo 24 e seus quatro parágrafos.<sup>2</sup> Mas essa diferença e seus exemplos não subsistem diante da mesma Constituição, porque seu artigo 24 e parágrafos tratam expressamente de competência concorrente, como ele mesmo o diz no *caput*, e também porque a Constituição qualifica de privativas competências que são absolutamente indelegáveis, como, por exemplo, as da Câmara dos Deputados (artigo 51), as do Senado Federal (artigo 52) e as dos tribunais (artigo 96) e, ainda mais, porque ela mesma não faz essa distinção, recusando-a de modo expresso, como se evidencia do cotejo do § 1o do artigo 61 com o inciso I do artigo 63. Pelo que, no tocante à iniciativa das leis, são indiferentes os três qualificativos: reservada, ou privativa, ou exclusiva.

### 3. A INICIATIVA DO EXECUTIVO

A iniciativa legislativa do Poder Executivo pode ser privativa ou não. A privativa deve ser - e só pode ser - estabelecida explicitamente pelo texto constitucional, não se admitindo aqui nenhuma forma de exegese ampliativa. No processo legislativo federal, a iniciativa outorgada com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo está fixada no § 1o do artigo 61. Basta ler atentamente os incisos e as alíneas desse parágrafo para ver que a única matéria tributária privativa do Presidente da República na iniciativa das leis é a dos territórios. É o que salta à vista, a partir da própria evidência do texto, sem precisar de nenhuma elucidação interpretativa. É fato notório. Só quem não enxergar o óbvio incluirá na iniciativa privativa do Presidente da República, definida no § 1o do artigo 61 da Constituição Federal, leis tributárias além das de Territórios. No entanto, apesar dessa notoriedade, pode-se reforçar esse entendimento pela interpretação em conjunto das alíneas do inciso II desse § 1o.

Realmente, nessas alíneas, quando a Constituição quer incluir, além dos Territórios, também a União, os Estados, o Distrito Federal, ela o diz expressamente. Nada disse de iniciativa privativa em matéria tributária, a não ser na alínea “b” e somente para os Territórios. Como hoje não existem Territórios no Brasil, conclui-se que, enquanto durar essa inexistência, o Presidente da República não terá iniciativa privativa de nenhuma lei tributária. Se vier a ser criado algum Território, apenas em relação a ele será privativa do Presidente da República a iniciativa de leis em matéria tributária. Afora essa

---

<sup>1</sup> Dessa inversão, o *leading case* é a Representação nº 890-GB, em cuja seqüência vieram outras, como a Representação nº 1.051/1-GO, relatada pelo Ministro Moreira Alves. (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 96.)

<sup>2</sup> Cf. José Afonso da Silva, *curso de direito constitucional positivo*, p. 481.

exceção, referida exclusivamente aos Territórios, a iniciativa das leis tributárias não pode ser negada aos parlamentares eleitos pelo povo.

Digo mais: também não pode ser negada aos próprios cidadãos, diretamente, que a podem exercer por iniciativa popular, nos termos do *caput* e do § 2º do artigo 61 da Constituição Federal.<sup>3</sup> Tanto é verdade que a iniciativa das leis, em não sendo privativa, está ao alcance do povo, que o item 5 do § 3º do artigo 24 da Constituição do Estado de São Paulo dispõe que “não serão suscetíveis de iniciativa popular matérias de iniciativa exclusiva, definidas nesta Constituição”. Logo, a *contrario sensu*, se a matéria não é de iniciativa exclusiva, como não o é a tributária, então é suscetível de iniciativa popular. Idêntico dispositivo, permitindo o mesmo raciocínio a *contrario sensu*, encontra-se na Lei Orgânica do Município de Santos, SP (parágrafo único do artigo 37).

O acesso dos parlamentares e do povo à iniciativa das leis tributárias é confirmado na doutrina. Por exemplo, lucidamente, ROQUE ANTONIO CARRAZZA afirma que, “em matéria tributária”, com “exceção feita à iniciativa das leis tributárias dos Territórios”, a iniciativa legislativa “é ampla, cabendo, pois, a qualquer membro do Legislativo, ao Chefe do Executivo, aos cidadãos, etc.”<sup>4</sup>

Nesse mesmo sentido, negando a iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, já decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (AgRg nº 148.469-9-SP, de 10/10/95, Relator Ministro ILMAR GALVÃO), em acórdão cuja ementa, neste ponto, reza: “O ordenamento constitucional vigente não contém disposição que contemple a iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo para o processo legislativo em matéria tributária.”

#### 4. AS DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS

De mais a mais, nenhuma competência privativa para iniciar lei tributária decorre do inciso II do *caput* combinado com o § 2º do art. 165 da Constituição Federal. Aí se lê que lei de iniciativa do Executivo estabelecerá diretrizes orçamentárias, dispondo tais diretrizes, entre outras matérias, sobre as alterações na legislação tributária. Mas daí não se conclui ser privativa do Poder Executivo a iniciativa da legislação tributária. A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) dispõe condições apenas sobre alteração e não sobre início da legislação tributária. Dela não resulta exceção à iniciativa da legislação tributária. Pressuposto de alterar é existir. Como alterar o que não existe? Normas sobre alteração não atingem o início da existência da coisa alterada. E ademais, como seu nome diz, a LDO apenas fixa diretrizes sobre alterações da legislação tributária, devendo respeitar, porém, os princípios constitucionais da tributação, entre os quais o da não-exclusividade da iniciativa legislativa. Se avançar além disso, uma LDO - em vez de diretrizes orçamentárias - faria exceções às normas constitucionais da tributação, o que a

---

<sup>3</sup> Isso, não obstante a iniciativa popular seja uma burla da cidadania pela constituição-cidadã, cognome apostado à Constituição de 88 no momento de sua promulgação, uma vez que nela a iniciativa das leis é dada aos cidadãos no *caput*, mas logo lhes é obstruída no § 2.º, ambos do artigo 61, tamanhas as dificuldades impostas à sua prática.

<sup>4</sup> *Curso de direito constitucional tributário*, p.278, grifo do autor.

tornaria uma lei inconstitucional, por evidente extravasamento da ordem constitucional.

Em verdade, a LDO é de iniciativa privativa do Executivo exatamente porque não é lei tributária, mas orçamentária. Orçamento é próprio do Governo. Por isso, a Constituição Federal faz privativa do Executivo a iniciativa das leis orçamentárias. Mas não a das leis tributárias. Por que razão? Veja-se.

## 5. A RAZÃO DA ARGUMENTAÇÃO

Tributo interessa a todo o povo, que por dever difuso contribui para manter o Estado. Por isso, também interessa a todos os representantes eleitos pelo povo para atuarem no processo legislativo. Esse interesse coletivo, primário e direto, está na origem do Estado moderno. Ainda na Idade Média, já se expressava a preocupação dos súditos com a sanha tributária dos reis. É o que está evidente nos dispositivos 12, 13, 14 e 15 da *Magna Charta Libertatum* (a Grande Carta das Liberdades), assinada em 1215 pelo REI JOÃO, pressionado pela revolta dos seus contribuintes, contra o arbítrio da tributação, que lhes oprimia a liberdade.

Nesses dispositivos se determina que “não haverá qualquer ajuda ou tributo a não ser pelo conselho comum do reino” (o parlamento daquela época), devendo ser intimados a participar do conselho, nas ocasiões em que se reunisse para aprovar tributos, todos os que naquela época eram os contribuintes maiores (arcebispos, bispos, abades, condes, barões), estatuidos, enfim, que “em cada uma dessas ocasiões só se levantará uma ajuda razoável”.<sup>5</sup> Veja-se que se fixa, já desde então, um princípio geral de razoabilidade tributária: o tributo não deve exceder à capacidade contributiva do contribuinte em particular, nem a do povo em geral. Esse princípio vem sendo mutilado no Brasil, cujos cidadãos suportam uma das maiores cargas tributárias do mundo ocidental.

Justamente para garantir a liberdade dos súditos, a submissão da tributação ao parlamento se fez integral, passando a ser desde então o que ainda hoje é: uma condição imprescindível à governabilidade do Estado, inseparável dos direitos humanos fundamentais, que os indivíduos e os cidadãos têm diante dos agentes do Poder soberano. Essa razão coletiva - que submete a tributação ao parlamento, completamente, desde a sua iniciativa - é fundante da governabilidade e, por isso, ganhando ancestralidade, consolidou-se como uma das invariantes axiológicas do Estado contemporâneo.<sup>6</sup> O que a

---

<sup>5</sup> Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, *liberdades públicas: parte geral*, p.47.

<sup>6</sup> Em meu recente livro, *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, espero ter redimido o termo “governabilidade” do desgaste que sofreu em razão dos recentes e pretensos “pactos de governabilidade” que, pelo seu fisiologismo político, mais foram ou intentaram ser “pactos de governismo”. Em sua autenticidade, a governabilidade é o objeto maior do Direito Político, devendo ser assim tratada pelos ramos jurídicos - como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Tributário e outros - que se entrecruzam com o Direito Político. Ademais, condição imprescindível à governabilidade do Estado, em termos democráticos, é o respeito e a garantia dos direitos humanos fundamentais. Estes - em suas ditas gerações - no fundo são **uma geração contínua de direitos para ampliar a proteção do humanismo da sociedade política, alcançando crescentemente todos os objetos (extensão objetiva) e todos os sujeitos (extensão subjetiva), na medida do necessário para essa proteção.**

transformou em princípio constitucional inafastável de qualquer forma de Estado: unitário, regional, federal.<sup>7</sup> Assim, previsto na Constituição Federal, esse princípio incide integralmente sobre toda a tributação em toda a federação brasileira, impondo-se a todos os seus membros: a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios.

Portanto, negar a integralidade dessa submissão, retirando dos parlamentares a iniciativa das leis tributárias, em qualquer dos níveis ou entes federativos, é violentar um princípio histórico que na evolução da civilização ocidental se tornou princípio institucional de qualquer Estado que se queira democrático e de direito. Ele opõe a justa preocupação dos súditos à tradicional sanha tributária do poder soberano, sobretudo do Poder Executivo, que gere a Fazenda Pública. A abertura da iniciativa legislativa tributária aos parlamentares e ao próprio povo se assenta nessa razão coletiva, erigida pela história em princípio institucional da ordenação estatal, acatado pela Constituição da Federação brasileira.

Por esse princípio se conclui serem inconstitucionais normas - como o inciso IV do artigo 29 da Lei Orgânica do Município de Carazinho, RS - que incluem a matéria tributária na iniciativa privativa do Poder Executivo. Não seja essa conclusão infirmada pelo princípio da autonomia dos entes federativos, que lhes faculta dispor diversamente da Constituição Federal e que estaria aí sendo atendido. De outro lado, não seja confirmada pelo princípio da simetria, que os obrigaria a dispor em conformidade com a Constituição Federal e que estaria aí sendo desatendido. Veja-se a explicação a seguir.

Por definição, é a federação a forma de Estado em que diversos estados autônomos (estados federados) convivem dentro de um só e mesmo Estado soberano (o Estado federal). Nessas condições, com exceção das federações crivadas de autoritarismo, normalmente o federalismo, ainda que contido por algumas amarras de simetria, contém muitos e fortes elementos de assimetria, sem os quais se descaracteriza, tendendo ao unitarismo.<sup>8</sup> Em verdade, o federalismo mais genuíno tende para a assimetria, ficando simétrico apenas no necessário à união. Pelo que, incompatível com ele, a simetria não chega a ser o princípio constitucional rígido e intolerante em que muitos a querem transformar, invocando-a por entre os patamares da federação brasileira, a fim de continuar fulminando a autonomia de estados e municípios segundo uma mentalidade autoritária herdada do passado recente.

---

Pelo que, desde quando o Estado moderno surgiu, a geração de direitos - exprimindo e protegendo os valores básicos da comunidade que enformam superiormente o Estado - constitui uma das bases da governabilidade. Esta pode ser assim definida: *a governabilidade é a possibilidade de ação governativa eficiente e estável resultando em um governo eficaz, segundo os valores básicos da comunidade e superiores do Estado que a tem por base, a fim de realizar o ser humano nos indivíduos humanos, mediante a direção e a administração da maior valia de sua sociedade para essa realização.* (Cf. Sérgio Resende de Barros, *direitos humanos: paradoxo da civilização*, p.449 *et passim*).

<sup>7</sup> Sobre as diferenças entre unitarismo, regionalismo e federalismo como formas de Estado, consultar no meu "site" na Internet - [www.srbarros.com.br](http://www.srbarros.com.br) - no item "Artigos", sub-item "Direito Constitucional", o artigo intitulado "Estado unitário, Estado regional, Estado federal".

<sup>8</sup> Sobre simetria e assimetria do federalismo, ver: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a organização do Estado brasileiro e as tendências do federalismo: simetria e assimetria, in *aspectos do direito constitucional contemporâneo*, p.172 e ss. Sobre o federalismo assimétrico, ver: Dircêo Torrecillas Ramos, *federalismo assimétrico, passim*.

Aí, as razões por que a argumentação acima, que impugna esse dispositivo da Lei Orgânica de Carazinho, RS, não se assenta na malsinada simetria, freqüente em pareceres doutrinários e decisões judiciais. Vale-se, isto sim, daquele princípio histórico - a abertura da iniciativa das leis tributárias - que, consolidado como democrático no constitucionalismo ocidental, está abrigado no constitucionalismo brasileiro, de forma que se impõe a todos os níveis da República Federativa do Brasil: o federal, o estadual e o municipal.<sup>9</sup>

## 6. CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS E LEIS ORGÂNICAS

Nas constituições estaduais e leis orgânicas, geralmente essa abertura da iniciativa é a mesma. Incabível a análise de todas as constituições estaduais e leis orgânicas, tomem-se dois exemplos: São Paulo e Rio Grande do Sul. Suas constituições, a molde da Federal, não reservam ao Executivo a iniciativa das leis tributárias. Basta comparar o § 1o do artigo 61 da Constituição Federal com o § 2o do artigo 24 da Constituição paulista. Também, basta ler os artigos 60, 82 e 149 da Constituição gaúcha. É o suficiente para verificar que essas constituições não incluem a matéria tributária na iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, deixando-a, portanto, constitucionalmente, ao alcance da iniciativa dos parlamentares. De igual modo, outros exemplos: a Constituição do Mato Grosso do Sul (artigo 67, § 1o e suas alíneas), a Constituição do Estado de Minas Gerais (artigo 66, inciso III e suas alíneas).

O mesmo se passa com a grande maioria das leis orgânicas. Comprova alguns exemplos tomados aleatoriamente: Lei Orgânica do Município de São Paulo (artigo 37, § 2o e seus incisos), Lei Orgânica do Município de Santos, SP (artigo 39, inciso I e suas alíneas), Lei Orgânica do Município de Piracicaba, SP (artigo 115, § 2o e seus incisos), Lei Orgânica do Município de Ilha Solteira, SP (artigo 27, § 2o e seus incisos), Lei Orgânica do Município de Victor Graeff, RS (artigo 47, § 1o e suas alíneas), Lei Orgânica do Município de Sarandi, RS (artigo 31 e seus incisos). Bem mais extremadas são as leis orgânicas de Araraquara (SP) e de Passo Fundo (RS), que nem sequer contemplam o prefeito com reserva de iniciativa. Tudo isso aconselha, no exame da iniciativa legislativa privativa, consultar também a Constituição Estadual e a Lei Orgânica, respectivamente, além da Constituição Federal.

## 7. UM ARGUMENTO INACEITÁVEL

Não se diga que certas leis de caráter tributário, apeladas “leis tributárias benéficas”, ao tocarem nas receitas do Estado, tumultuariam a execução orçamentária, por tirarem do Governo arrecadações com que ele contava, havendo aí uma indevida intromissão em matéria orçamentária e administrativa. Esse argumento talvez valesse, se a execução fosse imediata. Mas o anula o princípio da anterioridade tributária, presente na Constituição federal (artigo 150, inciso III, alínea “b”) e em todas as constituições estaduais e leis orgânicas. Por ele, tributos e, em decorrência, aumentos e descontos

---

<sup>9</sup> No curso histórico do seu constitucionalismo republicano, o Brasil desenvolveu um terceiro nível geral de poder, além dos dois níveis tradicionais em todo federalismo. Daí, **o federalismo trino**, como assim o chamo por seus três patamares **padronizados** de poder: o federal, o estadual e o municipal.

tributários somente se cobram no exercício seguinte ao de sua criação, a fim de dar tempo ao cidadão e ao Estado de se adaptarem à tributação ou à alteração tributária.

Pelo que, infelizmente, aqui já não é lúcida a argumentação de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, ao “proclamar que só o Chefe do Executivo é que pode apresentar projetos de leis tributárias benéficas, uma vez que só ele tem como saber dos efeitos das isenções, anistias, remissões, subsídios etc., que envolvam tal matéria”. Aduz que - “não tendo nenhum compromisso com o interesse público e, por assim dizer, cuidando de assuntos que lhe são favoráveis” - os cidadãos “nunca jamais se pejariam de apresentar leis tributárias isentivas, remissivas, anistiantes etc.”. Também, aplica esse argumento moral aos parlamentares - “sem qualquer desrespeito e com as necessárias adaptações” - nos seguintes termos: “Leis deste jaez podem, inclusive, preparar o terreno para futuras candidaturas a cargos executivos. De fato, com o forte apelo popular que as leis tributárias benéficas invariavelmente possuem, não nos demasiamos em arrojada hipótese proclamando que elas têm livre trânsito no Legislativo. Legislativo que também não tem o compromisso constitucional de zelar diretamente pelo Erário Público.”<sup>10</sup>

Além de infeliz, é inaceitável esse argumento que, em sendo puramente moral e não jurídico, desmoraliza o povo em face do interesse público e o Legislativo em relação ao erário público, com o fito de supor implícita uma vedação constitucional que, na realidade, não existe. O povo e os legisladores têm compromisso, sim, com o interesse público e com o erário público. Exceções existem, como em toda parte, pois até entre os discípulos de Cristo houve exceção. Mas não tem cabimento transformar os Judas em normalidade e fazer da exceção a norma. Generalizar a exceção é um grave erro.

Assim, não há por que afastar como inconstitucional, por exemplo, um projeto de lei de iniciativa parlamentar que trate de matéria tributária para conceder aos que não cometeram infrações de trânsito descontos no IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), respeitada a anterioridade de exercício entre a apuração do desconto e a sua efetivação. Na forma, é constitucional. Além do mais, no mérito, premia o bom cidadão. No todo, atende adequadamente a uma das funções sociais da tributação e do Direito: realçar o bom para erguê-lo como modelo social. Compõe plenamente o interesse do Estado com o da Cidadania.

## 8. A INICIATIVA DE EMENDAS

Resta a considerar a constitucionalidade das propostas de emendas. Obviamente, quem pode o mais pode o menos. Esse argumento *a maiori* aplica-se perfeitamente no âmbito da hermenêutica jurídica. Se em matéria tributária o parlamentar pode propor projetos de lei, muito mais pode apresentar emendas a esses projetos. Mas sobrevém a indagação: até mesmo quando o projeto de lei tributária foi proposto pelo Chefe do Poder Executivo? A resposta é afirmativa. Não há por que não ser. Também aqui é plenamente válido o argumento *a maiori*. Repita-se: tendo o parlamentar competência para propor o mais (o projeto de lei), tem com mais razão competência para propor o

---

<sup>10</sup> Op. cit., p.279 s, nota 4, grifo do autor.

menos (emendas ao projeto de lei). Isso é válido para qualquer projeto de lei de iniciativa não-privativa, venha ele de onde vier, até mesmo do próprio povo (iniciativa popular). Não se pode afastar o legislador do processo legislativo, a não ser muito excepcionalmente.

De mais a mais, as regras de iniciativa privativa de legislação infraconstitucional não se aplicam à competência para apresentação de proposta de emenda à Constituição. Esse princípio - que está expresso na Constituição do Estado de Minas Gerais (artigo 64, § 1o) e na Lei Orgânica de Santos (artigo 37, parágrafo único) - está implícito nas demais constituições e lei orgânicas, pois é notório que, se a iniciativa das leis e a proposta de emendas constitucionais são tratadas em artigos diferentes, as regras de uma não valem para a outra. Daí, que emendas de teor tributário, quer às constituições, quer às leis orgânicas, são acessíveis à iniciativa parlamentar, ainda que nesse caso a iniciativa seja de caráter coletivo, devendo ser subscrita por uma pluralidade de parlamentares, como impõe o inciso I do artigo 60 da Constituição Federal, secundado por iguais dispositivos das constituições estaduais e leis orgânicas.

## **9. CONCLUSÕES**

Resta do quanto exposto uma conclusão categórica: por princípio do direito constitucional positivo brasileiro, arraigado no direito histórico do mundo ocidental, não há exclusividade do Poder Executivo e exclusão do Poder Legislativo, nem sequer do próprio povo, quanto à iniciativa das leis em matéria tributária. É o que está na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, devendo verificar-se também nas constituições e leis orgânicas que se lhe seguiram, na instituição da Federação por ela principiada, de modo que em qualquer uma delas será inconstitucional a norma que em contrário instituir.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19.ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990-1992, 2.v.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Liberdades Públicas: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federalismo assimétrico. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.



SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16.ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

(\*) Mestre, doutor e livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual leciona nos cursos de bacharelado e pós-graduação. Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

# ALGUMAS NOTAS SOBRE O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Marco Antonio Hatem Beneton (\*)

1. Introdução. 2. Natureza dos atos do Presidente da Assembléia Legislativa. 3. Controle preventivo de constitucionalidade. 4. Método de controle preventivo de constitucionalidade na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. 5. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, tem causado perplexidade na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo a adoção de dispositivos regimentais que conferem o poder unipessoal ao Presidente da Assembléia Legislativa de não admitir proposições manifestamente inconstitucionais ou anti-regimentais. Trata-se da aplicação do artigo 135 e seus incisos I e II combinados com a alínea “b” do inciso II do artigo 18, todos do Regimento Interno da Assembléia Legislativa.

Críticas abundam, chegando-se a acusar a Presidência da Casa Legislativa paulista de exercício da “censura prévia” ou de que a mesma está usurpando de uma função própria da Comissão de Constituição e Justiça, retirando, desta, a sua soberania funcional parlamentar.

Discordar, como sentenciou JOSÉ SARAMAGO, é um ato irrenunciável da consciência. Discordar politicamente é consagrar a dialética do processo democrático do debate, livre e transparente. Desse modo, as críticas na democracia são sinais da sua vitalidade e a certeza da construção de um ambiente político arejado e dinâmico, aberto e protegido pelo Direito.

O presente estudo não é um ato de defesa, nem de acusação da prática presidencial. É consagrado ao campo das ciências jurídicas e, portanto, destinado ao debate das idéias no meio acadêmico sob o signo da Ciência do Direito. Portanto, despido de ideologias ou cores políticas. Assim, procurar-se-á abordar o tema sob o ponto de vista jurídico, explicando, em primeiro lugar, a **natureza** desse poder enfeixado nas mãos da autoridade legislativa e os seus parâmetros comparados com os poderes centrados nas mãos do Governador do Estado e do Presidente do Tribunal de Justiça; num segundo momento, abordar-se-á a sua aplicação como método de **controle dos atos jurídicos pré-normativos**, ou o denominado **controle preventivo da constitucionalidade**.

## 2. NATUREZA DOS ATOS DO PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA

O presidente da Assembléia Legislativa é **chefe** de um dos Poderes constitucionais do Estado, qual seja, o **Poder Legislativo**. Sua autoridade não pode nem deve diferir da autoridade do Governador do Estado e do Presidente do Tribunal de Justiça, chefes dos, respectivamente, poderes Executivo e Judiciário. A chefia desses Poderes é emparelhada à do Presidente da Assembléia Legislativa, guardadas as devidas proporções institucionais e administrativas, bem como, de tarefas dispostas na órbita da Constituição Federal e da Constituição estadual. Há, portanto, **relação de simetria** entre as chefias dos Poderes.

Isso decorre naturalmente do regime republicano democrático e constitucional, onde as instituições públicas são gravadas pela estrita obediência à Constituição, que prescreve as regras de aquisição e chefia do Poder do Estado. A regra matriz sobre a organização do governo encontra-se na fórmula da separação dos poderes do Estado, pregando a **harmonia** entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e, principalmente, a **independência** entre eles.

Essa independência significa, na linguagem comum, a **não dependência** de um em relação ao outro, atribuindo-se vida própria na condução política, administrativa e financeira de cada um. Para tanto, há a necessidade do condutor dessa independência. Restringindo este estudo ao âmbito do Estado-membro, é na esfera desse que se dará o desenvolvimento do discurso científico.

No Poder Executivo, a condução dos negócios institucionais desse poder se dá na pessoa eleita do Governador do Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado. Por sua vez, o Poder Judiciário é dirigido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, eleito dentre os seus pares componentes do Órgão Especial, cujas funções, além das essencialmente judiciárias, caracterizam-se, também, pelo colegiado de deliberação, na seara administrativa do Tribunal, das propostas e atos jurídicos formulados pelo Presidente.

Em relação ao Poder Legislativo, traduzido no Estado-membro pela assembléia de representantes do povo denominada de Assembléia Legislativa, a condução desta se dá através de um colegiado tripartite, a Mesa, formada por três membros, oriundos da proporcionalidade dos partidos representados na Casa Legislativa: o Presidente, o 1º Secretário e o 2º Secretário. Cada um, além da essencial atividade parlamentar, exerce função administrativa própria, voltada para a condução dos trabalhos parlamentares e administrativos da Assembléia.

Contudo, sem desprezo da função dos demais integrantes da Mesa diretora no exercício dos trabalhos institucionais da Assembléia, há de se ressaltar a função sobressalente do Presidente da Assembléia, ao qual, o Plenário composto pelos seus pares, reservou a esta autoridade, delegando-lhe, no Regimento Interno, poderes jurídicos incomuns aos demais parlamentares. Os artigos 17 e 18 do Regimento Interno da Assembléia revelam a profunda carga de responsabilidade política e jurídica que se atribuiu ao Presidente. Cabe, aqui, como sustentação positivada deste estudo, transcrever o rol dos poderes do dirigente máximo da Assembléia:

“Artigo 17 - O Presidente é o órgão representativo da Assembléia quando ela houver de se enunciar coletivamente, o regulador dos seus trabalhos e o fiscal da sua ordem, tudo na conformidade deste Regimento.

Artigo 18 - São atribuições do Presidente, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções ou prerrogativas:

I - quanto às sessões da Assembléia:

- a) presidir às sessões, abrir, suspender, levantar e encerrá-las;
- b) manter a ordem e fazer observar este Regimento;
- c) fazer ler a ata pelo 2º Secretário, o expediente e as comunicações pelo 1º Secretário;
- d) conceder licença aos Deputados;
- e) conceder a palavra aos Deputados;
- f) interromper o orador que se desviar da questão, falar contra o vencido ou faltar à consideração à Assembléia ou a qualquer de seus membros e, em geral, aos chefes dos poderes públicos, advertindo-o e, em caso de insistência, retirando-lhe a palavra;
- g) proceder de igual modo quando o orador fizer pronunciamento que contenha ofensa às instituições nacionais, propaganda de guerra, de subversão da ordem política e social, de preconceito de raça, religião ou classe, ou que configure crime contra a honra ou incitamento à prática de delito de qualquer natureza;
- h) resolver definitivamente recursos contra a decisão de Presidente de Comissão, em questão de ordem por este resolvida;
- i) determinar o não apanhamento de discurso ou aparte pela taquigrafia, quando anti-regimentais;
- j) convidar o Deputado para retirar-se do recinto do Plenário, quando perturbar a ordem;
- k) chamar a atenção do orador quando se esgotar o tempo a que tem direito;
- l) decidir soberanamente sobre questões de ordem e as reclamações;
- m) anunciar a Ordem do Dia e o número de Deputados presentes;
- n) submeter à discussão e à votação a matéria a isso destinada;
- o) estabelecer o ponto da questão sobre que deva ser feita a votação;
- p) anunciar o resultado da votação;
- q) fazer organizar, sob sua responsabilidade e direção, a Ordem do Dia da sessão seguinte, e anunciá-la ao término dos trabalhos;
- r) convocar sessões extraordinárias e solenes, nos termos deste Regimento;
- s) determinar, durante a Ordem do Dia, verificação de presença, na forma dos §§ 1º e 2º do artigo 164.

II - quanto às proposições:

- a) distribuir proposições e processos às Comissões;
- b) deixar de aceitar qualquer proposição que não atenda às exigências regimentais;
- c) determinar a retirada de proposição da Ordem do Dia que não atenda às exigências regimentais;
- d) não aceitar requerimento de audiência de Comissões quando impertinente, ou quando sobre a proposição já se tenham pronunciado em número regimental;
- e) declarar prejudicada qualquer proposição que assim deva ser considerada, na conformidade regimental;
- f) despachar os requerimentos assim verbais como escritos, submetidos à sua apreciação;
- g) promulgar, no prazo de 10 dias, os projetos sancionados tacitamente pelo Governador, e no de 48 horas, matéria vetada mantida pela Assembléia e não promulgada pelo Governador.

III - quanto às Comissões:

- a) nomear, à vista da indicação partidária, os membros efetivos das Comissões e seus substitutos;
- b) nomear, na ausência dos membros das Comissões e seus substitutos, o substituto ocasional, observada a indicação partidária;
- c) declarar a perda de lugar de membros das Comissões, quando incidirem no número de faltas previstas no § 2º do artigo 44;
- d) convocar reunião extraordinária de Comissão para apreciar proposições em regime de urgência;
- e) presidir às reuniões dos Presidentes de Comissões Permanentes e Parlamentares de Inquérito;

IV - quanto às reuniões da Mesa:

- a) presidi-las;
- b) tomar parte nas discussões e deliberações, com direito de voto, e assinar os respectivos Atos, Resoluções e Decretos Legislativos;
- c) distribuir a matéria que dependa de parecer;
- d) ser órgão das decisões cuja execução não for atribuída a outro dos seus membros.

V - quanto às publicações:

- a) não permitir a publicação de pronunciamentos que contenham ofensas às instituições nacionais, propaganda de guerra, de subversão da ordem política e social, de preconceito de raça, religião ou classe, ou que configurem crime contra a honra, ou incitamento à prática de delito de qualquer natureza;
- b) determinar a publicação de informações não oficiais constantes do expediente a que se refere o § 2º do artigo 113; c) determinar que as informações oficiais sejam publicadas por extenso ou em resumo, ou somente referidas na ata;

d) determinar a publicação das matérias que devam ser divulgadas.

§ 1º - Compete também ao Presidente da Assembléia:

1. substituir o Governador, nos termos do artigo 40 da Constituição do Estado;
2. justificar a ausência de Deputados quando ocorrida nas condições do item 2 do § 1º do artigo 90;
3. dar posse aos Deputados;
4. presidir às reuniões dos Líderes;
5. assinar a correspondência destinada à Presidência da República, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ao Supremo Tribunal Federal, ao Tribunal Superior Eleitoral, aos Ministros de Estado, aos Governadores, aos Tribunais de Justiça e de Alçada, aos Tribunais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais, aos Tribunais de Contas e às Assembléias Estaduais;
6. fazer reiterar os pedidos de informações;
7. dirigir, com suprema autoridade, a polícia da Assembléia;
8. zelar pelo prestígio e decoro da Assembléia, bem como pela liberdade e dignidade de seus membros, assegurando a estes o respeito devido às suas imunidades e demais prerrogativas.“

Verifica-se, pela análise das funções, que o Presidente da Assembléia concentra uma gama de poderes de direção superior e comando das atividades parlamentares, todos destinados ao bom e correto funcionamento do Poder Legislativo estadual, demonstrando também, por outro lado, a extensão, ao Estado-membro, de **parte** de um fenômeno político-constitucional típico do chefe do Poder Executivo Federal: o **presidencialismo**, pelo menos no que toca às características administrativas de condução da atividade parlamentar, marcado pela: **a) independência** em relação ao Chefe do Poder Executivo estadual; **b) personificação de um órgão unipessoal de decisões parlamentares e administrativas** que conservam a necessidade do uso da palavra final e da força; **c) exercício da liderança superior da Assembléia**, legitimada pela eleição por seus pares, caracterizada pelo **governo interno compartilhado** e **representação externa** da Casa e **d) condição de protetor supremo da Constituição e das leis** no âmbito do Poder Legislativo. Essas características emprestam um caráter de predominância em relação aos demais deputados, sem jamais ser o superior hierárquico dos mesmos. Além do mais, como salienta o artigo 17 do Regimento Interno, **é o órgão representativo da Assembléia quando esta se pronunciar coletivamente**. Ou seja, a representação desta, diante dos outros Poderes, dar-se-á na pessoa do seu Presidente.

Contudo, além dessas **características do presidencialismo**, há uma outra, *conditio sine qua non* ligada à existência desse sistema de governo nos regimes democráticos: **a sua submissão à deliberação, fiscalização e controle externo dos atos jurídicos** - em sentido amplo - por um órgão apartado do órgão presidencial, denominado **Congresso**. Trata-se de um mecanismo de contenção do poder, para que o mesmo não descambe em abuso, corrupção moral e prepotência, materializando a separação de poderes, tal como idealizado por MONTESQUIEU.

Se o poder politicamente predominante do Presidente fica mitigado no âmbito do Poder Executivo Federal - extensível aos Governadores nos Estados - isso também se estende ao regime presidencialista presente no contexto das Casas Legislativas, na estruturação das respectivas Mesas diretoras, pela necessidade de compartilhamento com os demais membros da Mesa da Casa de Leis, principalmente no que se refere à condução dos trabalhos e serviços administrativos da Assembléia Legislativa.

Não é que a Mesa não exerça funções na condução dos trabalhos legislativos. O artigo 14 do Regimento Interno prevê essa possibilidade, descrevendo o rol de atividades nessa área: **a)** tomar as providências necessárias à regularidade dos trabalhos legislativos; **b)** dirigir todos os serviços da Assembléia durante as sessões legislativas e nos seus interregnos; **c)** dar conhecimento à Assembléia, na última sessão do ano, da resenha dos trabalhos legislativos; **d)** propor, privativamente, a criação dos lugares necessários aos seus serviços administrativos, bem como a concessão de quaisquer vantagens pecuniárias ou aumento de vencimentos aos seus funcionários; **e)** solicitar os créditos necessários ao funcionamento da Assembléia e dos seus serviços; **f)** dar parecer sobre as proposições que visem a modificar o Regimento Interno ou os serviços administrativos da Assembléia. Porém, se comparadas essas funções legislativas da Mesa com aquelas dispostas ao Presidente nos precitados artigos 17 e 18 do RI, concluir-se-á que os encargos legislativos do Presidente da Assembléia superam, em muito, àqueles atribuídos à Mesa, reforçando a aplicação da **predominância política** típica do presidencialismo à autoridade do Presidente da Assembléia.<sup>1</sup>

É essa **predominância política**, de caráter institucional e controlada externamente, singular nos regimes presidencialistas democráticos, que talvez explique, num primeiro momento, o poder que detém o Presidente da Assembléia para controlar de modo preventivo e político a constitucionalidade das proposições apresentadas perante a Assembléia Legislativa, não só pelos deputados, mas, também, pelo Governador do Estado, pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça e de Alçada e pelo Procurador Geral de Justiça.

Ao lado dessa explicação, quanto à natureza dos poderes do Presidente da Assembléia, há uma outra que colabora para a formação desse poder: a **prestação primaz do compromisso** realizado no ato da sua posse, o qual consagra, sob o ponto de vista formal, um ato jurídico solene, consubstanciado na seguinte fórmula: “**prometo desempenhar fielmente o meu mandato, promovendo o bem geral do Estado de São Paulo dentro das normas constitucionais**” (grifos nossos). Esta fórmula não congrega palavras mágicas ou místicas. Veicula dever de obediência jurídica. Pratica um **ato jurídico-constitucional**, que supera a simples explicação do ato jurídico praticado sob a égide do direito público comum ou sob a égide do direito privado. Reveste-se de uma declaração solene e encerra os **elementos essenciais** para o exercício do mandato presidencial.

---

<sup>1</sup> Forçoso é concluir, também, que, na governabilidade das Casas Legislativas, há uma pitada - remota ou não - de **parlamentarismo**. Isso porque, há a formação de um “**governo de gabinete**” composto pela proporcionalidade dos partidos representados na Casa e com funções híbridas, administrativas e legislativas, tendendo mais à primeira, principalmente na adoção de decisões funcionais coletivas.

Emprestando a lição de MARIA HELENA DINIZ, esses elementos essenciais “são imprescindíveis à existência e validade do ato (...) pois formam a sua substância.”<sup>2</sup>

A declaração não é tão somente solene. É solene no sentido da necessidade de revestir a produção do ato no momento da sua celebração, gravado pela importância e relevância que se dá ao mesmo, por questões de ordem política, social e ética. Mas o ato solene vem carregado, neste caso ora em comento, de indeclinável substância jurídica lastreada nas regras de direito público, que são de observação obrigatória e cogentes.

Alçada ao altar constitucional, essa declaração é vital para a manutenção do compromisso inaugural de respeito à constitucionalidade instaurada democraticamente pelo poder constituinte originário. É o compromisso que une a todos: Estado, sociedade e indivíduo.

O compromisso de posse é um **compromisso jurídico**, pois dele decorrem conseqüências jurídicas, instituindo direitos, deveres, faculdades e prerrogativas, vinculando todos, Presidente e Deputados, à estrita obediência à Constituição e às leis, gerando direito líquido e certo aos potenciais prejudicados pela inobservância do compromisso assumido.

Dessa maneira, a conclusão que se chega quanto à **natureza** do poder do Presidente da Assembléia Legislativa é que ela é **ambivalente**, reunindo **poder político e poder jurídico** no feixe de funções do Presidente da Assembléia Legislativa, ingredientes essenciais para a compreensão do que vem a ser o controle dos atos jurídicos pré-normativos ou o controle preventivo de constitucionalidade. Sem esses poderes, o Presidente não teria respaldo político, nem legitimidade jurídica para impedir a entrada no sistema jurídico do Estado-membro de espécies legislativas desprovidas das mínimas condições de conformidade com a Constituição Federal e com a Constituição do Estado de São Paulo.

Antes, requer-se a explicação do que vem a ser o **controle preventivo de constitucionalidade**, que se insere dentre os vários tipos: o político, o judicial e o misto, sendo adotado, no Brasil, com forte e positivada preferência, o tipo judicial de controle.

### 3. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade tem por objetivo manter o ordenamento jurídico nacional “limpo de impurezas anti-jurídicas”. Significa prestigiar, sempre, a Constituição, retirando do sistema jurídico normas incompatíveis com a Lei Maior.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Código civil anotado, São Paulo: Saraiva, 1995, p.93.

<sup>3</sup> Nas palavras de José Afonso da Silva: “Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal (...) O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas



De forma sintética, ALEXANDRE DE MORAES ensina que:

“(...) controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Ressalte-se que, se possível for, a fim de garantir-se a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais, deverá ser utilizada a regra da interpretação conforme. A análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59 da CF) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais (...) O controle de constitucionalidade apresenta-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.”<sup>4</sup>

Assim, nenhuma norma jurídica pode superar ou suplantiar a Constituição. Esta poderá receber Emendas para atualizá-la ou aperfeiçoá-la, sempre respeitando, entretanto, as disposições imutáveis contidas nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CF).

Visando manter-se hígida, a Constituição prevê mecanismos de combate às heresias constitucionais, denominadas **inconstitucionalidades**. Prevê-se, pois, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, enquadrando, esse controle, em espécies: **controle preventivo** e **controle repressivo**. Essas espécies (ou tipos) de controle, por sua vez, agrupam-se em denominações por **razões temporais** e por **razões institucionais**, razões essas não estanques, atuando integradas, objetivando a manutenção da supremacia constitucional.

Para um melhor entendimento da aplicação dessas razões, mais uma vez, aqui, a lição de ALEXANDRE DE MORAES:

“A presente classificação (**N.N.**: o autor alude à classificação das espécies de controle) pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o **controle preventivo** pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o **controle repressivo** busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrário à Constituição.”<sup>5</sup>

Dessa forma, as **razões temporais** de controle da constitucionalidade dizem respeito ao momento; época em que se pretende declarar a lei, ato normativo ou ato jurídico inconstitucionais e as **razões institucionais**, remetem

---

se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.” (*Curso de direito constitucional positivo*, 8.ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p.47-48.

<sup>4</sup> *Direito constitucional*, 10.ed., São Paulo: Atlas, 2001, p.568-569.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p.571.

ao órgão (ou órgãos) responsável por esse controle.<sup>6</sup> O presente estudo visa discorrer sobre o controle preventivo promovido pelo Poder Legislativo, no âmbito do respectivo processo legislativo, especialmente, o controle exercido pela pessoa do presidente desse Poder, assunto muito pouco desenvolvido na literatura jurídica pátria.

O que significa controlar a constitucionalidade de modo preventivo? O próprio ALEXANDRE DE MORAES dá o caminho fundamental: o exercício do controle via Poder Legislativo e Poder Executivo *visa evitar que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico*.

Ou seja, exercer o controle preventivo de constitucionalidade significa barrar o ingresso de atos jurídicos pré-normativos ou projetos legislativos ou propostas de emenda à Constituição, no sistema jurídico de determinado ordenamento territorial, que não estejam em conformidade com a Constituição Federal ou com a Constituição estadual. O Direito não admite normas incompatíveis entre si.

Para NORBERTO BOBBIO, “a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: **antinomia**. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema ... pode-se exprimir também dizendo que o Direito não tolera antinomias.”<sup>7</sup>

A integridade do sistema constitucional e a preservação dos princípios da segurança jurídica e da certeza do direito são as metas políticas irrenunciáveis de todo Estado de Direito e dever inserto na autoridade dos chefes dos três Poderes.

É um dever dos órgãos unipessoais ou múltiplos dos Poderes da República, no sentido deôntico da palavra, no sentido da lógica prescritiva (deve-ser), o exercício do controle da constitucionalidade para evitar inconstitucionalidades, pois decorre do compromisso assumido pelas autoridades no ato de posse nos respectivos cargos políticos ou técnico-políticos. Como o assunto, aqui, centra-se na possibilidade desse controle ser exercido pelo Poder Legislativo, é sobre essa possibilidade que o discurso será estruturado.

A doutrina brasileira reconhece ao Parlamento o poder de impedir o ingresso de intenções pré-normativas inconstitucionais ou em desacordo com as regras internas de produção legislativa.

MICHEL TEMER diz que:

“a Constituição vigente permite a identificação de **controle preventivo e repressivo**. O primeiro é localizável quando se pensa

---

<sup>6</sup> O professor Alexandre de Moraes colaciona outros tipos de controle da constitucionalidade: controle repressivo realizado pelo Poder Executivo através dos vetos; controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário, quando provocado via ação direta de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade; recurso extraordinário; arguição de descumprimento de preceito fundamental, entre outros controles judiciais exercidos pela via difusa e admitidos pelo STF; controle repressivo realizado pelo Poder Legislativo, quando este aplica o art. 49, V, da CF.

<sup>7</sup> *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília: Editora UNB, 1991, p. 81.

em controle lato da constitucionalidade: destina-se a impedir o ingresso, no sistema, de normas que, em seu projeto, já revelam desconformidade com a Constituição. Esse controle é exercido tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo. Aquele é estruturado em Comissões, como decorre do art. 58, da CF. Tais Comissões, permanentes, destinam-se, basicamente, a emitir pareceres sobre projetos de lei. Uma delas se incumbem do exame prévio da constitucionalidade. E nada impede que durante a discussão e votação se argua a inconstitucionalidade, podendo provir, desse argumento, a rejeição (...) O controle prévio se refere a **projetos**. Portanto, atos inacabados.”<sup>8</sup>

GILMAR FERREIRA MENDES menciona essa questão quando discorre sobre a participação dos Poderes Legislativo e Executivo no controle de constitucionalidade:

“O tema relativo ao papel do Legislativo e do Executivo no controle de constitucionalidade suscita um número elevado de indagações. Evidentemente, essas questões passam pelo próprio controle de legitimidade dos atos normativos no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, envolvendo até mesmo a atuação de órgãos superiores desses Poderes no controle direto de constitucionalidade. Assim, tanto o exercício do poder de veto por parte do Chefe do Executivo, quanto o controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos legislativos, situam-se no contexto desse esforço de controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Poderes Executivo e Legislativo.”<sup>9</sup>

O professor ALEXANDRE DE MORAES registra que:

“o princípio da legalidade e o processo legislativo constitucional são corolários; dessa forma, para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo o procedimento previsto constitucionalmente. Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico. A primeira hipótese de controle de constitucionalidade preventivo refere-se às comissões permanentes de constituição e justiça cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal. O art. 58 da Constituição Federal prevê a criação de comissões constituídas na forma do respectivo regimento ou do ato de que resultar sua criação e com as atribuições neles previstas. Esta hipótese de controle poderá ser realizada, também, pelo plenário da casa legislativa, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade. O art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados criou a comissão de constituição e justiça e de redação, estabelecendo seu campo temático e sua área de atividade em aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnicas legislativas de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à

---

<sup>8</sup> *Elementos de Direito Constitucional*, 9.ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p.40-41.

<sup>9</sup> O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle da constitucionalidade, *Revista de Informação Legislativa*, 1997, nº. 134, p.11-12.

apreciação da Câmara ou de suas comissões, para efeito de admissibilidade e tramitação.”<sup>10</sup>

No campo doutrinário internacional, destaca-se a colocação de MAURO CAPPELLETTI:

“Não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos países, em lugar de um controle jurisdicional - ou, talvez, ao lado dele - existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar **políticos**, mas não judiciários. Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é **preventivo**, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais.”<sup>11</sup>

Pela análise dos textos doutrinários, verifica-se a possibilidade de se exercer o controle preventivo de constitucionalidade. Isso é fato. Mas é fato, também, que os textos apontam, para órgãos internos do Poder Legislativo, a incumbência de exercer esse controle.

Essa concepção é correta, **mas não é**, com todo respeito, **a única**. As comissões são órgãos internos do Poder Legislativo com atribuições constitucionais (art. 58) e regimentais. Como bem apontou o professor ALEXANDRE DE MORAES, compete à Comissão de Constituição e Justiça - e aqui pode-se dar caráter de generalidade às demais Casas Legislativas brasileiras - manifestar-se, via parecer, sobre a constitucionalidade e juridicidade das matérias que lhe são apresentadas como decorrência da tramitação interna do processo legislativo. Esse parecer, apoiado em interpretações subjetivas decorrentes do confronto entre os textos constitucionais e os textos dos projetos legislativos, tem caráter essencialmente **político** e procura atender à demanda social encartada no espírito do projeto. Além do mais, imunes que estão pelo artigo 53 da CF, poderão os parlamentares declinar qualquer razão para admitir ou vedar a viabilidade de qualquer proposição.

Entretanto, o Poder Legislativo não é composto apenas de comissões permanentes ou temporárias, órgãos legislativos múltiplos, formados através da proporcionalidade dos partidos com representação na respectiva Casa Legislativa. Além do órgão institucional máximo da democracia, que é o **Plenário**, há também a Mesa diretora, órgão legislativo máximo de direção dos trabalhos parlamentares e dos serviços administrativos e, dentro da Mesa, paralelamente aos Secretários, há a figura do Presidente do Poder Legislativo que, como assentado antes, é um órgão unipessoal (pois imita os contornos do presidencialismo) e enfeixa poderes **de natureza política e jurídica** e exerce competências, por simetria, análogas às do Presidente da República ou do Governador do Estado - guardadas, logicamente, as devidas proporções institucionais e finalísticas, encontrando-se, dentro dessas competências, a de

---

<sup>10</sup> Ob. cit. p. 574, nota 4.

<sup>11</sup> *O controle judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2.ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p.26.

impedir, de modo total ou parcial, a entrada em vigor de projetos de lei inconstitucionais ou que malfirmam o interesse público.<sup>12</sup>

Aliás, HANS KELSEN, ao comentar a Constituição austríaca de 1920, avaliza essa simetria entre os poderes, dizendo que “a modificação mais importante no setor da legislação está no fato de que se acrescenta ao poder legislativo do Parlamento um poder análogo ao do chefe de Estado (...).”<sup>13</sup>

De outra parte, o mesmo HANS KELSEN, criador do sistema concentrado de controle judicial de constitucionalidade, admite a hipótese, excepcional, do exercício do controle de constitucionalidade por outras autoridades estatais:

“Enquanto tribunal constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade das leis, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas (...) Uma possibilidade mínima de controle deve existir, pois as autoridades estão obrigadas a aplicar as leis e para isso devem verificar se estão de fato diante de uma lei, ou seja, se aquilo que se apresenta como lei corresponde ao menos a certos requisitos mínimos. Assim, via de regra são subtraídos ao controle dos órgãos aplicadores do direito apenas requisitos de constitucionalidade bastante específicos, ou seja, os primeiros e mais importantes estágios da formação da lei.”<sup>14</sup>

Dessa forma, reside na autoridade do Presidente do Poder Legislativo, pelos **poderes políticos e jurídicos** que detém e por **simetria institucional**, a possibilidade de impedir o progresso, no raiar do processo legislativo, de proposições incompatíveis com a Constituição. Caso contrário, seria assimétrica a separação constitucional dos poderes (art. 2º, da CF), imputando tão somente ao Chefe de Estado (Presidente da República) ou Chefe do Poder Executivo estadual (Governador do Estado) uma posição de predominância em relação aos demais Poderes.

É sob esse contexto que se deve concordar com LUIZ H. CASCELLI DE AZEVEDO, que entende ser um juízo unipessoal do presidente da Câmara dos Deputados o recebimento das proposições<sup>15</sup>. Esse juízo, embora calcado em pilares políticos e jurídicos, não é, ao nosso ver, **discricionário**. Não pode o presidente, usando razões de conveniência e oportunidade, barrar o progresso de proposições legislativas.

O fundamento de negação do seguimento da proposição deve estar vinculado à hermenêutica constitucional, pautando-se por **critérios técnicos**

---

<sup>12</sup> Outras competências do Presidente do Poder Legislativo poderão ser comparadas às do Presidente da República ou do Governador do Estado: nomear e exonerar servidores do Poder Legislativo; exercer a direção da administração da Casa Legislativa, auxiliado pelos demais membros da Mesa; iniciar, em conjunto com os demais membros da Mesa, o processo legislativo de projeto de interesse da Casa Legislativa; promulgar e fazer publicar Resoluções, Atos e outras normas internas da Casa Legislativa; dispor sobre a organização da Casa Legislativa; representar externamente o Poder Legislativo; exercer a polícia da Casa Legislativa; prestar contas relativas à sua gestão.

<sup>13</sup> *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.226.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>15</sup> *O controle legislativo de constitucionalidade*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 25.

**de interpretação** das competências constitucionais verticais e horizontais, ligadas à forma e à matéria em debate.

Por esse motivo, a forma deve prevalecer sobre o mérito. A discussão meritória compete à comissão temática permanente e ao Plenário da respectiva Casa Legislativa, recinto reservado pelo peso da democracia para deliberar sobre as proposições destinadas à concretização do bem comum.

Ao Presidente, por sua vez, compete discernir sobre a pertinência formal da proposição e a sua conformação com a Constituição, pautado, repita-se, por **critérios técnicos**. Não tem cor política o ato presidencial denegatório do seguimento da proposição.

Os critérios técnicos que alicerçam os parâmetros que orientam o Presidente na avaliação comparativa que surge no embate entre os textos constitucionais e legais e as proposições legislativas, estão sintetizados na lição de MEIRELLES TEIXEIRA:

“Incorrerá no vício de inconstitucionalidade **formal** a lei que violar dispositivos constitucionais relativos à sua **elaboração e vigência**, ou que estabelecer a **competência do órgão** que emana (...) A inconstitucionalidade formal pode resultar, portanto, seja de vício de elaboração, seja de vício de competência, em face das normas constitucionais (...) ocorreria inconstitucionalidade formal [por elaboração], por inobservância de formalidades ou requisitos extrínsecos, isto é, na elaboração da lei, exigidos na Constituição. A inconstitucionalidade formal por incompetência do poder ou órgão de que emana a lei, em face dos dispositivos da Constituição, é de ocorrência muito mais freqüente, especialmente num regime federativo (...) O vício de inconstitucionalidade por incompetência **poderá ainda caracterizar-se quando qualquer dos Poderes - o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário - invadir a esfera de competência normativa do outro Poder (...)** Em todos esses casos de inconstitucionalidade formal, a contradição entre a Constituição e a lei ordinária é exterior a esta, isto é, não diz respeito propriamente à matéria, ao conteúdo da lei, mas a um defeito de forma, ou a uma falta de competência do ente ou do órgão do qual promana, e daí denominar-se, também, **inconstitucionalidade extrínseca.**”<sup>16</sup>

Lançando, portanto, o seu despacho denegatório de seguimento, o Presidente exerce, **aproximadamente**, aquilo que MONTESQUIEU taxou de **faculdade de impedir**, modernamente chamado de *direito de veto*<sup>17</sup>, o que vem a ser um direito particular dos chefes executivos de Poder, ainda mais se esse direito é exercido objetivando manter íntegro o sistema jurídico e resgatar sempre o compromisso de velar pela supremacia da Constituição.

A proposição legislativa não admitida, retornará ao parlamentar para ciência do despacho presidencial e, se quiser, recorrer do mesmo à Comissão de Constituição e Justiça, solicitando a esta um reexame das razões de denegação, bem como rogando-lhe a devolução, da proposição, à tramitação normal.

<sup>16</sup> *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.386-388.

<sup>17</sup> *Do Espírito das Leis*, São Paulo: Nova Cultural, 1997, p.205-206. Ao lado da faculdade de impedir, Montesquieu coloca a faculdade de estatuir, qual seja, o direito de ordenar, por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem.

A soberania opinativa da Comissão de Constituição e Justiça, dessa maneira, não sofrerá abalos. Ao contrário, a atuação da Comissão é **reforçada**, pois atuará como câmara revisora da conduta presidencial, podendo manifestar-se sobre a questão em duas oportunidades: **a)** a primeira, na análise do recurso interposto pelo parlamentar irrisignado com o despacho presidencial, provendo ou não o recurso e **b)** em sendo provido o recurso e retomando a proposição legislativa seu trâmite normal e ordinário, a Comissão será instada a se manifestar novamente sobre a questão.

#### **4. MÉTODO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O controle preventivo de constitucionalidade, no âmbito da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, dá-se através da combinação de dois artigos do Regimento Interno: o artigo 18, II, “b” e o artigo 135, I e II.

Esses dispositivos regimentais reúnem as condições políticas e jurídicas necessárias e suficientes para o Presidente da Assembléia barrar proposições incompatíveis, sob o ponto de vista formal, com a Constituição Federal e com a Constituição estadual e incompatíveis, também, com o Regimento Interno.

Prescreve o artigo 18, II, “b”:

Artigo 18 - São atribuições do Presidente, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções ou prerrogativas:

(...)

II - quanto às proposições:

(...)

b) deixar de aceitar qualquer proposição que não atenda às exigências regimentais;

Por sua vez, o artigo 135, I e II dispõe:

“Artigo 135 - Não se admitirão proposições:

I - manifestamente inconstitucionais;

II - anti-regimentais;”

Essas são as condutas regimentais que o Presidente da Assembléia deve adotar na tentativa de manter íntegro, como referido acima, o sistema jurídico paulista, em colaboração com as demais autoridades constitucionais do Estado.

Verifica-se que a conduta presidencial é a de não admitir, entendida como não concordar tecnicamente com a proposição apresentada. Sua discordância deve ser fundamentada objetivamente em dispositivos constitucionais ou regimentais, pois, além do seu ato decorrer da natureza política e jurídica dos seus poderes, deriva, também, do **princípio constitucional do devido processo legal**, já que este gênero contempla, como espécie, o **devido processo legislativo**.

Outro princípio constitucional que dá suporte à fundamentação é o **princípio da publicidade**. Isto, porque não há segredo na discordância

jurídica; o ato é público, de conhecimento geral e dessa forma deve ser revelada a razão do despacho denegatório ao povo e ao autor da proposição, o que lhe proporcionará a possibilidade de contra-argumentar os termos da decisão num eventual recurso.

Por força do parágrafo 2º do mesmo artigo 135, reside ao autor da proposição o direito de **recorrer** à Comissão de Constituição e Justiça, alçando, essa Comissão, num **duplo grau de jurisdição**, verdadeira **câmara revisora** - e por assim dizer, **fiscalizadora** - da conduta presidencial. O parágrafo 2º do artigo 135 prevê que “o autor da proposição dada como inconstitucional ou anti-regimental poderá requerer ao Presidente audiência da Comissão de Constituição e Justiça, que, se discordar da decisão, restituirá a proposição para o trâmite regimental.”

Assim, repita-se, a soberania da Comissão de Constituição e Justiça fica preservada e reforçada, estatuindo-se, na Assembléia Legislativa, entre o Presidente e a Comissão de Constituição e Justiça um mecanismo muito próximo ao sistema dos freios e contrapesos existente entre os Poderes Constitucionais, indicando a possibilidade desse mecanismo se desenvolver em macro e micro relações de poder, lembrando MICHEL FOUCAULT e a sua “microfísica do poder”.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se essa pequena contribuição propondo existir, ainda que inexplorado ou com estudos incipientes, um lado desconhecido dos poderes políticos e jurídicos concentrado nos ambientes internos dos Poderes do Estado, traduzido tanto na revelação das mais variadas funções e dos chefes de Poder, como na simetria entre os mesmos na condução dos negócios do Estado. Há indícios de existir, como formulou FOUCAULT na “Microfísica do Poder”, verdadeiras micro-estruturas de poder dispersas em todos os recantos da sociedade, seja das mais primitivas até às mais complexas, passando pelo crivo crítico das consciências políticas do ser, construtor de si e da realidade em sua volta.

(\*) O autor é Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Foi Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania (Gestão Professor Doutor Alexandre de Moraes).



# A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Marcelo de Carvalho (\*)

1. Introdução. 2. Da inexigibilidade de licitação para contratação dos profissionais de notória especialização. 2.1. O rol do artigo 13 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. 2.2. Da singularidade do serviço a ser contratado. 2.3. Da notória especialização. 2.4. Os serviços de publicidade e divulgação. 3. Apontamentos finais. 4. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, toda vez que a Administração Pública pretende adquirir, alienar, locar bens ou contratar a execução de obras ou serviços deve, para tanto, valer-se de licitação, sob pena de invalidação do ato concretizado sem esta formalidade legal.

Referida necessidade, fundamenta-se no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, *verbis*:

“ (...) Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

Nas palavras do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, licitação pode ser definida como:

“ (...) um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”<sup>1</sup>.

De outra sorte, a competência para legislar sobre licitação é da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Contudo, cabe à primeira a edição de normas gerais sobre a matéria, a teor do artigo 22, XXVII, da Carta Magna, a seguir reproduzido:

“ Compete privativamente à União legislar sobre:  
(...)

---

<sup>1</sup> Curso de direito administrativo, p. 454.

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;”

A esse respeito, esclarece HELY LOPES MEIRELLES:

“Por normas gerais devem entender-se todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais. Como já vimos precedentemente, continua com os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios a faculdade de editar normas peculiares para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, como fizeram na vigência do Dec.-lei 200/6, da Lei 5.456/68 e do Dec.-lei 2.300/86 em tudo que não contrariar as normas gerais, notadamente no procedimento da licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis”<sup>2</sup>

Nessa diretriz, a União editou a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei das Licitações e Contratos Administrativos.

Todavia, embora se demonstre como regra a realização de licitação, casos há em que a Administração Pública não realiza o certame.

Aventados casos vêm expressos na própria Lei 8.666/93, por meio de seus artigos 17, 24 e 25 (este último combinado com o artigo 13 da mesma Lei). São elas as hipóteses de licitação dispensada (art. 17), dispensa de licitação (art. 24) e inexigibilidade de licitação (art. 25, c/c art.13), respectivamente.

Nas situações do artigo 24 da Lei 8.666/93 - dispensa de licitação - a licitação é possível. Não se realiza, porém, por conveniência da Administração.

Nos casos de dispensa de licitação, expressos no artigo 17 da mesma Lei 8.666/93, a dispensabilidade decorre do próprio diploma legal.

E, por fim, as circunstâncias hipotéticas previstas no artigo 25 da epigrafada Lei, quais sejam, as de inexigibilidade de licitação, tema que se passa melhor focar a seguir, vez que este despretensioso trabalho se dirige, justamente, à breve análise da *notória especialização como fundamento para inexigibilidade de licitação*.

## **2. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO**

Inexigível, como o próprio nome sugere, é o que não pode ser exigido.

Vale trazer à baila o delineamento ofertado ao tema pelo professor DIÓGENES GASPARINI, que assim define inexigibilidade de licitação:

“Desse modo, a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o

---

<sup>2</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p 247.

confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação. É uma particularidade da pessoa com quem se quer contratar o mérito profissional, encontrável, por exemplo, no profissional de notória especialização e no artista consagrado pela crítica especializada. É a circunstância encontrada na pessoa com quem se quer contratar a qualidade de ser proprietária do único ou de todos os bens existentes”<sup>3</sup>

No que diga respeito à contratação de profissionais de notória especialização, tema que interessa ao presente, a Lei de Licitações rege o assunto no inciso II do artigo 25, combinado com o artigo 13 do mesmo Estatuto. Exprime referido artigo 25, *verbis*:

“É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

De outra ordem, diz citado artigo 13:

“Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico;

Delineado o tema em pauta, passa-se, então, a analisar-se cada um dos requisitos expressos pela lei.

## **2.1. O rol do artigo 13 da Lei 8.666/93**

Para verificar se a desejada contratação pode ser tida como inexigível, a primeira providência a ser levada em consideração é averiguar se o serviço a ser contratado encontra-se dentro do rol do artigo 13 da Lei de Licitações.

Como se extrai do dispositivo em apreço, o serviço a ser prestado deve ser oriundo de profissional técnico especializado.

---

<sup>3</sup> *Direito administrativo*, p.429-430.

Lembra MARÇAL JUSTEN FILHO que: “o art. 13 não conceituou ‘serviço técnico especializado’, optando por fornecer um elenco de situações”<sup>4</sup>.

Segundo o magistério de HELY LOPES MEIRELLES:

“Serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além de habilitação técnica e profissional - exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento”

E arremata o mestre:

“Todavia, a lei apresenta um rol de serviços técnicos profissionais especializados que podem ser contratados diretamente com profissionais ou empresas de notória especialização, sem maiores indagações sobre a viabilidade ou não de competição, desde que comprovada a sua natureza singular, como resulta do confronto dos arts. 13 e 25, II.

Quando houver possibilidade de competição, os serviços técnicos profissionais especializados deverão ser contratados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º). Inexigível é a licitação somente para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, prestados por empresas ou profissionais de notória especialização. A lei acolheu, assim, as teses correntes na doutrina no sentido de que a notória especialização traz, em seu bojo, uma singularidade subjetiva e de que o ‘caso da notória especialização diz respeito a trabalho marcado por características individualizadoras’<sup>5</sup>

Em comentário ao mencionado dispositivo, vale, mais uma vez, registrar as palavras de DIÓGENES GASPARINI, que ao analisar aquela norma legal, ressalta, ademais:

“O rol é taxativo. Com efeito, a redação do artigo que o contém não permite outra inteligência. Ademais, por ser um elenco de serviços cuja execução por profissional ou empresa de notória especialização pode ser contratada sem licitação, a interpretação há de ser restritiva, ante a regra geral da obrigatoriedade de licitar”<sup>6</sup>.

Nesse passo, cumpre destacar que os Tribunais de Contas têm admitido interpretação *ampliativa* do rol descrito no artigo 13, acima apontado, quando a situação se traduzir em caso de serviços técnicos profissionais especializados de natureza semelhante aos descritos na epigrafada norma legal.

Veja-se a *doutrina de* JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES a respeito:

“Outro aspecto relevante constitui-se na seguinte questão: poderá ser objeto da inexigibilidade com fundamento nesse inciso a contratação de serviços técnicos não enumerados no art. 13?

---

<sup>4</sup> *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p.129.

<sup>5</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p.258.

<sup>6</sup> *Direito administrativo*, p.435.

*A resposta é negativa, pois a norma do art. 25, inciso II, constitui regra que abre exceção e, de acordo com os princípios elementares de hermenêutica, esse tipo de norma deve ser interpretado restritivamente.*

*A prática, contudo, tem demonstrado que existem serviços, não registrados no art. 13, que não permitem viabilizar a contratação, como por exemplo, os serviços de correio e de telefonia, pois o regime de monopólio inviabiliza a competição. Em casos dessa natureza ou mesmo nos casos em que o serviço não guarda qualquer singularidade, mas por outro motivo qualquer a competição é inviável, a contratação direta deve ter por fundamento o caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, e não o inciso II.*

*Mais recentemente, vislumbra-se que os Tribunais de Contas têm admitido a interpretação ampliativa do elenco, quando se tratam de serviços técnicos profissionais especializados de natureza semelhante<sup>7</sup>.*

Somente a título de ilustração, registre-se que o revogado Decreto-lei 2.300/86, que regravava as Licitações, também arrolava os serviços técnicos profissionais ensejadores de inexigência licitatória<sup>8</sup>.

Ademais, só os serviços arrolados no artigo 13 é que podem ser objeto de contratos diretos. Obras e fornecimentos estão excluídos do permissivo legal contido no inciso II, do artigo 25, da Lei 8.666/93).

## **2.2. Da singularidade do serviço a ser contratado**

Além do enquadramento do serviço nos moldes do artigo 13 da Lei de Licitações, nos parâmetros acima apontados, exige-se que tais serviços sejam de natureza singular.

Isso significa dizer que o trabalho a ser realizado deve ter natureza própria e diferente daquele ordinariamente efetivado pela Administração.

Os professores IVAN BARBOSA RIGOLIN e MARCO TULLIO BOTTINO, com clareza ressaltam:

“Singular é aquele serviço cujo resultado final não se pode conhecer nem prever exatamente antes de pronto e entregue; aquele cujas características inteiramente particulares, próprias do autor, o façam único entre quaisquer outros. O único elemento sabido nesse caso é que cada autor o fará de um modo, sem a mínima possibilidade de que dois produzam exatamente o mesmo resultado. Cada qual tem a chancela de um autor, sendo, nesse sentido, único. Caracterizada e justificada essa singular natureza, ao lado da comprovação documental de notória especialidade do autor, teremos a

---

<sup>7</sup> *Contratação direta sem licitação*, p.447.

<sup>8</sup> Assim dispunha sobre a matéria:

“Art. 12. Para fins deste Decreto-lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras e serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento pessoal”.

inexigibilidade de licitação para cada caso concreto que se apresente.

Nem todo serviço constante do artigo 13 tem natureza singular, é o que se pretende ter esclarecido em definitivo. Um 'treinamento de pessoal' em tiro, ou em datilografia, não deixa de ser um treinamento de pessoal e o art. 13 consigna 'treinamento de pessoal' como serviço técnico especializado; mas não é a tal espécie de treinamento que se refere, pois esse não constitui 'serviço técnico profissional especializado', porém serviço comum, não singular, que qualquer empresa ou profissional do ramo pode executar perfeitamente igual, de modo plenamente descritível num edital de licitação, e cujos resultados são controláveis a todo tempo e exigíveis, certos e precisos, sempre"<sup>9</sup>.

Nesse vetor, vale ressaltar os julgados que seguem abaixo e que bem evidenciam a necessidade da existência dos requisitos "enquadramento no rol do artigo 13 da Lei 8.666/93 e singularidade" para tornar-se juridicamente possível a inexigência de licitação. Abaixo as seguintes ementas, *verbis*:

"Contratação de serviços técnicos profissionais especializados. Notória especialização. Inexigibilidade de licitação. Singularidade. O Decreto-lei nº 2.300/96 já contemplava a espécie como de Inexigibilidade de licitação, desde que evidenciada a natureza singular dos serviços. Têm natureza singular esses serviços quando, por conta de suas características particulares, demandem para a respectiva execução, não apenas habilitação legal e conhecimentos especializados, mas, também, ciência, criatividade e engenho peculiares, qualidades pessoais insuscetíveis de submissão a julgamento objetivo e por isso mesmo inviabilizadoras de qualquer competição (TCE/SP, TC-133.537/026/89. Cons. Claudio Ferraz de Alvarenga, 29/11/95)".

"Inexigibilidade de licitação. Notória especialização. Não evidenciada a singularidade dos serviços. Ainda que a contratada detenha conhecimentos técnicos necessários a caracterizá-la como notoriamente especializada, tal aspecto isoladamente não autoriza a celebração direta do ajuste, eis que a inexigibilidade licitatória só se justifica quando conjugada a este requisito: o da singularidade dos serviços (TCE/SP, TC-30.590/026/95, Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, 27/03/96)".

"Contrato. Prestação de serviços de consultoria. Notória especialização. A notória especialização como motivo determinante da dispensa formal de licitação se configura quando os serviços a serem contratados pela Administração tiverem característica de notável singularidade no modo da prestação ou resultado a ser obtido, suscetíveis de execução somente por determinados profissionais ou firmas de reconhecida correspondente especialização, em grau incomparável com os demais (TCE/RJ. Cons. Humberto Braga, RTCE-RJ, nº 21, maio/90, p 165)".

"Licitação. Obrigatoriedade. Advogado. Contratação direta de advogado, com base no art. 25, II, da LF 8.666/93. Impossibilidade, tendo em vista que a notória especialização só tem lugar quando se

---

<sup>9</sup> In "Manual Prático das Licitações, p. 271-272".

trata de serviço inédito ou incomum (TCE/PR, TC - 50.210/94. Cons. João Feder, RTCE-PR, nº 113, jan-mar/95, p.130)".

No tocante ao último julgado citado, que versa sobre contratação de serviços advocatícios, veja-se a Decisão nº 167/99, do Tribunal de Contas da União, em sentido contrário. *Verbis* a ementa:

“É admissível a contratação de serviços de advocacia, apesar de a entidade ou órgão público contar com quadro próprio de advogados, ressalvando que as condições, as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas para concluir-se pela legalidade ou ilegalidade da contratação e que o exame da conveniência e da oportunidade de efetuar a contratação compete ao administrador, que deve ater-se aos termos da lei e aos princípios norteadores da Administração Pública”<sup>10</sup>.

### 2.3. Da notória especialização

Pois bem, presentes para a contratação os requisitos acima destacados, ainda não se torna possível a inexigência de licitação, pois necessário, ainda, que o profissional ou empresa que se pretende contratar seja de notória especialização.

Por sua vez, é o próprio § 1º, do artigo 25, da Lei de Licitações, que traz as diretrizes da definição do que seja notória especialização. Aduz o dispositivo em questão:

“Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Somente a título de ilustração, registre-se que referida norma tem raízes no Decreto-lei nº 200/67<sup>11</sup> e no Decreto-lei 2.300/86<sup>12</sup>.

Não havendo preenchimento do requisito legal apontado, não é possível a contratação desprovida de certame, embora o serviço se enquadre no rol do artigo 13 da Lei de Licitações e demonstre, ainda, singularidade.

Por outro lado, a notória especialização deve estar relacionada com o objeto da contratação. Não se pode contratar um notório advogado para realização de uma obra de engenharia, por exemplo.

IVAN BARBOSA RIGOLIN e MARCO TULLIO BOTTINO, mais uma vez, com peculiar precisão, trazem posicionamento elucidativo de tal questão, ao apontarem:

**“Deve-se ter sempre em mente o binômio que faz inexigível a licitação, sendo que, se faltar um dos requisitos (um dos termos ou elementos do binômio), o serviço precisará ser licitado: o**

<sup>10</sup> Cf. Decisão 167/99, DOU de 03.05.99.

<sup>11</sup> Cf. art. 126, § 2º, “d”.

<sup>12</sup> Cf. art. 23, II.

**primeiro elemento - serviços de natureza singular (aqueles, todos, elencados nos incs. I a VII do art. 13; outros, ainda, que a vida das Administrações indica existirem); segundo elemento - contratados com profissionais ou empresas de notória especialização no ramo pertinente ao objeto pretendido, e não em outro ramo.**

Se o serviço pretendido é de treinamento de pessoal, não adiantará para a entidade ser a firma em vista especializada em adestramento de cachorros para a polícia de narcotráfico, ou em treinamento de caratê para o serviço secreto”<sup>13</sup> (g.n.).

Nesse sentido, veja-se a seguinte ementa de julgado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, *verbis*:

“Dispensa de licitação. Contrato julgado irregular. Serviços de consultoria especializada informatizada. Ausência de singularidade dos serviços e da notória especialização das empresas em área técnica compatível com o objeto contratado. Demonstrada apenas a comprovação da especialização das empresas em área distinta daquela objeto do contrato (TCE/SP, TC - 66.036/026/90. Subst. de Cons. Sérgio Resende de Barros, 08/11/95)”.

Por outro lado, a notória especialização não estará presente quando o profissional preencher apenas um dos requisitos do § 1º, do artigo 25, da Lei de Licitações. Para tanto, necessário a concorrência de boa parte das exigências daquele dispositivo. Veja, nesse sentido, as esclarecedoras palavras de DIÓGENES GASPARINI, *verbis*:

“Ainda, cabe aduzir que não é bastante, para comprovar a notória especialização, a demonstração de que o profissional ou empresa que se deseja contratar atende a um dos requisitos arrolados pelo mencionado § 1º do art. 25 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Assim, não é o suficiente, por exemplo, a comprovação do bom desempenho anterior ou da existência de aparelhamento especial para que se tenha, sem mais delongas, por demonstrada a notória especialização do profissional ou empresa que se quer contratar. A notoriedade, cremos, deve ser resultante do atendimento de um conjunto mais ou menos largo desses requisitos. De fato, como entender-se alguém de notória especialização pelo simples fato de ter aparelhamento de alta tecnologia se não demonstra que sabe operá-lo? Será que alguém que durante anos executou o mesmo serviço (colocar porta em geladeira numa linha de montagem) se transforma em profissional de notória especialização em razão dessa longa experiência?”<sup>14</sup>

Apona-se, ademais: se o caso for de um único prestador de serviços, a inexigibilidade se dará com base no inciso I, do artigo 25, da Lei de Licitações<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> *Manual prático das licitações*, p. 271, in fine.

<sup>14</sup> *Direito administrativo*, p. 437.

<sup>15</sup> “(...) aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes”.



## 2.4. Os serviços de publicidade e divulgação

Como se destaca do próprio texto do inciso II, do artigo 25, da Lei 8.666/93, há vedação legal expressa para inexigibilidade de licitação quando se estiver frente a contratação de serviços de publicidade e divulgação.

A lei é clara nesse sentido. Veja-se o texto do dispositivo em pauta, *verbis*:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”

MARÇAL JUSTEN FILHO, ao comentar o tema em questão, apresenta críticas a tal impedimento legal, sob os seguintes argumentos:

“A lei insiste na vedação à contratação direta de serviços de publicidade e divulgação. Trata-se de um equívoco, acerca do qual já se teceram comentários por ocasião da análise dos arts. 1º e 2º. O problema reside na impossibilidade de julgamento objetivo nessa área. A grande evidência reside em que, sendo obrigatória a licitação, o critério decisivo de seleção acaba sendo a ‘criatividade’, a qual envolve avaliação meramente subjetiva. No final das contas, o critério de seleção continua a ser a subjetividade e a preferência da Administração Pública. Como já firmado, melhor seria promover a contratação direta, obrigada a Administração a justificar suas escolhas. Muito pior é a atual situação, em que a escolha (subjetiva, em última análise) é exteriorizada como produto de um julgamento objetivo. A vedação a contratações diretas nesse caso é um grande exemplo de como boas intenções produzem, muitas vezes, péssimas soluções legislativas”<sup>16</sup>.

## 3. APONTAMENTOS FINAIS

Em sede de conclusão, como restou demonstrado, para que possa a Administração Pública valer-se da inexigibilidade de licitação com objetivo de contratar profissional de notória especialização, deve ater-se aos requisitos exigidos na própria Lei de Licitações, sob pena de, inclusive, incidir o Administrador na sanção do artigo 89 da Lei de Licitações, sem prejuízo das demais cominações legais aplicáveis, caso assim não o faça. *Verbis* referida disposição legal:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

---

<sup>16</sup> *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p.290.

Vale destacar a orientação trazida por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, que ao enfrentar o tema apresenta um roteiro das exigências que devem ser atendidas para efetivar-se a contratação desprovida de licitação sem ferir as exigências legais. Assim se posiciona:

“(…) requisitos

A inviabilidade da competição ocorrerá na forma desse inciso se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, que devem ser examinados, na seguinte ordem:

a) referentes ao objeto do contrato:

- que se trate de serviço técnico;
- que o serviço esteja elencado no art. 13, da Lei nº 8.666/93;
- que o serviço apresente determinada singularidade;
- que o serviço não seja de publicidade ou divulgação.

b) referentes ao contratado:

- que o profissional detenha habilitação pertinente;
- que o profissional ou empresa possua especialização na realização do objeto pretendido;
- que a especialização seja notória;
- que a notória especialização esteja intimamente relacionada com a singularidade pretendida pela Administração”<sup>17</sup>.

E, mais à frente, conclui:

“Todos esses requisitos, se tomados isoladamente, não garantem que a licitação é inexigível, pois será possível a competição.

Todo estudo da inexigibilidade de licitação repousa numa premissa fundamental: a de que é inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizá-la nos termos pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça o interesse da Administração. Daí porque não se compreende que alguns autores e julgados coloquem lado a lado dois conjuntos de idéias antagônicas, quando firmam o entendimento de que há singularidade; que o agente é notório especialista, mas que mesmo existindo mais de um agente capaz de realizá-lo, a licitação é inexigível, abandonando exatamente o requisito fundamental do instituto, constante do *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93”<sup>18</sup>.

As professoras WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS e MARIA TEREZA DUTRA CARRIJO, em sua obra “Licitações e Contratos - Roteiro Prático”, em comento ao assunto, e no mesmo intuito, recomendam, nesses casos, a tomada das seguintes cautelas, a seguir descritas:

“Como nos casos de dispensa (art. 24, II a XXIV), a inexigibilidade deverá ser justificada com a prática dos seguintes atos:

a) Justificativa com as informações dos incisos do parágrafo único do art. 26 (exarada pelo servidor responsável);

---

<sup>17</sup> *Contratação direta sem licitação*, p.444.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.445

- b) Ato declaratório (emanado pela autoridade superior);
- c) Comunicação dos atos acima em 3 (três) dias (art. 26, *caput*);
- d) Publicação na imprensa oficial - em 5 (cinco) dias;
- e) Ratificação do ato declaratório pela autoridade competente;
- f) Todos os atos deverão ser praticados em processo próprio.

- Outros documentos:

a) Tratando de contratação direta, por inexigibilidade, fundada no inciso I do artigo 25, dever-se-á juntar aos autos a comprovação da exclusividade, através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação, a obra ou o serviço, pelo sindicato, federação ou confederação patronal, ou, ainda, por entidades equivalentes;

a.1) A justificativa do servidor responsável deverá atestar minuciosamente a razão da escolha do objeto (bens ou serviços) a ser adquirido; dever-se-á atestar, portanto, a singularidade do objeto;

a.2) Além da informação acima, a justificativa deverá conter a razão da escolha do produtor, empresa ou representante comercial exclusivo e, assim, assumir a exclusividade. Contudo, não basta dizer que o fornecedor é único, mas dever-se-á providenciar a comprovação disto, com os documentos a que se refere o inciso I do art. 25;

b) Tratando-se de contratação de serviços por notória especialização (inciso II do art. 25), enumerados no art. 13, ou contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo (inciso III do art. 25), consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, dever-se-á comprovar, através de curriculum e outros documentos abonatórios (publicações em jornais e revistas, por exemplo), tal especialização (v. § 1º do art. 25)<sup>19</sup>.

Por fim, atendidos todos os requisitos legais, é necessário que seja, ainda, justificada a inexigibilidade do certame, para que tenha eficácia legal, a teor daquilo que dispõe o artigo 26 da Lei de Licitações, que goza da seguinte redação:

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, **as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas**, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos” (*g.n.*).

#### 4. CONCLUSÃO

Conclusivamente, vê-se, pois, que a própria Lei de Licitações traz em seu bojo as diretrizes a serem seguidas nos casos de inexigibilidade de licitação, para a contratação de profissional de notória especialização. Deve,

---

<sup>19</sup> p.17-18.

assim, o Administrador ficar atento ao requisitos legais apontados, sob pena de sofrer as conseqüências cíveis, administrativas e penais discorridas.

## **BIBLIOGRAFIA**

CITADINI, Antonio Roque. Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 4.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 4.ed. São Paulo: Síntese, [s.a.p.].

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTINO, Marco Tullio. Manual Prático das Licitações. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; CARRIJO, Maria Tereza Dutra. Licitações e Contratos - Roteiro Prático. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

(\*) O autor é Procurador da Assembléia Legislativa. Ex-Procurador da Prefeitura de Santo André-SP.

# APLICAÇÃO DE PENALIDADE NO PERÍODO DE GARANTIA

Maria de Fátima Bassoi (\*)

(Considerações acerca da possibilidade de aplicação de penalidade constante do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 ao contratado, em virtude de inexecução total ou parcial do contrato celebrado com a Administração Pública, durante o período de garantia previsto em cláusula contratual)

1. Introdução. 2. A garantia prevista em cláusula contratual. Conseqüências. 3. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Logo de início, e para que possa ser devidamente delimitado o tema proposto, há que se mencionar que a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXVII, dispõe competir privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Não nos cabe, no âmbito deste trabalho, discorrer acerca do conceito de normas gerais, declinando, aqui, as definições elaboradas pela doutrina brasileira, já que dissertar sobre o tema exigiria um trabalho mais aprofundado, que foge à exposição prática a que nos propomos.

Merece, entretanto, ressaltar que a Lei nº 8.666/93 e suas alterações posteriores, ordenamento jurídico em vigor, que dispõe acerca das normas gerais sobre licitações e contratos administrativos relativos a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 1º), em seu artigo 58 arrolou as denominadas cláusulas exorbitantes, dentre elas, no inciso IV, a aplicação de sanções pela inexecução total ou parcial dos ajustes celebrados com a Administração Pública e, em seus artigos 86 a 88, regulou as sanções administrativas.

Importante, a esse passo, lembrar que, uma vez estabelecidas as cláusulas e condições que irão reger o contrato administrativo, ressuma evidente a composição entre a Administração-contratante e o particular-contratado e o conseqüente cumprimento das obrigações então assumidas pelas partes, bem como o reconhecimento de seus respectivos direitos.

Desse modo, o desatendimento das obrigações estipuladas em cláusulas contratuais corresponderá a uma violação do direito da outra parte.

Se houver, portanto, uma agressão ao direito alheio, haverá, também, o rompimento do compromisso assumido, com a aplicação das penalidades cabíveis.

Assim, seja para coibir atrasos injustificados na execução dos contratos, seja para punir inexecuções totais ou parciais dos ajustes, foram estabelecidas as seguintes sanções: a) multa de mora (artigo 86); b) advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87 e seus incisos).

## **2. A GARANTIA PREVISTA EM CLÁUSULA CONTRATUAL. CONSEQÜÊNCIAS**

Delimitados esses primeiros contornos legais que a matéria sob comento abarca, cabe lançar a seguinte indagação: numa contratação, envolvendo a aquisição de bens móveis, por exemplo, compra de microcomputadores, após seu recebimento definitivo, onde teria sido certificada e aceita a qualidade e quantidade dos bens objeto da licitação, mas antes do término do período de garantia dado pelo licitante/contratado e previsto tanto em cláusula contratual como na proposta ofertada pelo licitante/vencedor, poderia vir a ser aplicada qualquer uma das penalidades previstas no artigo 87 e seus incisos da Lei nº 8.666/93.

Logo de início, uma dúvida exsurge: o recebimento definitivo do objeto assinala efetivamente o término da execução do contrato? Ou do objeto do contrato?

A dupla indagação procede, já que no contrato celebrado existem cláusulas que descrevem o objeto e outras tantas que dispõem sobre prazo e possibilidade de sua prorrogação, pagamento, penalidades, hipóteses de alteração, rescisão etc e sobre recebimento provisório, recebimento definitivo do objeto, bem como sobre o termo inicial e final do prazo a ser dado como garantia dos bens adquiridos, que passarão a integrar o instrumento contratual, haja vista constar previsão expressa em uma de suas cláusulas.

Suponha-se, então, que, após seu recebimento definitivo, esses bens, que aparentemente não apresentavam nenhum defeito, venham a demonstrá-lo e o contratado, alegando estar impossibilitado de repará-lo nos prazos avençados, procrastinando indefinidamente a necessária correção, quer para efetuar a troca dos bens, quer para corrigir-lhes as deficiências, deixe de atender aos reclamos da Administração, descumprindo, assim, cláusula contratual.

Merece, a esse passo, tecer algumas considerações acerca da duração dos contratos administrativos.

Como o termo inicial não oferece, no âmbito destes comentários, maiores indagações, voltemos nossas atenções para o termo final do contrato.

Tenha-se, pois, presente que, ao se falar em termo final do contrato, a tônica é posta na efetiva implementação do objeto, uma vez que, para a Administração Pública, o poder-dever é indisponível.

Aliado a isso, some-se o interesse público subjacente à relação contratual em curso, a dar suporte à concretização da finalidade pública, dimensionada em cláusula contratual, onde restou fixado o momento necessário e imprescindível à realização do objeto contratado.

E que momento seria esse? O momento fixado no contrato, delimitado enquanto prazo, no qual o contrato deverá ser cumprido e executado seu objeto.

Ora, casos haverá em que o termo final do contrato será justamente aquele em que o contratado não terá mais de responder pelo serviço ou prestação, como na hipótese que ora se comenta, qual seja, o término do prazo de garantia acordado entre as partes justamente para reparar eventuais defeitos que os equipamentos possam vir a apresentar.

Ou seja: findo o prazo estabelecido no contrato como garantia de funcionamento dos bens adquiridos, restará plenamente satisfeito o interesse público e extinta estará a relação contratual.

Desse modo, se não se puder considerar satisfeita a obrigação acessória - garantia - dentro do prazo delimitado no contrato, não haverá a satisfação da obrigação principal - entrega dos bens, para serem utilizados em perfeito estado de funcionamento.

Isto porque se os bens que tiverem sido entregues não corresponderem às qualificações técnicas descritas em Memorial Descritivo, não estando, pois, em perfeito funcionamento, não haverá a satisfação do interesse público.

E mais, haverá ainda prejuízo para a Administração, que terá de contratar terceiros para efetuar a necessária reparação dos bens ou deflagrar novo procedimento licitatório, seja para contratar a manutenção dos bens já adquiridos, seja para comprar novos equipamentos.

Em síntese: não tendo sido cumprido o contrato, nos exatos termos de suas cláusulas contratuais, configurada estará a culpa do contratado, diante de sua inadimplência e do conseqüente dano causado à Administração Pública.

Assim sendo, parece-nos plenamente aplicáveis, nessas hipóteses, as penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93, que transcrevemos:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial **do contrato** a Administração poderá, garantida a defesa prévia, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.” (g.n.)

Atente-se, pois, para o sentido expresso na norma supratranscrita: inexecução total ou parcial do contrato e não do objeto do contrato.

Por conseguinte, as penalidades arroladas no artigo 87 podem ser aplicadas se e quando forem constatadas inexecuções totais ou parciais de todas as disposições constantes do contrato, entre elas, por óbvio, a garantia.

Nem se argumente que tais sanções somente poderiam ser aplicadas nos contratos antes do Recebimento Definitivo de seu objeto, já que este termo supostamente marcaria o fim da execução do contrato propriamente dito.

Se se admitisse tal entendimento, sem a inclusão do prazo dado como garantia dos bens adquiridos, caberia apenas e tão-somente à Administração tentar obter a reparação do dano sofrido, utilizando-se da via judicial, mediante a propositura da ação cabível.

Isto sem contar com a possibilidade de que, deflagrado novo procedimento licitatório, a mesma empresa, que outrora fôra contratada para fornecer os mesmos bens, vir a ser habilitada e classificada em primeiro lugar! Nesta hipótese, como e a que título poderia a Administração recusar-se a assinar um contrato com aquela empresa? Que remédios poderia a Administração utilizar para evitar essa nova contratação?

Quer nos parecer que todos esses percalços podem ser evitados e, quiçá, o dano reparado com maior celeridade, se a Administração puder valer-se das sanções cominadas no mencionado artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

Isto porque, conforme consagrou-se na doutrina brasileira, o bem jurídico que se pretende tutelar é justamente a execução **do contrato**, que abarca também, em seu bojo, a garantia - daí a aplicação dos dispositivos que prevêm penalidades administrativas.

Repita-se, ainda uma vez, que, se não se puder utilizar, nessa hipótese, o inciso III do artigo 87, que dispõe sobre a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, e se a empresa for habilitada e ofertar a melhor proposta comercial, não poderá a Administração revogar a licitação por razões de interesse público, uma vez que o fato que lhe daria suporte é anterior à abertura do procedimento, nem tampouco anular o certame, visto inexistir qualquer ilegalidade.

Um outro argumento em prol da aplicação do artigo 87 ressuma com força suficiente para formar um convencimento livre de dúvidas, consistente no seguinte: é evidente que o contratado, ao formular sua proposta, incluiu no custo dos equipamentos que foram adquiridos pela Administração o valor relativo ao período de garantia.

Desse modo, a Administração terá efetuado o pagamento dos bens adquiridos em sua totalidade, sendo que, no preço pago, já estaria embutido o valor correspondente à garantia.

Resta, pois, evidente que, se não tiver sido procedida a troca dos bens ou se não tiver sido efetuado seu conserto no prazo estabelecido em cláusula contratual, haverá um evidente enriquecimento ilícito por parte do contratado.

### **3. CONCLUSÃO**

Completando essa linha de raciocínio, chega-se à inexorável conclusão de que o dano suportado pela Administração há de ser reparado prontamente,



para que o serviço público não venha a sofrer percalços em sua continuidade - daí o nosso entendimento de ser possível a aplicação das penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

Em síntese: a solução mais consentânea com a hipótese sob comento seria, pois, a aplicação de penalidades administrativas, garantindo a defesa prévia ao contratado, seja para que a Administração possa ressarcir-se de valores já desembolsados, seja para impedir que o contratado venha a participar de futuras licitações.

(\*) A autora é Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

# **AS IMUNIDADES PARLAMENTARES (NECESSIDADE SOCIAL E MODO DE ATUAÇÃO)**

Andyara Klopstock Sproesser (\*)

1. Introdução ao tema. 2. As imunidades parlamentares atendem a alguma necessidade social? 3. Como se operam as imunidades parlamentares? 4. Conclusões.

## **1. INTRODUÇÃO AO TEMA**

Questiona-se, hoje em dia, com alguma insistência, ou até com muita, a utilidade social da instituição das imunidades parlamentares. E com razão. Não somente porque se vive em regime democrático, onde esse questionamento afinal tem inteira cabida, se não também porque, vez ou outra, toma-se conhecimento de que alguém buscou mandato parlamentar para tão-somente acobertar-se da punição que certamente lhe aplicaria a Justiça, aplicando as leis. Vem à baila, além disso, o corporativismo das Casas Legislativas em favor do companheiro de mandato, mas contra o sentimento generalizado de justiça.

No presente estudo tomam-se por mote esses questionamentos e, a sua vez, fazem-se alguns outros, próprios, buscando-se afinal alcançar algumas conclusões a respeito da instituição das imunidades parlamentares. Pergunta-se, desde logo:

## **2. AS IMUNIDADES PARLAMENTARES ATENDEM A ALGUMA NECESSIDADE SOCIAL?**

Para que servem as imunidades parlamentares? Servem aos interesses particulares dos representantes políticos ou, ao contrário, servem aos interesses da sociedade? Se servirem diretamente a interesses particulares, certamente constituirão privilégios, tanto mais quanto, ao fim, consistem em exceções a regras jurídicas vigentes na sociedade, e que por vigerem em sociedade democrática teriam de ter caráter de generalidade e teriam de ser aplicadas com isonomia. Mas, se, ao revés, servirem a interesses gerais, comuns, de toda a sociedade, e corresponderem a situações sociais desparificadas, privilégios não serão, nem antidemocráticas.

Sem entrar propriamente no debate em torno da conceituação do Direito como conjunto de normas técnicas, ou de normas éticas, tão a gosto da Filosofia Jurídica, é preciso registrar, no entanto, que se não é possível pensar o Direito tão-somente como técnica, pode-se pensá-lo ao menos também como técnica. Aliás, até mesmo um jurista-filósofo da consistência de MIGUEL REALE, que se contrapõe à visão do direito como técnica, não deixa de reconhecer que "o Direito está cheio de normas técnicas". Em outra passagem, aliás, o eminente jurfilósofo é ainda mais enfático. Quando diz:

"Os preceitos autônomos, que se bastam a si mesmos, por conterem em si próprios a sua finalidade, são preceitos morais./ Já não acontece o mesmo com os preceitos jurídicos. O Direito é eminentemente técnico e instrumental. Toda norma jurídica é instrumento de fins, que se não situam no âmbito da norma mesma; não há nenhuma finalidade intrínseca ou inerente à própria regra; sua finalidade é a segurança geral, a ordem pública, a coexistência harmônica das liberdades etc."<sup>1</sup>

Por seu turno, PONTES DE MIRANDA, a quem ninguém nega tratar-se de um dos maiores cultores da Ciência Jurídica no País, não esconde sua inclinação pela tecnicidade do direito, ao dizer, no tocante às regras jurídicas:

"O propósito de tais regras é regular-se o entrecchoque dos interesses, de modo que haja paz e, pois, ordem. Por meio desse tecido de regras abstratas, consegue o homem ordenar as relações inter-humanas e adaptar-se à vida social cada vez mais. No fundo, o direito atende a que há necessidades dos indivíduos e da sociedade, e descobre soluções, ou tenta aquelas que as satisfaçam."<sup>2</sup>

Parece, pois, razoável tomar-se o Direito, em seu conjunto, do ponto de vista do seu editor, como uma técnica de objetivo específico, ou, na esteira de PONTES DE MIRANDA, como processo de adaptação social, de que se utiliza a sociedade para ordenar as relações inter-humanas, reduzindo-lhes o arbitrário e levando-as à paz e à ordem.

Isso posto, como se situam as imunidades parlamentares, que são, afinal, o tema deste trabalho? Não há negar que se afigura perfeitamente apropriado dizer que se põem exatamente como técnica, de que se vale a sociedade na luta constante e crescente que empreende pela conquista e manutenção de direitos perante os que a governam.

É deveras ilustrativo notar a propósito que as imunidades surgem desde logo na origem mais remota da "representação política", se se admitir como tal a representação exercida pelos tribunos eleitos para atuar perante as magistraturas romanas em defesa dos interesses da plebe, na antiga Roma.

Admite-a perfeitamente como tal o professor MANUEL MARTINS DE FIGUEIREDO FERRAZ<sup>3</sup>, consignando expressamente:

"É possível que o tribunado não encontre símile no Direito Público moderno; mas contém um pouco de tudo. O tribuno pode aparecer como misto de parlamentar, magistrado, representante do Ministério Público, 'líder' de oposição, chefe de sindicato, cabeça de greve, agitador. (...) Ocorre, porém, que com o tribunado nasce o princípio da representação, inviolável, imune e sacrossanto."

Se, entretanto, se quiser vir para mais perto dos dias atuais, haja vista para os fins da Idade Média e inícios da Moderna, onde se observa que as imunidades foram sendo conquistadas, em longo processo histórico, como garantias necessárias aos membros do Parlamento inglês, para que pudessem falar em defesa de direitos, sem temor de represálias da parte do rei (*freedom*

<sup>1</sup> *Filosofia do Direito*, 9.ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p.266 e p.656.

<sup>2</sup> *Comentários à Constituição de 1946*, 2.ed., Rio de Janeiro: Max Limonad, 1953, p. 30, v.1.

<sup>3</sup> *Do tribunado da plebe*, São Paulo: EDUSP, 1989, p. 23. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a final publicada com prefácio de Alexandre Correia.

*of speech*) , assim como para que pudessem demandar os locais de reunião, sem o risco de aprisionamento arbitrário (*freedom from arrest or molestation*).

Se, no entanto, se quiser mais ainda aproximar dos dias que correm, para alguns anos mais avançados na Idade Moderna, ver-se-á que em França as imunidades parlamentares foram conquistadas também, à sua vez, como garantias dos deputados contra o poder real, para que, primeiro, como inviolabilidade, não se tornassem passíveis de perseguição "por causa de alguma proposta, parecer ou discurso, manifestado ou pronunciado nos Estados Gerais" (Resolução de 20 de junho de 1789), e, logo mais, para que não fossem passíveis de aprisionamento, salvo em caso de flagrante delito, "antes que o Corpo Legislativo, à vista das peças de convicção, decida que cabe a acusação" (Resolução de 26 de junho de 1790).

Como se vê, as imunidades parlamentares desde a origem tiveram a marca indelével de garantias necessárias aos corpos de representação política na luta pela conquista de direitos em nome dos ali representados, vale dizer, em nome dos governados, em face dos governantes.

Dir-se-á, com base exatamente nisso, entretanto, a exemplo do que faz ELOY GARCÍA<sup>4</sup>, que as imunidades parlamentares, hoje, estão em crise, especialmente por haverem desaparecido os pressupostos constitucionais que a certo tempo lhes serviram de justificativa. Completa o mestre espanhol seu pensamento recusando até mesmo que possam as imunidades parlamentares vir a salvar-se mediante correção no plano normativo, porque, para ele:

"(...) no son simples problemas jurídicos cuya solución está al alcance de una ley o una sentencia, sino la reproducción a escala normativa de la crisis por la que hoy atraviesan los fundamentos que tradicionalmente se cimentaban la inmunidad parlamentaria, crisis que, por ser la resultante de la irrupción histórica de la ideología democrática, sólo puede ser comprendida y explicada desde postulados de tipo político".<sup>5</sup>

Tem-se a impressão, contudo, de que nesse passo estão sendo olvidadas mui facilmente as palavras certas com que MONTESQUIEU se refere aos detentores do poder, palavras que tanto mais se revelam verdadeiras quanto mais e mais aprofundam raízes na natureza do ser humano. Diz MONTESQUIEU: "Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites"<sup>6</sup>.

Hoje, vive-se um tempo de eficientes meios de comunicação, - jornais, revistas, rádio, televisão, internet, - e por isso se conhecem relatos dos muitos efeitos danosos que resultam da "expansibilidade" do poder em todas as suas formas. Diante desses relatos, acaso é possível acreditar que os homens mudaram tão-somente porque mudaram os regimes políticos, a ponto de se haverem persuadido de que devem espontaneamente respeitar direitos, sem que o devam por temor às sanções da lei?

---

<sup>4</sup> *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Madri: Editorial Tecnos, 1989, p. 82.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>6</sup> *Do espírito das Leis*, tradução de Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.166.

O contrário disso é o que se vê, no entanto. Hoje, não obstante certos avanços, há também recuos abissais, decepções profundas, a ponto de se fazerem ouvir vozes como a de SÉRGIO RESENDE DE BARROS<sup>7</sup> pregando palavras de advertência e apontando para este inegável paradoxo da civilização: "No globo terrestre, condições e estágios de cultura divergentes apontam para uma convergência de processo e resultado: a civilização humana progride, mas o desrespeito aos direitos humanos não regride."

Nada assegura, portanto, como se vinha dizendo, que estejam definitivamente afastadas as condições sócio-políticas que fizeram necessárias as imunidades parlamentares.

Ao contrário, infelizmente, o que se observa não é isso. O que se observa é que lutam os poderes políticos entre si, os poderes econômicos entre si, os poderes ideológicos entre si, e todos, políticos, econômicos e ideológicos, uns contra os outros. Claro, hoje, há divisão dos poderes políticos, há freios e contrapesos, há tribunais independentes, há sistemas de controle, como antigamente não havia. Tudo isso existe, mas, a presença de tudo isso não tem impedido que se reconheçam modos e formas de molestar e pisotear direitos, faculdades e prerrogativas alheias, e quase sempre a salvo de publicidade, de transparência, do conhecimento público. E que dizer do poder econômico, do governo e dos particulares? E do poder ideológico, igualmente de lá e de cá? Tudo isso constitui, sem dúvida, modos e formas de pressionar e de obter o comportamento favorável a interesses diversos que não o público, o comum, de que decorre o de todos e de cada um. Enfim, há meios de tolher o livre exercício da representação política, especialmente quando não protegida por algum instrumento técnico-jurídico que a ponha a salvo, em proveito da própria sociedade. Hoje, embora o regime em que se vive não seja totalitário ou autoritário, mas democrático-representativo, é possível ver claramente visto que não só o poder político, mas também o poder econômico e o poder ideológico se distribuem no meio social, através dos grupos de interesses, dos grupos de pressão, dos lobbies, e todos eles podem, por insuspeitados caminhos, tentar e – por que não? - conseguir desviar a representação política dos rumos que levem à realização do bem-comum, do interesse comum de todos, dos interesses gerais. Nem se esqueça, por outro lado, especialmente, que as leis, como dizia ROUSSEAU,<sup>8</sup> deveriam ser expressão da vontade geral, ou seja, da vontade dirigida somente ao interesse comum, de todos, e não ao interesse particular, ou de alguns.

Por óbvio, a natureza humana continua a mesma. Os representantes políticos, como tais, obviamente não se despem dela, nem podem. Continuam, pois, com suas virtudes e com seus defeitos, com suas fortalezas e com suas fraquezas. Donde resulta que sempre haverá a possibilidade de a representação política ser mal exercida por algum representante que não foi capaz de resistir às pressões do poder político, do poder econômico ou do poder ideológico. O que é um grande mal, tanto maior quanto, como não se deve esquecer, dentre as muitas notas do regime democrático, sobrelevam a

---

<sup>7</sup> *Direitos humanos - paradoxo da civilização*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.446.

<sup>8</sup> *Contrato social*, tradução de Antonio de Pádua Danesi, 3.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 37.

que delega a tomada das decisões políticas à maioria dos votos e a que manda respeitar os direitos da minoria, inclusive o de se tornar maioria.<sup>9</sup>

De outra parte, a democracia não pode ser mera e simplesmente uma forma de regime encimado por uma Constituição que declara que todo o poder é do povo; que o povo exerce o poder por meio de representantes, ou diretamente; que o poder é exercido pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário, com funções específicas e independentes entre si; que, enfim, a tudo isso preside o princípio da legalidade, em virtude do qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Este, o ponto nevrálgico: a democracia há de ser regime político em que a lei, especificamente, há de ser cada vez mais expressão da vontade geral, voltando-se mais e mais para o interesse comum dos indivíduos e da sociedade, fundando-se mais e mais nos valores reconhecidos pelo maior número. Daí por que, ao serem tomadas as decisões que institucionalmente cabem ao Legislativo, os representantes políticos precisam estar livres para decidir, escolhendo dentre as várias soluções a que mais lhe pareça afinada com o bem-comum, com o interesse geral. Para isso, deve somar-se às virtudes que os representantes possam ter, deve opor-se aos defeitos que também possam ter, a força de instrumentos capazes de lhes dar suporte nos momentos de fraqueza ou de hesitação, especialmente para ajudá-los a resistir a interesses contrários aos interesses gerais. Dentre esses instrumentos, sem dúvida, estão as imunidades parlamentares, que a experiência dos povos civilizados criou e conserva. Enfim, a sociedade representada no Legislativo precisa contar com barreiras que permitam aos seus agentes resistir ao poder político, ao poder econômico e ao poder ideológico, seja do setor público, seja do setor privado, dos quais fala BOBBIO.<sup>10</sup>

Enfim, é imprescindível garantir liberdade aos representantes políticos com atuação no Legislativo. E liberdade no duplo sentido, como liberdade de fazer e como liberdade de querer.<sup>11</sup>

As imunidades parlamentares atendem a uma necessidade social evidente, a de viabilizar a democracia, se não por outros motivos, porque nos dias que correm é a única forma universalmente aceita de "bom governo", a do povo por meio de representantes. Elas nasceram e sobrevivem como garantias da **representação política**, para que possa ser exercida adequadamente; como garantias do **Poder Legislativo**, para que possa cumprir suas atribuições institucionais; finalmente, como garantias dos próprios **parlamentares**, para que possam decidir de conformidade com os valores e anseios do maior número, podendo desse modo exprimir verdadeiramente a vontade geral.<sup>12</sup>

Em resumo, pois, as imunidades parlamentares não devem ser vistas como **privilégios**, no sentido comum em que freqüentemente é empregado o termo, ou seja, como vantagem atribuída a alguém com exclusão dos demais e

---

<sup>9</sup> Norberto Bobbio, *teoria geral da política*, tradução de Daniela Beccaccia Versiani, 2.ed., Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.427.

<sup>10</sup> Ibid., p. 134

<sup>11</sup> Norberto Bobbio, *igualdade e liberdade*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, 4.ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p.49 e ss.

<sup>12</sup> Jéan Jacques Rousseau, op. cit., p.37, nota 8.

contra o direito geral, o que equivale dizer que sua atribuição tenha sido feita de modo arbitrário, desigual e, pois, antidemocrático.

Seria verdadeiramente arbitrária, desarrazoada, essa atribuição? Como foi possível verificar, as imunidades parlamentares atendem a clara necessidade social, reconhecida desde os primórdios do regime liberal, a que se seguiu logo mais o regime democrático. Fazer lei e fiscalizar o seu cumprimento, em regime democrático, constituem tarefas que tocam tão de perto ao interesse comum, que somente devem ser entregues, efetivamente, a representantes em condições de liberdade para exprimir a vontade geral. Daí por que, tecnicamente, as imunidades parlamentares têm constituído instrumento eficaz de garantia de adequada liberdade de atuação, em dose suficiente o bastante para que possam desempenhar o mandato político sem temor de perseguições arbitrárias, permitindo-lhes, ao contrário, o direito de formar com liberdade suas opiniões e seus votos. Ora, como se sabe, a essência da democracia exige que a lei seja a expressão do interesse comum, vale dizer, da vontade geral.

De outra parte, a atribuição de imunidades aos eleitos, para porem em prática a representação política no Legislativo, teria configurado, efetivamente, quebra do princípio da igualdade, exigência do regime democrático? Já se falou, neste trabalho, da situação nova em que se insere o cidadão escolhido como representante político, evidentemente mais gravosa do que a anterior à sua eleição. O eleito para legislar e fiscalizar em nome da sociedade acresce, sem dúvida, à sua condição de cidadão comum, o ônus de enfrentar pressões que partem de órgãos do próprio Estado e de organismos da sociedade, com poderes políticos, econômicos e ideológicos, todos eles, não há negar, com força suficiente para fazer que o representante legislativo passe a adotar comportamento que não adotaria se lhe fosse dado decidir livremente. Tendo em vista essa possibilidade de o parlamentar sofrer constrangimento que lhe altere a disposição de atender ao interesse comum, geral, ou coletivo, quando profere suas opiniões ou seus votos sobre matéria dessa natureza, é que existe o instrumento técnico-jurídico das imunidades parlamentares. Daí ser inteiramente razoável concluir que não atentam contra o princípio da igualdade, essencial ao regime democrático. Ao contrário, constituem meios técnicos de que o regime democrático se utiliza para preservar o representante político das pressões indevidas que lhe sejam feitas por quem quer que seja que pretenda desviá-lo da finalidade específica do mandato parlamentar, que é, como se viu, o interesse comum.

A peculiaridade da nova situação enfrentada pelo representante parlamentar relativamente à situação anterior de cidadão comum justifica, inegavelmente, que lhe sejam concedidas, pelo instrumento das imunidades parlamentares, condições de reforço da liberdade que todos devem desfrutar em sociedade.

Por essa razão é que a liberdade de pensamento conferida ao cidadão comum se transforma em inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos; é que a garantia de liberdade de locomoção e a garantia de não ser preso senão mediante ordem judicial atribuídas ao cidadão comum passa a ser garantia contra a prisão do parlamentar, salvo o caso de flagrante delito de crime inafiançável; é que a garantia do juiz natural deferida ao cidadão comum se desloca, no caso do parlamentar, para a mais alta Corte de Justiça

do País ou do Estado, ou seja, para o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal de Justiça; é que a garantia do sigilo da fonte informativa do cidadão comum necessária ao exercício profissional se transforma, no caso do parlamentar, em garantia desse mesmo sigilo necessário ao exercício do mandato; é que, finalmente, a garantia da possibilidade de recusar-se à prestação, dentre outros, do serviço militar, relativamente ao cidadão comum, sob alegação de motivo religioso, filosófico ou político, converte-se, no caso de parlamentar, em garantia de somente prestá-lo se e quando houver prévia licença da Casa a que ele pertencer.

Aliás, como certamente acentua MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "a necessidade de se assegurar ampla liberdade de ação ao parlamentar para o exercício do mandato" serve de inspiração a que se lhe outorguem certas prerrogativas. "Estas – diz o eminente professor – são exceções ao regime comum, decorrentes não de seu interesse pessoal (pois se assim fosse seriam privilégios) mas do interesse público no bom exercício do mandato, do que resulta não serem renunciáveis por aqueles que são por elas escudados".<sup>13</sup>

Vê-se, pois, que, por meio delas, se está garantindo o adequado funcionamento do mecanismo institucional da representação política, o adequado cumprimento das funções institucionais do Poder Legislativo, em especial as de legislação e fiscalização, assim como o adequado exercício do mandato parlamentar. Daí, as consequência jurídicas: sendo três os destinatários que, em consideração ao interesse público, são postos a salvo de pressões indevidas pelas imunidades parlamentares, tem-se que a caracterizá-las existem as notas de "indisponibilidade", "irrenunciabilidade" e "intransferibilidade", como, de resto, já houve ensejo de se sustentar em trabalho anterior<sup>14</sup>. A elas não poderá haver renúncia da parte do Legislativo, nem da parte do parlamentar, nem de ambos, porque indisponível o interesse público a que atendem. Ademais, o efeito garante que delas resulta não se transfere do parlamentar a quem, não o sendo, com ele haja participado do mesmo ato. Nesse caso, haverá ilícito da parte do não-parlamentar.

Há de se convir, entretanto, em que a realidade nem sempre reproduz as certezas das idéias políticas ou jurídicas correspondentes às imunidades parlamentares. Na prática, como todas as instituições políticas e jurídicas, as imunidades parlamentares muitas vezes não produzem os resultados que delas seriam de se esperar. Ao dever-ser jurídico não corresponde necessariamente a realidade, mas apenas uma expectativa de realização.

Daí ter-se dito acima que, se nem todos vêem as normas jurídicas como normas técnicas propriamente ditas, é possível, no entanto, vê-las também como tais. Exatamente por exprimirem fins a se atingir ou alcançar, as normas de Direito nem sempre se realizam na experiência da vida, não só porque são muitas e variáveis as suas condicionantes, como também porque sua implementação sofre a interferência da própria liberdade humana, com efeitos

---

<sup>13</sup> *Curso de direito constitucional*, 25.ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.174.

<sup>14</sup> *As imunidades parlamentares no Direito Constitucional Brasileiro*. Dissertação de Mestrado que defendi perante Banca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, integrada pelos Professores Sérgio Resende de Barros (Presidente), Mônica Herman Salem Caggiano e Paulo Celso Bergstrom Bonilha, em 10 de junho de 2002. Disponibilizada na Biblioteca Central da Faculdade de Direito.



inesperados ou não queridos. Disso resulta, pois, um novo questionamento, que assim se pode expressar: Uma vez que a vida política do País contém casos de utilização das imunidades parlamentares não propriamente como garantias da representação política e do Poder Legislativo, ou seja, do interesse público, mas tão-somente dos interesses do próprio parlamentar, é conveniente extingui-las, ou conservá-las? Mantê-las como se encontram, ou mantê-las com os devidos ajustes?

O uso indevido de um direito, ou o seu abuso, não pode pura e simplesmente levar à sua extinção. A prudência, muitas vezes ou quase sempre, está em preservar o direito, com os devidos aprimoramentos; ou, pelo menos, em só extingui-lo se e quando se revelar definitivamente incapaz de atender ao interesse público. Nesse particular, cumpre ter presente que os casos de abuso são excepcionais.

Além disso, deve-se atentar para o fato de que o aperfeiçoamento das imunidades parlamentares depende, de certo modo, do aperfeiçoamento também de outros institutos político-constitucionais com os quais seguramente se imbricam e se completam. É o que ocorre, por exemplo, com as imunidades parlamentares e certos institutos das leis eleitorais, especialmente os que dizem respeito aos partidos políticos, à seleção dos candidatos, à impugnação de candidaturas e até mesmo à diplomação de eleitos. O sentido das imunidades parlamentares, certamente, se encontra entrelaçado com tais assuntos, pois constituem, ou deveriam constituir, proteção ou garantia daqueles que, antes de eleitos, pudessem comprovar perante a Justiça Eleitoral e a sociedade sua até então ilibada conduta, o que, sem dúvida, deveria pressupor a inexistência de processo criminal ou cível, em curso à época da inscrição da candidatura, sobre certas e determinadas matérias, a juízo do legislador.

### **3. COMO OPERAM AS IMUNIDADES PARLAMENTARES?**

Os autores não costumam tratar do modo como operam as imunidades parlamentares na proteção que dispensam à representação política, ao Poder Legislativo e aos próprios parlamentares. O modo como operam, no entanto, tem grande importância. Em especial para fundamentar a distinção entre imunidades materiais e formais, entre imunidades de efeitos perenes e de efeitos provisórios. O tema sem dúvida merece abordagem específica, como, de resto, já se fez em Dissertação de Mestrado.<sup>15</sup>

Fala-se que há duas classes de imunidades parlamentares, as materiais e as formais, sem, contudo, se estabelecer o critério lógico-jurídico dessa distinção, assim como se fala, logo em seguida, que as imunidades formais se discriminam em diferentes espécies, quais sejam, imunidade de foro, de prisão (ou prisional), de processo (ou processual), de depoimento, e de incorporação militar, na mesma ordem em que são apresentadas no art. 53 do texto constitucional vigente depois da Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001.

Diz referido dispositivo:

---

<sup>15</sup> Op. cit., nota 14.

"Art. 53 - Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º - Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º - Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

(...)

§ 5º - A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º - Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º - A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva."

A transcrição do art. 53, acima, compreende apenas a parte que será utilizada no adequado desenvolvimento do tema proposto, que na verdade se cinge exclusivamente a dois aspectos das imunidades parlamentares. Do primeiro aspecto, ou seja, da sua necessidade social, tratou-se até aqui, com vistas a concluir se constituem, ou não, privilégios, e se é conveniente extingui-las ou conservá-las. Do segundo aspecto, isto é, do seu *modus operandi*, vai-se tratar em seguida, com a finalidade de extrair o fundamento ou critério mercê do qual se torna possível justificar a distinção, que delas se faz, entre imunidades materiais (inviolabilidade de opiniões, palavras e votos) e imunidades formais (de foro, de prisão, de processo, de depoimento e de incorporação militar).

Afinal, por que se diz que a inviolabilidade de opiniões, palavras e votos, referida no *caput* do art. 53, constitui imunidade material? E por que, de outra parte, se fala que as imunidades elencadas nos parágrafos desse mesmo dispositivo constitucional constituem imunidades formais? Esses, os questionamentos que o estudo se propõe enfrentar.

Como de pronto se verifica, o texto trata da inviolabilidade dizendo que os Deputados e Senadores são **invioláveis**. Em que consiste a inviolabilidade? Como se explica a inviolabilidade? Inviolabilidade em que sentido, e do quê? Todos esses pontos merecem ser questionados, uma vez que em nenhum lugar se encontram esclarecimentos a respeito. A norma constitucional não esclarece, e as normas infraconstitucionais tipificadoras de ilícito e cominadoras de sanção, penal ou civil, muito menos. Tudo se passa no campo da inferência. Haja vista, por exemplo, ao que dizem os arts. 138, 139 e 140 do

Código Penal, nos quais se definem e sancionam a calúnia, a difamação e a injúria. Haja vista também ao art. 186 do novo Código Civil (art. 159 do de 1916). Em nenhum deles há a mais mínima referência àquelas imunidades. Não há crítica a fazer quanto a essa omissão. Aliás, bem vistas as coisas, tais normas não poderiam mesmo cuidar do assunto, infraconstitucionais que são, não lhes caberia realmente fixar limites à inviolabilidade parlamentar. A observação vale, no entanto, como reconhecimento do fato de que em nenhum lugar se encontra o significado da inviolabilidade assegurada no art. 53, *caput*, da Constituição.

A Constituição, no *caput* do art. 53, vale-se da expressão "Deputados e Senadores são **invioláveis**", que tem longa tradição no direito constitucional brasileiro, vindo, como vem, da Constituição do Império, de 25 de março de 1824, art. 96. Como agora, também àquele tempo se dizia apenas quem era inviolável; mas não se dizia nem o que era inviolável, nem em que sentido se havia de compreender tal inviolabilidade.

Observa-se, no entanto, que a atual Constituição, no *caput* do art. 5º, tanto quanto a do Império, no art. 179, fala também em **inviolabilidade** de direitos garantidos aos cidadãos: na atual, de 1988, a brasileiros e estrangeiros residentes no País, quanto à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; na do Império, de 1824, a brasileiros tão-somente, e apenas quanto à liberdade, à segurança e à propriedade.

Diante disso, já se dispõe de alguma referência para se compreender o sentido em que o termo **inviolabilidade** deve ser tomado quando se cuida de inviolabilidade parlamentar.

Observe-se, de pronto, que na raiz do vocábulo "inviolabilidade" se encontra o étimo **vi**, proveniente do latim **vis**, que significa "força, violência, ataque", como se apura em NAPOLEÃO MENDES DE ALMEIDA<sup>16</sup>. Por sua vez, SILVEIRA BUENO<sup>17</sup>, dicionarista e filólogo, atribui ao termo "violável" o significado de algo "que se pode violar", enquanto que ao termo "violiar" empresta o de "ofender com violência, infringir, transgredir, forçar". Nenhum desses significados, entretanto, satisfaz por completo ao jurista, exatamente porque deixa de indicar a coisa ou o bem que, **no** ou **do** parlamentar, não pode ser violado, ou não é violável, sendo, pois, inviolável. Mas é disso exatamente que se indaga. Assim, pois, que é que **no** ou **do** parlamentar não pode ser objeto de violação, não é violável ou, afinal, é inviolável, em razão de opiniões, palavras e votos, como diz o art. 53? Não tem sentido, evidentemente, dizer como se dizia, relativamente ao tribuno da plebe, que inviolável era o seu próprio corpo, que não podia sequer ser tocado, como os demais objetos votados aos deuses.

O surgimento da instituição do tribuno da plebe, em Roma, deu-se em meio a uma cerimônia religiosa, como convinha àqueles tempos, em que a religião era praticamente o único instrumento apto a conferir a devida estabilidade às instituições políticas e jurídicas. FUSTEL DE COULANGES acentua que, por se ter marcado na figura do tribuno da plebe, desde a origem, o caráter de "sacrossanto", que se aplicava aos "objetos votados aos deuses e

<sup>16</sup> *Noções fundamentais da língua latina*, 5.ed., São Paulo: Saraiva, 1955, p. 85.

<sup>17</sup> *Dicionário escolar da língua portuguesa*, 11.ed., Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Material Escolar, [s.a.p.], verbetes violar e violável.

nos quais, por essa razão, o homem não podia tocar", o tribuno se tornou "inteiramente inviolável, não podendo a mão do patrício tocar-lhe sem grave impiedade"<sup>18</sup>, com o que lhe foi possível ir progressivamente conquistando direitos em prol da plebe, que representava.

Convenha-se, entretanto, em que essa nota de intocabilidade, até física, que passou a acompanhar a figura do tribuno da plebe como resultado desse caráter de objeto sagrado, pecaria por manifesto exagero se fosse pura e simplesmente transportada para a explicação da atual inviolabilidade parlamentar. Todavia, tem seu préstimo, podendo ser aproveitada, desde que transferida do plano físico para o plano dos direitos conferidos ao parlamentar como pessoa, tal qual ao homem comum. Desse modo, os direitos explicitados no *caput* do art. 5º da vigente Constituição seriam havidos, já agora, como direitos também objetivados pela imunidade parlamentar, pondo-os também a salvo de violação, em termos adequados à representação política. Assim, intocáveis, invioláveis, ou dotados de intocabilidade ou inviolabilidade seriam os **direitos** do parlamentar. Esses, sim, é que não poderiam sofrer violência, ataque ou agressão, em razão do exercício do mandato; direitos ligados ao parlamentar, e que na verdade são aqueles mesmos cuja inviolabilidade a Constituição, no art. 5º, *caput*, garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, mas, por isso mesmo, vistos à luz da condição específica e característica do parlamentar, cidadão comum investido em funções especiais de representação política, membro do Poder Legislativo, em que tal representação se concentra.

Assim, quando a Constituição diz, no art. 53, *caput*, que Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, está dizendo que, em razão do mandato de representação política, seus direitos ligados à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade não podem sofrer violação, agressão ou redução, com fundamento em suas opiniões, palavras e votos. Esse, o conteúdo, o significado da inviolabilidade.

Assim, pois, a partir de agora, põe-se a necessidade de compreender como opera essa inviolabilidade. Se a Constituição garante a inviolabilidade dos direitos do parlamentar, por suas opiniões, palavras e votos, impõe-se indagar a respeito de como, de que modo, ela, inviolabilidade, opera para garantir a intocabilidade desses direitos e, pois, a irresponsabilidade do parlamentar em cada caso.

Aqui, novamente, está-se diante da falta de tratamento do tema pela doutrina constitucional. A doutrina do direito fiscal, no entanto, cuida de situação análoga, qual seja a denominada situação de imunidade fiscal, que muitos tributaristas tratam como hipótese de **não-incidência**, posição de que PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>19</sup>, entretanto, dissente, como de resto dissente das demais, que examina debaixo da rubrica genérica "noção corrente de imunidade tributária". Ao final, prefere a explicação da hipótese como de **incompetência tributária**. Daí sua conceituação de imunidade tributária, à p. 121, como "classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a **incompetência** das pessoas políticas de direito constitucional

---

<sup>18</sup> *A cidade antiga*, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1945, p.106, v.2.

<sup>19</sup> *Curso de direito tributário*, 8.ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p.109 e ss.

interno **para expedir regras instituidoras de tributos** que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas". Todavia, às pp. 127/128, ao cuidar de "outras hipóteses de imunidade", consigna:

"É **regra imunizante** aquela que refere o art. 153, § 2º, II, da Constituição, estatuinto que o imposto sobre a renda não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.

(...)

**Preceito imunizante** também é aquele gravado no art. 153, § 3º, III, da Constituição Federal: **não incidirá** sobre produtos industrializados destinados ao exterior." (...) "Aliás, acerca do mesmo gravame (ICMS), temos ainda a imunidade a que alude o mesmo art. 155, X, b: **não incidirá** sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica." (G.N. em negrito.)

O inciso II do § 2º do art. 153, referenciado no primeiro parágrafo do texto acima transcrito, foi revogado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. As demais disposições continuam em vigor, e mostram tanto quanto aquela que no texto constitucional, o legislador constituinte trata a situação ou hipótese de imunidade como de não-incidência. Aliás, muitas vezes, poderá não se tratar de normas a serem feitas, a serem postas em vigor (casos em que se poderia cogitar da competência ou incompetência do legislador ordinário, como pretende o autor), por se tratar, ao contrário, de normas já em vigor, já positivadas: nesses casos, tais normas, - por força de norma superior, constitucional, - não podem mais incidir sobre os fatos que contemplam. No caso, ao invés de competência legislativa, trata-se verdadeiramente de norma que exclui a matéria do âmbito legal. Pode-se dizer que a situação é oposta à que se costuma tratar como de **reserva legal** (hipótese em que a Constituição só admite tratamento da matéria mediante lei). No caso de imunidade, a situação se passa às avessas, devendo ser havida como de **exclusão legal**, porque na verdade a Constituição exclui, retira, certa matéria do âmbito de tratamento por via de lei. O tema das competências, por certo, só vem à baila quando se cuida da distribuição delas aos entes federados; não se trata do tema das competências quando se cogita de imunidade, pois esta, ao contrário de permitir, impede que determinado assunto seja tratado em lei. Por essa razão, o tema da imunidade antepõe-se ao tema da competência, uma vez que não se distribui competência **para não fazer**; ao contrário, distribui-se competência para fazer. Competência, aliás, se define como faculdade de fazer. E por se tratar de exclusão legal, a lei que porventura haja sido feita não incidirá.

No âmbito da inviolabilidade parlamentar, então, é bem de não-incidência que se trata, sendo preciso considerar a seguinte razão: a norma infraconstitucional, que abstrata e genericamente tipifica e sanciona como ilícito o fato ou ato não fica, em face da norma constitucional, impedida de incidir no fato ou ato previsto como ilícito, civil ou penal, **em tudo quanto não diga respeito a parlamentar**: apenas fica impedida de incidir sobre os fatos ou atos

parlamentares, mas, como é de bom senso, continua existindo e incidindo sobre os fatos e atos não-parlamentares.

Destarte, a explicação do *modus operandi* da norma constitucional que prevê a garantia da inviolabilidade parlamentar há de se fazer, realmente, em termos de incidência, ou melhor, de não-incidência de norma infraconstitucional por impedimento constitucional. O intérprete, pois, deve levar em linha de conta, nessa explicação, a teoria geral do Direito, especialmente do direito constitucional.

Simultaneamente com a ocorrência, na prática de fato ou ato tipificado abstrata e genericamente em lei, dá-se a incidência da norma legal sobre o fato ou ato. Ao incidir, a norma legal procede à sua tipificação, à qual junta, como garantia do seu cumprimento, uma sanção. Assim acontece no campo do direito penal e do direito civil, como ocorre em todo o Direito. Deixará, no entanto, de ocorrer a incidência da norma sobre o fato ou ato possivelmente em dois casos, mais certamente em um apenas: 1) no caso de não existir lei que contemple o fato ou ato (não haverá incidência por inexistência de lei); 2) no caso de existirem uma norma que contemple o fato ou ato, e outra norma, de **hierarquia superior**, que expressamente preveja a sua não-incidência em certos fatos, atos ou situações, por por havê-los dotado de imunidade. A norma de hierarquia superior, certamente, terá de ser de natureza constitucional. Por dois motivos: 1) porque a Constituição é a norma superior do ordenamento jurídico, a tal ponto que a ela tudo deve submeter-se; 2) porque, especialmente, é a Constituição que trata do processo legislativo, ou seja, do que pode e como pode ser convertido em lei.

O que ocorre no mundo jurídico, no tocante às imunidades parlamentares, que têm natureza constitucional, é, de resto, fenômeno perfeitamente análogo ao que se passa com a imunidade fiscal. É evidente a analogia. Não, porém, a identidade. No caso da imunidade fiscal, cria-se impedimento a que determinada matéria seja tratada em lei, razão pela qual essa matéria fica também excluída das competências a serem distribuídas entre os entes federados, uma vez que a competência, como se viu, possui caráter positivo: distribui-se competência ou faculdade para fazer, e não o contrário. No caso fiscal, dada a imunidade, não será possível a positivação ou elaboração de norma tributária infraconstitucional sobre aquela matéria, porque a norma constitucional imunizante retirou-a do campo legal. Uma vez que não será possível a existência de lei sobre a matéria, também não será possível a formação do fato gerador que daria ensejo à cobrança do tributo. Trata-se, no entanto, repita-se, de fenômeno análogo, não idêntico, ao das imunidades parlamentares. No caso da imunidade fiscal, diz a Constituição, por exemplo, no art. 150, inc. VI, alínea d, referindo-se a todos os entes da Federação, que não podem instituir impostos sobre "livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão". Conseqüentemente, não pode ser positivada lei nenhuma para esse fim, com o que também está obstada a formação do fato gerador a ensejar a cobrança de tributo. No entanto, se por qualquer motivo existir norma com essa finalidade, a todo tempo o interessado poderá alegar, em Juízo, com sucesso, que o fato gerador da obrigação fiscal nem mesmo se havia formado, por evidente impossibilidade jurídica, não sendo por isso devido o tributo que se lhe está querendo cobrar.

No tocante às imunidades parlamentares, contudo, especificamente no que respeita à imunidade material, ou inviolabilidade, prevista no art. 53, *caput*, do texto constitucional, o fenômeno é, ao mesmo tempo, de certo modo diverso, de certo modo idêntico, razão pela qual se disse que é análogo ou semelhante. Como se sabe, os arts. 148, 149 e 150 do Código Penal definem os crimes de calúnia, difamação e injúria, e o art. 186 do Código Civil vigente, que praticamente reproduz o art. 159 do Código anterior, obriga à reparação do dano todo aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, praticar ato ilícito. Entretanto, por força da inviolabilidade parlamentar, as opiniões, palavras e votos proferidos pelo representante político no exercício do mandato não configuram ilícito, nem penal nem civil, razão por que, a esse título, não pode haver processo judicial com o propósito de lhe aplicar a correspondente sanção, abstrata e genericamente prevista em lei.

Explica-se: diante da imunidade material (inviolabilidade) estabelecida na Constituição, a lei infraconstitucional que tipifica alguma opinião ou palavra como ilícito no âmbito penal ou civil não terá efeito jurídico, vale dizer, não incidirá sobre o ato parlamentar correspondente. Não havendo incidência, não haverá tipificação como ilícito, penal ou ilícito civil, do que resulta que não haverá título jurídico para a instauração de qualquer processo judicial com vista a se aplicar a correspondente sanção.

Mais ainda: não tendo havido incidência da norma infraconstitucional sobre o ato parlamentar, por impedimento ou obstáculo constitucional representado pela inviolabilidade, não há cogitar de ação ou punição a ser instaurada ou a ser aplicada mesmo depois de findo o mandato parlamentar, pouco importando o título pelo qual ele se tenha findado. Trata-se de imunidade material, que, por isso mesmo, repita-se, opera impedindo a incidência da norma definidora e sancionadora de ilícito, civil ou penal, de tal sorte que **o próprio ilícito não se compõe em sua materialidade**, em seu ser jurídico: o ilícito não é, não existe, nunca existiu, nunca existirá, porque a incidência foi impedida de ocorrer sobre aquele fato.

Que dizer, por seu turno, das imunidades formais? Como operam elas no mundo jurídico, e também no mundo dos fatos sociais? Por que meios atuam as imunidades tratadas nos parágrafos do art. 53 da Constituição: imunidades de foro, de prisão, de processo, de depoimento e de incorporação militar? Como atuam? Por que razão constituem ou se denominam imunidades formais?

Também no caso das imunidades formais o modo como atuam ou operam fornece o critério distintivo. Todas as imunidades parlamentares são essencialmente, como acima já se indicou, garantias da representação política, da Legislatura<sup>20</sup> e dos parlamentares.

Relendo-se os parágrafos do art. 53, ocorre desde logo uma primeira observação: todas as imunidades ali tratadas, - ao contrário do que ocorre com a imunidade material (inviolabilidade), prevista no *caput* desse mesmo art. 53, - partem da aceitação da existência, ao menos em tese, do fato que autoriza a

---

<sup>20</sup> Um dos sentidos do vocábulo "legislatura" é o de "reunião de deputados e senadores (poder legislativo) em assembléia", como se lê no AURÉLIO, no verbete correspondente, onde se lhe aponta a origem inglesa de *legislature* e francesa de *legislature*.

atuação do Judiciário ou do Executivo relativamente ao parlamentar. Na verdade, as imunidades formais pressupõem a existência desse fato e, por isso mesmo, passam a condicionar a validade da correspondente atuação daqueles Poderes, estabelecendo certas e determinadas formalidades a serem cumpridas, antes, durante ou depois.

Quanto à imunidade de foro, por exemplo, admitindo ou pressupondo a existência de fato que autorize a instauração de processo criminal contra algum parlamentar, a Constituição estabelece, no art. 53, § 1º, que "os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal". Significa isso dizer que a instauração e o desenvolvimento do processo, instrumental em relação ao julgamento propriamente dito, serão válidos se ou **desde que** observada a competência privativa do Supremo Tribunal Federal. É perante essa Corte de Justiça, e tão-somente perante ela, que a ação penal, o processo e o julgamento podem ocorrer. Trata-se de imunidade de foro (que no campo do direito processual se traduz como "competência funcional"), por força da qual o Supremo Tribunal Federal é o único e exclusivo Juízo competente para julgar, criminalmente, os congressistas. A validade da instauração e do desenvolvimento do processo, assim como do julgamento criminal do parlamentar estão condicionados à presença dessa Corte em todos esses atos.

É o mesmo fenômeno, *mutatis mutandis*, que se dá quando em cena a imunidade de prisão, ou imunidade prisional. Os agentes do Poder Executivo, via de regra, somente poderão aprisionar **validamente** algum parlamentar, a partir da sua diplomação, se observadas certas condições: primeira, desde que se trate de flagrante de crime inafiançável; segunda, desde que os correspondentes autos sejam remetidos em vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que decida, pelo voto da maioria absoluta, sobre a prisão. A partir da Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, não apenas em caso de flagrante poderá ser aprisionado o parlamentar, eis que referida Emenda tornou livre, incondicionada, a instauração de processo criminal contra parlamentar, por crime cometido **antes** da diplomação. Assim, há de se ter como certo que poderá ocorrer prisão de parlamentar por decisão dentro do próprio processo criminal: o parlamentar poderá ser preso, além dos casos de flagrante de crime inafiançável, também por ordem judicial expedida nos autos de processo regularmente instaurado e desenvolvido. Negar essa possibilidade será o mesmo que negar todo o sentido da Emenda Constitucional, que foi e é exatamente o de possibilitar a instauração de processo criminal contra parlamentar independentemente de prévio consentimento do Legislativo. Nesse particular, ainda, é preciso notar que, aqui, a Constituição não fala, como faz a Constituição italiana (terceiro parágrafo do art. 68 da Constituição de 1948), que deverá ser obtida a autorização da Casa respectiva "para levar preso ou manter em detenção um membro do Parlamento em execução de uma sentença mesmo que irrevogável".

E quanto à imunidade processual, ou de processo, que muitos pensaram ter sido extinta? Essa imunidade continua sendo assegurada aos parlamentares, no art. 53, § 3º, ainda que de forma bastante mitigada depois da Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001. É preciso considerar duas hipóteses: conforme o crime tenha ocorrido **antes** ou **depois**



da diplomação. Se cometido **antes**, o processo é incondicionado, ou seja, sua validade não está sujeita a qualquer formalidade especial, não havendo, pois, de se cogitar de imunidade processual. No entanto, se o crime foi cometido **depois** da diplomação, há condição a ser observada para se assegurar validade ao processo. Diz o § 3º supracitado que, recebida a denúncia, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva. É preciso, pois, dar-lhe ciência e, com ela, a possibilidade de, antes da sentença final, sustar o andamento da ação por iniciativa de qualquer partido político ali representado. De se notar, em contrapartida, que à decisão do Legislativo no sentido de sustar o andamento da ação corresponderá a suspensão do seu prazo prescricional, enquanto durar o mandato (§ 5º). Logo, findo o mandato, reabre-se o prazo de prescrição pelo lapso faltante, ao mesmo tempo em que se reabre a possibilidade de ser retomado o andamento do processo, por terem-se expirado os efeitos da sustação.

Por outro lado, sem deixar o âmbito processual, mas, evidentemente, reportando-se, agora, a ação que não envolve diretamente algum parlamentar, a Constituição passa a tratar da imunidade de depoimento. Assim, no § 6º do mesmo art. 53, diz que os parlamentares **não serão** obrigados a testemunhar sobre informações que receberam ou prestaram, em razão do mandato, nem sobre as pessoas que lhes deram ou deles receberam informações. Logo, os parlamentares **estão desobrigados** de depor tanto sobre o conteúdo das informações, quanto sobre a identidade dos informantes, ou dos informados. Qual, pois, o condicionamento a que se sujeita, especialmente, o Judiciário, se e quando pretender que o parlamentar deponha ou testemunhe a esse respeito? Trata-se de uma condição implícita na desobrigação de depor, que resulta de o parlamentar ter o controle da situação e somente depor se e quando, a seu juízo exclusivo, concluir pela conveniência ou oportunidade de revelar o teor, a origem ou o destino das informações que recebeu ou prestou.

Finalmente, a imunidade relativa à incorporação militar, prevista no § 7º do art. 53 da Constituição. Por força dela, pressuposto que o Executivo pode pretender que o parlamentar, militar ou não, em tempo de paz ou de guerra, vá incorporar-se às Forças Armadas, vale dizer, vá prestar-lhe serviços na Marinha, no Exército ou na Aeronáutica, a Constituição condiciona tudo isso à solicitação e obtenção de "prévia licença da Casa respectiva". Esta, obviamente, decidirá conforme lhe parecer adequado, podendo obstar qualquer capricho ou intuito do Executivo no sentido de simplesmente impedir ao parlamentar o exercício da representação política e, pois, do mandato eletivo. No caso dessa imunidade, portanto, a atuação do Executivo continua condicionada à obtenção de prévia licença da Casa Legislativa competente. Donde se vê que a Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, tratou desigualmente a imunidade de processo e a imunidade de incorporação militar: quanto àquela, extinguiu o pedido de prévia licença do Legislativo para processar qualquer dos seus membros por crime cometido antes ou depois da diplomação; quanto a esta, manteve a obtenção de prévia licença, caso em que nem mesmo previu medida capaz de superar o mero corporativismo observado no comportamento do Legislativo, por exemplo, no tocante à imunidade processual, o que, aliás, motivou a opinião pública a se posicionar contra essa espécie de imunidade, do que resultou, primeiro, a suspensão do decurso do prazo prescricional em casos de negativa ou retardamento da decisão sobre o

pedido de licença, e, finalmente, a pura e simples extinção do pedido de licença para processar.

Examinado, assim, o *modus operandi* das imunidades parlamentares, impõe-se examinar questão paralela, pertinente à duração dos seus efeitos. Assim, pois, cabe indagar: Qual o termo inicial e qual o termo final das imunidades formais, definidores dos seus limites no tempo, ou da sua duração?

Parece razoável assentar, de modo geral, que, em havendo omissão do texto constitucional, a duração das imunidades parlamentares há de se fazer à vista da sua própria natureza jurídica. Todas elas, como já se verificou, possuem, essencialmente, o caráter de garantias do bom funcionamento da representação política, do Poder Legislativo e dos parlamentares, como, de resto, já se fez sentir neste mesmo estudo. Disso resulta que, via de regra, os efeitos de todas as imunidades parlamentares deveriam ter início e fim simultaneamente com o início e o fim da representação política, o que somente não deveria ocorrer nos casos em que a própria Constituição assinalasse termo diverso, inicial ou final.

Parece conveniente, no estudo da duração das imunidades parlamentares, adotar o método de tratar separada e especificamente, primeiro, do termo inicial de cada uma delas e, posteriormente, do termo final, com o que se assegura a perfeita compreensão do assunto.

Relativamente à inviolabilidade, o texto constitucional é omissivo quanto ao seu início de vigência. Nesse caso, como acima se sugeriu, esse início deverá ser fixado de conformidade com a natureza jurídica do próprio instituto. Era da tradição do direito constitucional brasileiro fixar limites à inviolabilidade com base na expressão "no exercício do mandato" que costumava aparecer nos textos constitucionais e permitia entender a duração dos seus efeitos coincidente com a duração do próprio mandato. No entanto, a Constituição vigente, de 1988, descartou-se da expressão. No entanto, como todas as demais imunidades parlamentares, também a inviolabilidade é essencialmente uma garantia parlamentar. A essa nota essencial, de característica geral, há de se acrescentar a do seu específico *modus operandi*, com o que se torna possível apreender sua natureza jurídica propriamente dita. Como se viu, a inviolabilidade opera obstando ou impedindo a incidência da norma infraconstitucional tipificadora e sancionadora de ilícito, penal ou civil, sobre os **atos parlamentares** que têm por suporte fático as opiniões, palavras e votos. Ora, atos parlamentares propriamente ditos somente podem ser praticados por quem efetivamente seja parlamentar. Daí resulta que a inviolabilidade somente poderá incidir se e quando podem ser praticados atos dessa natureza. Mais claramente: a inviolabilidade começa quando começa o exercício da representação política pelo eleito, vale dizer, com a sua posse no cargo, posse essa que lhe permite o exercício das funções parlamentares. Com isso, reintroduz-se a expressão "no exercício do mandato" no tema das imunidades parlamentares, ao menos no que respeita à inviolabilidade, por força da sua própria natureza jurídica. De conseguinte, a inviolabilidade dura enquanto dura o mandato parlamentar, ou melhor, enquanto ocorre o exercício do mandato parlamentar, que pode suspender-se em certos casos, do que resulta que também se suspende a proteção representada pela imunidade. Exemplo: o parlamentar que se afasta para exercer o cargo de Ministro não

perde o mandato, mas perde temporariamente a inviolabilidade, enquanto durar o seu afastamento, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, pode-se também concluir que os efeitos da inviolabilidade, ou imunidade material, no tocante à duração, são **perenes**, não se esgotam no tempo, nem mesmo com o transcurso do mandato parlamentar.

*Quid inde* a respeito das imunidades formais?

Sob o aspecto do termo inicial, não cabe questionamento no tocante às imunidades formais ditas de foro e de prisão: começam ambas a produzir efeitos a partir da data da diplomação, porque o texto constitucional prevê, expressamente isso. Esse é o termo inicial que há de prevalecer, em que pese abrir, illogicamente, exceção à regra que se procurou logo acima assentar, de que as imunidades parlamentares deveriam ter começo e fim correspondentes ao começo e fim da representação política. *Legem habemus*, em que pese ser ilógica, em que pese a diplomação do eleito não ser o mesmo que exercício do mandato. Uma vez que a diplomação antecede o exercício do mandato, tem-se que a Constituição dotou de imunidades o cidadão eleito, antes mesmo de habilitar-se para legislar. Habilitar-se para tanto apenas e tão-somente quando, iniciada a legislatura<sup>21</sup>, tiver tomado posse, tiver entrado no exercício do mandato.

Seja como for, no entanto, o certo é que a Constituição prevê que essas imunidades tenham início desde a diplomação, isto é, desde a data em que se realiza a sessão da Justiça Eleitoral convocada para proclamar o resultado das eleições e, de conseguinte, também os eleitos para compor os Legislativos. Essa data, pois, marca o termo inicial das imunidades "de foro" e "de prisão", ou "prisional", ainda que não tenha sido expedido formalmente, por escrito, o correspondente diploma. O ato de diplomação já existe, faltando apenas a expedição do instrumento que é, no caso, *ad probationem tantum*.

No que respeita à imunidade processual, a Constituição não chega a ser expressa quanto ao seu início. No entanto, ao tomar por critério a divisão dos crimes pela data do seu cometimento, anterior ou posterior à diplomação, e ao estabelecer somente em relação a estes últimos crimes (os cometidos depois dela) que o Supremo Tribunal Federal deve dar ciência à Casa a que pertence o parlamentar denunciado, para que possa, antes da decisão final, sustar o andamento da ação, ao fazer isso propicia elemento que na realidade responde à questão do termo inicial, fazendo-o, inegavelmente, coincidir com a própria diplomação. A partir dela, pois, é que o parlamentar estará protegido pela regra do § 3º do art. 53. Diante disso, a decisão final que vier a ser proferida pela Suprema Corte de Justiça, sem que lhe tenha dado ciência, será nula, assim como será nula a sustação da ação que vier a ser aprovada pelo Legislativo após a decisão final proferida em processo do qual o Supremo Tribunal Federal lhe tenha dado ciência.

Do mesmo modo, a Constituição não é expressa relativamente ao termo inicial da imunidade de depoimento. Mas, fornece elementos ao intérprete, ao

---

<sup>21</sup> Legislatura (com maiúscula) difere de legislatura (com minúscula). O primeiro (com maiúscula) corresponde a Legislativo, assembléia que reúne os eleitos com poderes para legislar; o segundo (com minúscula) corresponde ao período de tempo em que os legisladores exercem seus poderes de legislar. Mais especificamente, período de quatro anos de duração do mandato de deputado.

dizer que "Deputados e Senadores não são obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato", e assim por diante. Logo, a data em que o parlamentar inicia o exercício do mandato assinala a data do início também dessa espécie de imunidade, sem que haja possibilidade de engano.

A Constituição, porém, é inteiramente omissa quanto ao termo inicial da imunidade de incorporação militar. Nesse caso, tem perfeita pertinência concluir que o termo inicial se define pela própria natureza da garantia: assim, corresponde ao início do exercício do próprio mandato de representação política pelo parlamentar que o Executivo pretende seja convocado. Desde a data da investidura no mandato, pois, há necessidade de prévia licença da Casa respectiva.

No tocante ao termo final das imunidades parlamentares, a Constituição é omissa por completo. Todavia, não parece que por isso lhe caiba reprovação. Ao contrário. O termo final de todas as imunidades parlamentares há de ser entendido, de acordo com o que já se afirmou, como coincidente com o término da representação política do parlamentar, vale dizer, com o término do seu mandato, seja por expiração do prazo regular da legislatura para a qual foi eleito, seja por renúncia ao mandato, seja ainda por cassação. E isso ocorre em relação a todas as imunidades parlamentares.

Ao final, cabe fazer uma distinção, relativamente à proteção que as imunidades parlamentares dispensam aos parlamentares e à duração dos seus efeitos propriamente. Assim, a proteção dispensada aos parlamentares pela inviolabilidade, que tem natureza material, diz respeito ao fato ou ato ocorrido durante o período de exercício do mandato, impedindo que quaisquer deles sejam caracterizados como ilícitos, do ponto de vista penal ou civil, mas os efeitos dessa proteção perduram no tempo indefinidamente, porque a inviolabilidade impediu a formação do ilícito para sempre. Seus efeitos, pois, são perenes. Isso não acontece, entretanto, com a proteção e os efeitos das imunidades de natureza formal: sua proteção e os efeitos dessa proteção se circuncrevem ao período de exercício do mandato. Daí por que, nesse caso, os efeitos se dizem provisórios.

#### 4. CONCLUSÕES

Do exposto, podem ser extraídas algumas conclusões:

1ª) As imunidades parlamentares que a Constituição Federal prevê no art. 53 correspondem à clara **necessidade da democracia representativa**, pois consistem, essencialmente, em **garantias** da representação política, do Poder Legislativo e dos próprios parlamentares;

2ª) O *modus operandi* das imunidades parlamentares não é idêntico: umas operam impedindo a incidência de normas infraconstitucionais tipificadoras e cominadoras de sanção penal ou civil, obstando, *ipso facto*, a formação de ilícito; outras, contudo, operam condicionando atuações do Poder Judiciário ou do Poder Executivo a determinadas formalidades;

3ª) As imunidades que impedem a incidência de normas infraconstitucionais caracterizam-se como imunidades de **natureza material**,

porque dizem respeito à materialização ou à formação do ato ilícito, penal ou civil, do que resulta a inviolabilidade de direitos dos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos;

4ª) As imunidades que dizem como devem atuar os Poderes Judiciário e Executivo caracterizam-se como imunidades de **natureza formal**, porque estabelecem formalidades a serem cumpridas, seja por força da imunidade de foro, da imunidade de prisão, da imunidade de processo, da imunidade de depoimento e da imunidade de incorporação militar;

5ª) Da natureza material da inviolabilidade decorre que seus efeitos são **perenes**, porque, não materializado ou formado o ilícito, obstam, a todo tempo e não apenas durante o mandato, a instauração de processo penal ou civil contra parlamentares.

6ª) Da natureza formal das demais imunidades parlamentares (foro, prisão, processo, depoimento e incorporação militar) decorre que têm efeitos **provisórios**, porque apenas estabelecem formalidades a serem adotadas durante o mandato parlamentar.

(\*) Advogado no Foro da Capital. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Assessor Chefe da Assessoria Técnica da Mesa da ALESP. Ex-Assessor Chefe da Assessoria Técnico-Jurídica da Presidência da ALESP (antiga Procuradoria ). Ex-Diretor Geral da Secretaria da ALESP.

# AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - OSCIP - E O TERCEIRO SETOR

Tatiana Maria Ometto Casale (\*)

1. Introdução. 2. Das organizações legais para o desenvolvimento do Terceiro Setor. 2.1. Das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP. 3. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Indiscutivelmente, não há como dissociar, numa democracia, o *Estado* da própria *Sociedade* que o constitui, sendo estes, componentes indissolúveis de um todo complexo, cujo grau de interação apresenta-se como ponto vital para a construção e sedimentação de um país mais digno, próspero e justo.

Cuidando de questão de relevância ímpar para o desenvolvimento de um país, não é por mero acaso que, sobretudo nesta última década, a discussão acerca de qual o papel a ser desempenhado pelo Estado na vida contemporânea, bem assim sua atuação na economia, tornou-se uma constante, não somente no plano nacional, dado o modelo superado de desenvolvimento paternalista adotado pelos Governos brasileiros até o final do século passado, mas também em plano mundial, tornando-se cada vez mais premente sua redefinição e adaptação à nova realidade, haja vista a falência da ideologia estatista como sustentáculo da atuação dos atores políticos nos tempos atuais.

Neste quadro de transformações, não apenas mostrou-se, no Brasil, inadiável equacionar a questão da reforma administrativa do Estado, a qual, edificada sobre uma base burocrática, avança hodiernamente rumo a um modelo “gerencial” de administração descentralizada, voltada a um controle de resultados para corresponder de modo mais eficiente às necessidades da coletividade, como ainda, diante da nova equação *Estado-Sociedade* que vem se desenhando nos últimos tempos, com a implementação de um novo modelo de sociedade, imperativo se faz reconhecer o empoderamento da Sociedade Civil, a qual surge como uma esfera relativamente autônoma, ao lado do Estado e do Mercado, da atual realidade social, com o conseqüente crescimento do chamado “Terceiro Setor”, representativo do chamado “Capital Social”.

Partindo-se da atual concepção de que o público deixa de ser necessariamente monopólio do Estado, tem-se que a atuação pública da Sociedade Civil (componente da emergente esfera pública não-estatal), como veículo tanto para a detecção de problemas, como para a identificação de oportunidades e vantagens no âmbito da colaboração, concretiza-se na capacidade de mobilizar recursos, angariar iniciativas, promover parcerias voltadas ao desenvolvimento humano e social sustentável, de sorte a, progressivamente, se consolidar e legitimar como sujeito político e ator social, desvinculando-se da tutela estatal.

## 2. DAS ORGANIZAÇÕES LEGAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DO TERCEIRO SETOR

Neste novo contexto, surge a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, representativa da disposição política de investir no aperfeiçoamento do arcabouço legal do Terceiro Setor, entendido este como o conjunto de entidades de natureza privada que visam prover ao interesse público (esclareça-se, desde que não vinculado às funções essenciais à definição das leis - Núcleo Estratégico ou Governo, constituído pela cúpula dos três Poderes - e das atividades exclusivas de Estado), tendente a tornar viável uma alteração do enfoque das políticas públicas governamentais até então de praxe para políticas públicas de **parceria** entre o Estado e a Sociedade Civil, em níveis indistintos, onde as organizações civis passariam a atuar não exclusivamente na sua execução, mas desde a sua elaboração, passando por seu monitoramento, avaliação e, por fim, também por sua fiscalização.

Com efeito, até a promulgação do diploma legal supra citado, o Estado somente reconhecia três finalidades para as organizações do Terceiro Setor: saúde, educação e assistência social, sendo certo que, nesta diretriz, constituía-se, de forma relevante, uma primeira categoria de pessoas jurídicas do Terceiro Setor, as chamadas “**Organizações Sociais**”, instituídas pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, sem olvidar que a origem histórica das relações de integração do Estado com pessoas jurídicas de direito privado está nas chamadas “**Paraestatais**”, entidades relacionadas a determinadas categorias profissionais, auto-administradas por seus membros e financiadas por contribuições sociais compulsórias.

A qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como organização social sujeita-se à aprovação discricionária pelo Poder Executivo, a qual deverá ter suas atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, gozando, para o exercício de tais atividades, de benefícios de fomento, efetivado através de **contrato de gestão**, podendo envolver a transferência de recursos orçamentários e bens públicos, e até a cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem, o que denota, apesar da natureza privada da entidade assim qualificada, a incidência de atuação do Poder Público, que interage com ela não somente na elaboração do contrato de gestão, mas sobretudo no seu gerenciamento e controle de suas atividades.

### 2.1. Das organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIP

Na esteira das Organizações Sociais, dispoño sobre o disciplinamento jurídico de uma nova categoria de entidades a integrarem o Terceiro Setor, com objeto social mais amplo que o anterior, a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, cuidou da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como “**Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP**”.

Diferentemente das organizações sociais, a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, trata-se de ato vinculado a ser emitido pelo Ministério da Justiça, restrito às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, não vinculadas ao Poder Público ou a organismos do Estado, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades (Lei nº 9.790/99, art. 3º):

- a) promoção da assistência social;
- b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- c) promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- d) promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- e) promoção da segurança alimentar e nutricional;
- f) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- g) promoção do voluntariado;
- h) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- i) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- j) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- l) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- m) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Para fins de fomento e implementação de suas atividades, as quais deverão dar-se, segundo o parágrafo único do artigo 3º da Lei em comento, *“mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins”*, o instrumento eleito à formação do vínculo de cooperação entre o Poder Público e as entidades qualificadas como OSCIP foi o **Termo de Parceria**, cuja regulamentação para a sua realização é fornecida pela própria Lei e pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

Com o advento da lei em referência, portanto, inovou-se a ordem jurídica, de sorte a introduzir o instrumento do Termo de Parceria como meio hábil à efetivação de ajustes de cooperação com os governos no novo cenário social emergente, com características e procedimentos simplificados quando afrontados com os do Convênio, até então usualmente utilizado, evidenciando-



se a tendência à otimização da eficácia e eficiência das políticas públicas com a participação direta da Sociedade Civil.

Neste sentido, cumpre destacar que referido termo de parceria apresenta-se como uma opção ao instituto do Convênio, por certo não o excluindo, o qual encontra-se disciplinado, juntamente com os demais acordos e ajustes, pelo artigo 116 da Lei federal de Licitações e Contratos, Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Confira-se a redação do indigitado preceptivo:

“Art. 116 - Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§1º - A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

(...)”.

Da exegese das disposições supra, verifica-se que os princípios basilares que regem as contratações públicas deverão obrigatoriamente ser observados nos convênios, cujas cláusulas deverão atender às determinações legais.

Nos convênios administrativos, os partícipes estão voltados à consecução de um determinado e específico objetivo, visando à satisfação de um mesmo e idêntico interesse público, distinguindo-se, assim, dos contratos administrativos, pautados em interesses contrapostos.

A natureza dos convênios, desta feita, é de cooperação entre os partícipes, com aproveitamento conjunto e simultâneo dos bens e recursos humanos.

Na definição do mestre em direito administrativo, digno de permanecer na memória, HELY LOPES MEIRELLES<sup>1</sup>, os convênios são *“acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes.”*

---

<sup>1</sup> *Direito administrativo brasileiro*, 22.ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p.358.

Verificada a aplicação da Lei federal de Licitações e Contratos, no que couber, aos convênios, nos termos do artigo 116 antes transcrito e estabelecidas as diferenciações existentes entre estes e os contratos, segundo anotado, importa relevar a necessidade, ou não, de que a celebração de tais instrumentos seja precedida de procedimento licitatório.

Consoante antes assinalado, os conveniados ou partícipes, nessa modalidade de ajuste, **agregam esforços mútuos mirando sempre um mesmo objetivo**. Tal fato pode verificar-se sob distintas formas, como p.e., com a utilização de recursos humanos, de conhecimentos técnicos, culturais e administrativos, uso de equipamentos, dentre outros.

Destarte, quando da celebração de convênio não se constatar o cumprimento de obrigações por uma das partes em correspondência às de outra, característica esta peculiar, sim, aos contratos, não se mostrará viável a licitação, sendo tal assertiva roborada pelo artigo 2º, *caput* e parágrafo único da Lei federal de Licitações e Contratos. Confira-se:

“Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único - Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Da interpretação do *caput* do preceptivo transcrito, verifica-se que os convênios não se enquadram nas espécies elencadas de ajustes, assim como também não estão compreendidos na definição dada a contratos pelo legislador ordinário, contida no parágrafo único do artigo em referência.

Entretanto, se do ajuste, qualquer que seja a definição dada, houver a estipulação de obrigações recíprocas, de forma a inferir-se a formação de interesses contrapostos, sugerindo, dessa feita, uma relação de natureza contratual, a licitação, como regra geral, será, por óbvio, manifestamente compulsória, sob pena de ilegalidade.

Na medida em que o termo de parceria configura opção similar ao convênio, tudo o que foi sobre este alhures esplanado acaba por aplicar-se ao termo de parceria, sobretudo quanto à desnecessidade da realização de procedimento licitatório para a escolha da OSCIP, com o escopo da implementação de determinado projeto de interesse público.

Cumprido, contudo, ressaltar que o artigo 23 do Decreto nº 3.100/99, que regulamenta a Lei nº 9.790/99, disciplina que a escolha pelo órgão estatal da respectiva OSCIP, viabilizando a efetivação de Termo de Parceria, **poderá** ser feita por intermédio de publicação de edital de concursos de projetos, cujas diretrizes encontram-se disciplinadas no artigo 24 e seguintes do decreto em comento.

Considerando-se que a Lei que disciplina a qualificação dessas pessoas jurídicas não faz qualquer menção à necessidade de licitação para esse fim, a disposição contida no Decreto supra, é, na realidade, uma **faculdade** de que

dispõe a Administração na escolha de determinada OSCIP, utilizando-se, se assim lhe convier, de regular procedimento licitatório na modalidade concurso, hipótese disciplinada pelo artigo 24, § 4º da Lei federal nº 8.666/93.

A *contrario sensu*, se a norma faculta a realização de licitação, na modalidade de concurso, permite também, a critério da Administração, a celebração de termo de parceria sem a realização de certame licitatório, o que, praticamente, simplifica, em muito, a efetivação de parcerias Estado/Sociedade Civil.

### **3. CONCLUSÃO**

De tudo o que se coloca, entretanto, por apresentar-se como uma ruptura, no mais das vezes contraditória, ao sistema vigente, o qual apresenta-se com índole predominantemente estatista, inevitavelmente acaba por esbarrar em dificuldades inerentes a sua própria condição inovatória, demandando, por apenas representar o início de todo um processo, empenho e, sobretudo, vontade política, de maneira a propiciar a efetiva adesão ao novo sistema que passa a ser disponibilizado.

Não há como se conceber a parceria, tal como proposta através das OSCIP, como algo absoluto em si mesmo, como algo totalmente regulamentado e findo em si mesmo. Na realidade, representa apenas o início de um processo deveras complexo, de aspectos os mais diversos, cuja implementação depende, substancialmente, de todo um trabalho de mudança de mentalidade.

(\*) A autora é Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e especialista em direito processual civil pela Università Statale di Milano - Itália.

# ATIVIDADE LEGISLATIVA

Rosa Maria dos Santos Nacarini (\*)

1. Introdução. 2. Do poder político. 3. Elaboração da lei: atividade típica do Poder Legislativo. 4. Submissão da atividade legislativa aos Princípios Gerais de Direito. 5. Conceito de Lei. 6. Conceito de Técnica Legislativa. 7. Estrutura das Leis. 8. Conclusões. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Almejamos apresentar, em poucas linhas, o importante papel do Poder Legislativo na sociedade, ao implementar o exercício da atividade legislativa, sobretudo, no Estado Democrático de Direito, que carece de leis genéricas e impessoais, como forma de implementar a garantia da liberdade e justiça social.

Assinale-se que a atividade Legislativa é fruto da vontade popular, vez que os parlamentares são eleitos pelo povo de forma direta, e exercem o poder em seu nome (art.1º, § único da CF). Neste sentido, as leis são presumidamente conhecidas, portanto, em regra, merecem observância e cumprimento pela população.

Importante salientar, que a atividade legislativa tem por escopo regular conduta, relações sociais; alicerçar toda a conduta estatal.

A atividade legislativa requer habilidade, já que é produto de estudo interdisciplinar, que abrange tanto o estudo da juridicidade e constitucionalidade da inserção da futura lei no sistema jurídico, como também da necessidade, conveniência, utilidade e pertinência de regular a norma de conteúdo. Exemplifico: um projeto de lei que discipline um tratamento alternativo efetivado pelo SUS, com o uso de determinado raio laser na cura e prevenção de uma doença "x". Tal projeto de lei, quando de sua apresentação, análise e votação, torna imprescindível a análise de sua juridicidade, constitucionalidade, necessidade, bem como análise de estudos que comprovem a eficácia na utilização do raio laser na cura e tratamento da doença, e ainda, do impacto econômico e financeiro, que a lei resultará. No exemplo referenciado, verificamos a interdisciplinariedade presente na atividade legislativa, isto é, necessitamos, pelo menos de um jurista e de um profissional da saúde para análise da viabilidade da lei. Disso resulta, a necessidade das comissões técnicas, das casas legislativas, apresentarem profissionais qualificados em sua composição.

Além do que, a atividade legislativa requer a técnica da boa redação, deve ser redigida, com observância das regras do bom português, e utilização de termos de uso comum, a fim de facilitar o entendimento de toda população, quando regule norma de conduta geral, reservados os termos técnicos, para as leis que disponham assunto inerente a determinado seguimento social.

Enfim, não desprezamos a importante atividade de controle inerente ao Poder Legislativo, mas pretendemos resgatar, divulgar a importância da atividade legislativa, muitas vezes passada ao largo da população, embora se trate de atividade de normatização da conduta social, isto é, atividade que regula o cotidiano do indivíduo, principalmente no que se refere às leis tributárias que pesam no orçamento deste mesmo indivíduo, como também nas leis penais que regulam a restrição à liberdade individual.

De outro modo, oportuno salientar, que as leis que garantem a liberdade de comunicação, expressão, preservação da intimidade e privacidade individual, têm tamanha importância, já que implementam a própria democracia. No entanto, muitas vezes, o viver apressado, a correria do dia-a-dia, faz com que o indivíduo dê pouca importância à existência e necessidade de eficácia dessas normas. Por isso, entendemos que a atividade legislativa merece maior atenção da sociedade, por meio de divulgação, acompanhamento e fiscalização.

## **2. DO PODER POLÍTICO**

O poder político, pressuposto da organização estatal, tem por decorrência a soberania (supremacia dentro da ordem interna e igualdade nas relações internacionais), regulado e disciplinado pela Constituição Federal, é *indivisível, em regra indelegável*, abrange certas funções, que apresentam diferenças substanciais.

Embora referidas funções estatais possuam diferenças, é possível agrupá-las em 03 (três) grandes grupos, segundo a especificidade e similitude, ou seja, função legislativa, executiva e jurisdicional. É a correta tripartição das funções estatais, prevista por ARISTÓTELES, que não se confunde com a separação de poderes, sistematizada por MONTESQUIEU.

Com efeito, a Separação de Poderes consiste na atribuição das três funções estatais a 03 (três) órgãos governamentais distintos autônomos e independentes, com o escopo de implementar a organização jurídico-política.

A nova ordem constitucional posta pela Constituição Federal de 1988, em face do governo presidencialista, expressamente, adotou a separação de poderes, como princípio fundamental - art. 2º - , erigido ao nível de cláusula pétrea, insuscetível de reforma, mediante reforma pelo constituinte derivado - art. 60, § 4º, II.

De fato, da análise do texto da Constituição Federal vigente, verificamos, que cada um dos três Poderes Estatais, tem atribuições típicas (esfera de atuação própria), isto é, exerce preponderantemente (tipicamente) uma função, o que não exclui o exercício atípico - em segundo plano - da atividade típica dos outros poderes (arts. 48/52; art. 61 e 84 e arts. 96/117).

O Legislativo tem por atividade preponderante a edição de leis, genéricas e impessoais. Também administra, ao elaborar seu Regimento Interno e dispor a respeito de sua secretaria. Por seu turno, o Legislativo julga, por exemplo, quando decide acerca dos crimes de responsabilidade e cassação de parlamentares. E, ainda exerce atividade julgadora, nos casos de contenciosos administrativos disciplinares, isto é, em sindicâncias e inquéritos

administrativos, bem como na apreciação de pleitos administrativos de seus servidores.

Já o Poder Executivo tem, por escopo, a função executiva, ou seja, o exercício da administração política com esteio nas leis. Contudo, o Executivo também legisla, nos casos de iniciativa reservada, ou exclusiva, para desencadear o processo legislativo. Legisla, também, ao editar medidas provisórias - art. 62 da CF, bem como ao solicitar delegação legislativa - art. 68, §2º. Julgará nos contenciosos administrativos.

Por sua vez, a função jurisdicional será exercida pelo Poder Judiciário, que, tem por desiderato, a aplicação da lei ao caso concreto, desde que acionado, quando da solução do conflito de interesses. Legisla, também, nos casos de iniciativa reservada dos Tribunais ou nos casos de elaboração do próprio Regimento Interno. Administra, ao dispor sobre sua secretaria e sobre a lei orçamentária anual.

### **3. ELABORAÇÃO DA LEI: ATIVIDADE TÍPICA DO PODER LEGISLATIVO**

O Poder Legislativo, órgão governamental, representativo-político, dotado das faculdades de controle e legislação, tem por atividade preponderante a elaboração das espécies legislativas, isto é, a elaboração de normas gerais e abstratas. Desse modo, na estrutura do Estado Democrático de Direito, cujo alicerce é o cumprimento e fiel execução da lei, o Legislativo ocupa seu patamar, sendo o principal dos três poderes, ao introduzir a lei no sistema jurídico, a fim de que seja aplicada, tanto pelo Poder Executivo, no exercício da administração governamental, como também pelo Poder Judiciário, no caso concreto, quando da solução de conflitos.

Nesta linha de raciocínio, infere-se que a atividade do Poder Legislativo é pressuposto da atividade dos outros poderes, vez que da ausência da atividade do Poder Legislativo ensejaria a inexistência ou a impossibilidade de renovação do sistema jurídico, obstando o exercício da atividade dos demais poderes, que sempre se pautam nos termos e ditames da lei.

Vale lembrar, que a fiscalização também é atividade privativa do Poder Legislativo, restando reservado ao Congresso Nacional a fiscalização político-administrativa do Poder Executivo, nos termos do art. 49 da CF. De outra feita, a fiscalização poderá efetivar-se com a criação de comissões parlamentares de inquérito, previstas no art. 58, § 3º da CF. Por seu turno, com auxílio do Tribunal de Contas, o Poder Legislativo exercerá a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, mediante controle externo, *ex vi* do art. 70 da CF.

Entendemos que, embora o Poder Legislativo exerça também a fiscalização, a atividade legislativa tem papel tão importante quanto à fiscalização, daí porquê a pertinência de divulgação do modo como se dá a elaboração da lei, pois as leis têm por escopo regular relações sociais, bem como permitir a organização do Estado de Direito, ou seja, refletem no dia-a-dia do indivíduo.

#### 4. SUBMISSÃO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA AOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

No processo de elaboração da lei, o estudo dos princípios jurídicos é obrigatório, sobretudo dos princípios da legalidade, isonomia, federalismo e irretroatividade da lei, vez que a atividade legislativa nunca dissociar-se-á da submissão ao federalismo, já que a iniciativa das leis deve total obediência à competência legislativa e impositiva, assegurada pela CF aos entes da Federação. E, obviamente, o caráter genérico e abstrato da lei expressa a aplicação do princípio da isonomia, ressaltando-se que esta lei genérica a abstrata respeitará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, como decorrência do princípio da irretroatividade da lei, que somente admite a retroatividade da lei penal, nos casos em que beneficiar o réu.

Relembramos que Princípios Gerais de Direito, são vetores aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, isto é, o alicerce que sustenta todo o sistema jurídico. Além de servirem de fonte e base a toda a legislação, dentro do sistema de validade das normas esposado por KELSEN, ocupam a cúspide, o topo da pirâmide; desse modo, todas as normas jurídicas, **inclusive as constituições repousam** nos princípios gerais de direito, seu **fundamento de validade**. Prestam-se, outrossim, à integração da lei, em caso de lacunas, a teor do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>1</sup>.

Por oportuno, trazemos à colação, dada a perfeição, o estudo efetuado por MARIA HELENA DINIZ, em sua obra *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*<sup>2</sup>, de que muito embora o princípio geral de direito seja uma diretriz para a integração das lacunas estabelecidas pelo próprio legislador, por ser vago em sua expressão e revestir-se de caráter impreciso, uma vez que o elaborador da norma não diz o que se deva entender por princípio, seu sentido é diversamente concebido pelas escolas jurídicas.

Salienta a autora, após uma análise perfunctória de 06 (seis) correntes doutrinárias, que todas elas apontam a justiça como elemento básico do princípio geral de direito. Citando TORRÉ, alerta que embora os princípios gerais de direito se reduzam à justiça, com ela não se confundem. Entende, outrossim, que os princípios gerais de direito contêm múltipla natureza:

a) São decorrentes das normas do ordenamento jurídico, ou seja, dos subsistemas normativos. Princípios e normas não funcionam separadamente, ambos têm, na nossa opinião, caráter prescritivo. Atuam os princípios como fundamento de integração do sistema normativo e como limite de atividade jurisdicional.

b) São derivados das idéias políticas e sociais vigentes, ou seja, devem corresponder ao subconjunto axiológico e ao fático, que norteiam o sistema jurídico, sendo, assim, um ponto de união entre o consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema de direito, apresentando porém uma certa conexão com a filosofia política ou ideologia imperante, de forma que

---

<sup>1</sup> “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>2</sup> p.124-129.

a relação entre norma e princípio é lógico-valorativa, apoiando-se estas valorações em critérios de valor objetivo.

c) São reconhecidos pelas nações civilizadas os que tiveram **substractum** comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas”.

Adotamos a conclusão da professora, de que os Princípios Gerais de Direito não são preceitos de ordem ética, política, sociológica, ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com precisão, definiu princípio, nos seguintes termos:

“(…) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”<sup>3</sup>

Por seu turno, JOSÉ AFONSO DA SILVA com mestria definiu Princípios Jurídicos Constitucionais, *verbis*:

“São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, e o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios garantias (o do *nullum crime sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º), (...)”<sup>4</sup> (destacado no original - sublinhado por nós)

Saliente-se que, de modo algum, a lei positivada (escrita) poderá infringir qualquer princípio jurídico constitucional, sob pena de inserção de norma inconstitucional, no sistema jurídico, suscetível ao controle repressivo da constitucionalidade levado a cabo pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, ressalte-se a doutrina de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO de que:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido,

<sup>3</sup> Curso de direito administrativo, p.573-574.

<sup>4</sup> Curso de direito administrativo, p.573-574.



porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”<sup>5</sup>

Do exposto, concluímos que toda a atividade legislativa submete-se aos Princípios Gerais de Direito, pois estes são disposições fundamentais que se irradiam sobre todas as normas, inclusive as constitucionais; já os princípios constitucionais constituem os vetores de todas as normas do sistema jurídico nacional, inclusive as normas infralegais e os atos administrativos.

## 5. CONCEITO DE LEI

Da doutrina, infere-se que o conceito de lei expressa o ato jurídico, produzido por órgão estatal competente, com observância das regras do processo de elaboração, que resulte em norma genérica e abstrata.

JOSÉ AFONSO DA SILVA dá os exatos contornos da lei como ato político por excelência, ao lecionar que é mediante a lei, *“enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.”*<sup>6</sup>

Com efeito, RUBEM LIMONGI FRANÇA dá o seguinte conceito ao vocábulo lei:

“(…) é um preceito jurídico escrito, emanado do poder estatal competente, com caráter de generalidade e obrigatoriedade.”<sup>7</sup>

VICENTE RÁO leciona que o conceito da lei para o direito tem duplo sentido. Um amplo:

“(…) compreensivo de toda norma **geral** de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância o poder do Estado impõe coercitivamente, como são as normas legislativas, as costumeiras e as demais, ditadas por outras fontes do direito, quando admitidas pelo legislador.” (destacado no original)

O outro, sentido restrito, próprio ou formal:

“(…) é a norma geral de direito formulada e promulgada, por modo autêntico, pelo órgão competente da autoridade soberana e feita valer pela proteção-coerção, exercida pelo Estado.”<sup>8</sup>

De nossa parte, entendemos que a lei possui as seguintes características: é regra pública positivada pelo órgão estatal que detenha competência legislativa, com observância da técnica legislativa, bem como das regras do processo legislativo estampado na Constituição Federal, cujo comando geral, abstrato e impessoal merece observância a contar da sua vigência. E, que no caso do Brasil, o Estado Democrático de Direito impõe à lei total obediência à igualdade, como forma de garantia da própria democracia.

---

<sup>5</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 97

<sup>6</sup> Op. cit., p.125, nota 4.

<sup>7</sup> *Hermenêutica jurídica*, p.66-67.

<sup>8</sup> *O Direito e a vida dos direitos*, p.243-244.

Entendemos, outrossim, que a lei se subdivide em duas classes, isto é, classifica-se em: lei em sentido formal e material.

**Lei em sentido formal:** consubstancia-se no ato normativo produzido pelo órgão do Poder Legislativo competente para exercer a função legislativa, em conformidade com as regras do processo legislativo previsto na Constituição Federal.

**Lei em sentido material:** reflete a própria norma jurídica, isto é, o ato jurídico normativo, caracterizado por sua generalidade e pelo fato de veicular hipoteticamente previsão, ou regra de conduta; tem por fim regular relações ou criar direitos. Abrange tanto as leis em sentido formal, que tenham obedecido, quando de sua elaboração, ao artigo 59 da Constituição Federal, isto é, os instrumentos normativos primários, como também os atos administrativos infralegais, ou seja, os instrumentos normativos secundários, desde que estes veiculem norma jurídica genérica e abstrata.

Adotando-se a classificação da lei em sentido formal e em sentido material, resulta a idéia de que a positivação de lei em sentido formal, isto é, que tenha obedecido o devido processo legislativo, nem sempre resultará na introdução no sistema de lei em sentido material. Isto ocorrerá quando a lei, em sentido formal, venha a regular situação particular, sem qualquer obediência ao critério da generalidade. De outra feita, certas normas jurídicas, que muito embora não se consubstanciem em lei em sentido formal, resultarão em lei em sentido material, dado seu caráter genérico e abstrato. Tal assertiva foi corretamente defendida e exemplificada por HUGO DE BRITO MACHADO,<sup>9</sup> ao postular que:

“(...) uma lei, como tal produzida pelo órgão estatal competente para exercer a função legislativa, com observância do processo constitucionalmente estabelecido para esse fim, que simplesmente autorize o Chefe do Poder Executivo a criar, uma empresa pública, por exemplo (...) é lei em sentido formal, mas não é lei em sentido material.”

Continua o autor:

“Por outro lado, uma norma, isto é, um ato regulador de conduta, dotado de hipoteticidade, ou, como afirma geralmente a doutrina jurídica tradicional, dotado de abstratividade e generalidade, como um regimento de um tribunal, ou de uma universidade, ou mesmo um contrato firmado entre particulares, é lei em sentido material.”  
(destacado no original)

Conclui o autor, aduzindo que as leis se classificam também, em outras duas espécies, isto é, em lei em sentido amplo e restrito:

“Lei em sentido amplo, é qualquer ato jurídico que se compreenda no conceito de lei em sentido formal ou em sentido material. Basta que seja lei formalmente, ou materialmente, para ser lei em sentido amplo. Já em sentido restrito só é lei aquela que o seja tanto em sentido formal como em sentido material.” (destacado no original)

Do exposto, entendemos que tanto a lei em sentido formal, como também a lei em sentido material, estão adstritas ao princípio da *isonomia*, vez

---

<sup>9</sup> Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988, p.124-135.

que todas as espécies legislativas requisitam, quando de sua edição, comando genérico sem qualquer distinção entre os indivíduos que se encontrem em situações equivalentes; daí a generalidade como decorrência da igualdade. Desse modo, entendemos que o *princípio da igualdade (isonomia)* é indissociável da atividade legislativa.

## 6. CONCEITO DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Técnica Legislativa constitui a arte, a habilidade, o método de elaboração da lei e dos atos normativos infralegais.

Com efeito, reproduzimos o entendimento de HÉSIO FERNANDES PINHEIRO<sup>10</sup>, que abordou a técnica legislativa, nos seguintes termos:

“A técnica legislativa, tomada em seu sentido lato, envolve todo o processo evolutivo de elaboração das leis, isto é, desde a verificação da necessidade de legislar para um determinado caso, até o momento em que a lei é dada ao conhecimento geral.

Desse modo, abrange ela, no seu conceito, não só as fases de iniciativa, elaboração discussão, sanção, promulgação, publicação e período de *vacatio*, mas também se manifesta em todas as operações que em qualquer dessas etapas se verificam.

É na segunda fase que se alinha a chamada *apresentação* ou *redação*, subdividida em:

- a) apresentação formal (redação propriamente dita);
- b) apresentação material (disposição do assunto devidamente diluído ou agrupado).” (destacado no original).

Na doutrina, há o entendimento de que a técnica legislativa compreende dois processos: um externo (ou em sentido amplo), refere-se a todas fases do processo legislativo constitucional, bem como a expedição e publicação dos atos administrativos; outro interno (ou em sentido estrito), refere-se à redação, aos atributos e à classificação das leis<sup>11</sup>.

## 7. ESTRUTURA DAS LEIS

A redação, elaboração, alteração e consolidação das leis federais foi disciplinada pela Lei Complementar n° 95, de 26 de fevereiro de 1998, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n° 107, de 26 de abril de 2001; suas disposições são aplicáveis a todas as espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal, isto é, abrangem todos os instrumentos legislativos primários. Tais disposições são aplicáveis também aos decretos e demais atos de regulamentação expedidos por órgão do Poder Executivo.

Com efeito, da leitura da Lei Complementar n° 95/98, observa-se as principais características que devem conter as leis, a seguir enumeradas.

---

<sup>10</sup> *Técnica legislativa*, p.15-16.

<sup>11</sup> Neste sentido: Vicente Ráo, op. cit., p.247, nota 8. E, ainda José Afonso da Silva, *Manual do Vereador*, p.121.

Nos termos dos incisos I a III do art. 3º da LC nº 95/98, verifica-se que a lei será estruturada em três partes básicas: 1) parte preliminar, compreende a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; 2) parte normativa (também denominada parte dispositiva), reunindo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada; 3) parte final, abrange as disposições pertinentes às medidas necessárias, à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias se for o caso, à cláusula de vigência e cláusula de revogação, quando couber.

O texto da lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência, ou conexão.

O texto da lei articular-se-á do seguinte modo: as leis serão expressas em artigos, podendo existir lei com artigo único. Por seu turno, os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou incisos; os parágrafos em incisos; os incisos em alíneas e as alíneas em itens. O conjunto de artigos constituirá Subseções; o de Subseções, a Seção; o de Seções, o Capítulo; o de Capítulos, o Título, o de Títulos, o Livro e o de Livros, a Parte. As Partes poderão subdividir-se em partes expressas por numeral ordinal, ou então em Parte Geral e Parte Especial. Poderão ser incluídas Disposições Preliminares, Gerais, Finais, ou Transitórias, utilizando a composição descrita.

Os artigos e parágrafos terão numeração ordinal até o nono e a, partir deste, em cardinal. Os incisos serão grafados em algarismos romanos, as alíneas, em letras minúsculas e os itens, em algarismos arábicos.

Vale registrar que, no Estado de São Paulo, em obediência ao determinado ao item 16 do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Estadual, foi editada a Lei Complementar nº 863, de 29 de dezembro de 1999, dispondo sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis

Saliente-se, por fim, que o projeto de lei sempre possuirá justificativa, que consiste nas razões da necessidade da edição de lei.

## 8. CONCLUSÕES

A administração pública, que tem sua conduta adstrita ao Princípio da Legalidade, deveria implementar o estudo e divulgação do processo legislativo, da técnica legislativa, por meio das escolas de governo, previstas no art. 39, § 2º da CF, como forma de educar e conscientizar a sociedade quanto à importância do conhecimento e fiscalização da elaboração das leis.

Relembramos o entendimento de HELY LOPES MEIRELLES<sup>12</sup>, de que o administrador público descumpridor do princípio da legalidade, incorrerá em ofensa à Constituição Federal, sujeitando-se, outrossim, às penalidades legais previstas na Lei da Ação Popular, “*in verbis*”:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar

---

<sup>12</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p.82-83.

ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”

Prossegue o autor:

“O princípio da legalidade, que até bem pouco só era sustentado pela doutrina e que passou a ser imposição legal, entre nós, pela lei reguladora da ação popular (que considera nulos os atos lesivos ao patrimônio público quando eivados de ‘ilegalidade do objeto’, que a mesma norma assim conceitua: ‘A ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo’ - Lei 4.717/65, art. 2º, ‘c’, e parágrafo único, ‘c’), agora é também princípio constitucional (art. 37 da CF de 1988).”

Daí a necessidade do Administrador conhecer a legislação, levando em conta a necessidade de sua conduta estar totalmente vinculada ao princípio da legalidade e à Constituição Federal, bem como de que todos atos administrativos, inclusive os de caráter regulamentar, não poderão contrariar ou fazer as vezes da lei. Não basta somente o estudo da aplicação e interpretação das leis, mister se faz o estudo da fonte do direito, do projeto que originou a lei, da sua justificativa, a fim de que se descubra a causa, o motivo, o objetivo da edição da lei, o que propiciará a melhor interpretação e aplicação das leis.

Do exposto, concluímos quão importante é a atividade legislativa, que demanda o trabalho conjunto de profissionais de variadas áreas, salientamos a necessidade da participação da sociedade no processo de elaboração da lei, mediante acompanhamento, tendo em mira a edição de leis eficazes, justas e necessárias para a harmônica convivência social. É claro, que não se quer dizer com isso, que o Poder Legislativo deva legislar desenfreadamente, pelo contrário, deverá evitar a inflação legislativa, concernente na edição de leis que dispõem acerca de assuntos repetitivos e temas de pouca utilidade e repercussão, já que a inflação legislativa poderá ocasionar o descumprimento ou aplicação incorreta da lei. Contudo, a edição de boas leis, obedecida a técnica, o processo legislativo constitucional, com conteúdo legítimo que a torne eficaz, é salutar e defensável.

Finalizamos transmitindo a idéia de que a divulgação da atividade legislativa é necessária a fim de tornar a lei e seu processo de elaboração acessível ao cidadão comum.

## **BIBLIOGRAFIA**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 9.ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 6.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIMONGI FRANÇA, Rubem. Hermenêutica Jurídica. 7.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. Técnica Legislativa. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

MACHADO, Hugo de Brito. Os Princípios Jurídicos Tributários na Constituição de 1988. 4.ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. Revista Trimestral de Direito Público -1, p.255/276. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 3.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v.1-2.

SAMPAIO, Nélon de Sousa. O Processo Legislativo. 2.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Manual do Vereador. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

(\*) A autora é Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Coordenadora da área de consultoria administrativa de pessoal e de assuntos internos, com especialização Lato Sensu em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária.

# BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Maria Eliza Visenta Olmos Serrador (\*)

1. Introdução. 2. Da origem. 3. Da conceituação dos direitos fundamentais. 4. Da classificação dos direitos fundamentais. 5. Dos direitos fundamentais fora do título II da CF/88. 6. Dos direitos fundamentais de ordem infraconstitucional. 7. Considerações outras. 8. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O constituinte pátrio sistematizou os direitos fundamentais de forma privilegiada em relação ao que previa a Constituição anterior, convertendo o artigo 153 com seus trinta e seis parágrafos e com o título Direitos e Garantias Individuais, nos setenta e sete incisos do artigo 5º, do Novo Texto, inserido no Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, compreendendo os *direitos, deveres, e garantias individuais e coletivos*, no Capítulo I; os *direitos sociais*, no Capítulo II (art. 6º e seg.); a *nacionalidade*, no Capítulo III (art. 12 e seg.); os *direitos políticos*, no Capítulo IV (art. 14 e seg.), e, por fim, os *partidos políticos*, no Capítulo V (art. 17 e seg.).

## 2. DA ORIGEM

Com as Revoluções Americana e Francesa, se deu a passagem de um período de resistência à opressão, para outro, no qual os homens conscientes de sua dignidade e superioridade sobre a Sociedade e o Estado, obtiveram o reconhecimento da autonomia da pessoa humana em face da ordem social e política.

ANTONIO TRUYOL Y SERRA<sup>1</sup> posiciona-se no sentido de que a consciência clara e universal de tais direitos é própria dos tempos modernos, o que nem sempre é reconhecido pelos estudiosos.

Em decorrência das Revoluções Americana e Francesa, pois, várias Declarações dos Direitos foram firmadas, inicialmente de caráter apenas nacional, mas, logo a seguir de alcance universal como foram a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

BENITO DE CASTRO CID, jurista de nacionalidade espanhola, avalia que a Declaração de Direitos da Virgínia não é apenas a mais antiga e relevante das declarações americanas de direitos, tal como assinalou JELLINEK, como também é a primeira *Declaração de Direitos Humanos* no verdadeiro sentido da expressão, tendo influenciado não somente as outras

---

<sup>1</sup> Los derechos humanos, Madrid: Tecnos, 1968, p.12, apud Inocêncio Mártires Coelho, direitos individuais e coletivos de 1988, in: *Revista de Informação Legislativa*, nº 115, jul a set/1992, p.44.

declarações americanas, como a mais importante de todas - a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789.<sup>2</sup>

Os estudiosos, entretanto, são unânimes ao reconhecer que o despertar para a necessidade de proteção dos indivíduos em escala universal deu-se por ocasião da assinatura do Tratado de Versalhes, em 1919.

No Brasil, que só veio a se tornar politicamente independente em 1822, a vivência dos direitos humanos começa mais precisamente sob a influência das Declarações de Direitos da Virgínia e da França revolucionária.

### 3. DA CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para a maioria dos manuais de Direito Constitucional, “direito” é a possibilidade de fruir de um “bem da vida”, a exemplo do direito de propriedade. De outro turno, as “garantias” se destinam a assegurar aos cidadãos a fruição de direitos, com a disponibilização de procedimentos judiciais como instrumentos assecuratórios de direitos, dentre eles, o “habeas-corpus”, o mandado de segurança individual e coletivo e a ação popular.

Relativamente aos direitos fundamentais, em razão de inúmeros e diferenciados conceitos existentes, intrincada é a sua definição. TUPINAMBÁ NASCIMENTO, ao analisar esse conceito, conclui que qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência<sup>3</sup>.

Nessa linha de entendimento, é o muito versado constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA. Senão, vejamos:

“(…) a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.<sup>4</sup>

Após percuciente análise das diversas terminologias, o mestre em direito constitucional conclui no seguinte sentido. Confira-se:

“**direitos fundamentais do homem** (g.n.) constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a qualificação de que se trata de situações jurídicas, sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo

---

<sup>2</sup> *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid: Tecnos, 1982, p.39, apud Inocência Mártires Coelho, op. cit., p.45, nota 1.

<sup>3</sup> Comentários à Constituição Federal, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 211, apud Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*, p.163.

<sup>4</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p.174.



sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos; por igual; devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”.<sup>5</sup>

#### 4. DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Já, no tocante à classificação desses direitos, o constitucionalista ALEXANDRE DE MORAES<sup>6</sup> preleciona que, “modernamente a doutrina apresenta a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira geração*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser institucionalmente reconhecidos”.

De forma que, segundo o especialista em direito constitucional, os direitos fundamentais de **primeira geração**, são os *direitos e garantias individuais e políticos clássicos* (liberdades públicas), que sobrevieram com a Charta de 1215. Os de **segunda geração** são os *direitos econômicos, sociais e culturais* que despontaram no início do século XX, e, modernamente, os intitulados de **terceira geração**, que são os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, reunindo o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que tem a ver com interesses de grupos menos determinados de pessoas.

O pleno do STF inclusive já se pronunciou acerca dessa forma de classificação dos direitos fundamentais. Confira-se:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.<sup>7</sup>

#### 5. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FORA DO TÍTULO II DA CF/88

Tome-se como exemplo o artigo 6º do Texto Maior, que trata sobre os direitos sociais. É bem de ver que mencionado preceptivo constitucional, apenas arrola os direitos sociais, deixando, no entanto, toda a sua disciplina para o Título VIII referente à Ordem Social, onde estão traçados os princípios ou metas básicas a serem cumpridos pelo Poder Público, sendo objetivo da norma o equilíbrio dos interesses sociais.

---

<sup>5</sup> Ibid., p.176-177.

<sup>6</sup> *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p.166-167.

<sup>7</sup> STF - Pleno - MS nº 22.164/SP - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov, 1995, p.39.206, apud Alexandre de Moraes, *direito constitucional*, p.59.

Na Ordem Social podemos destacar os direitos fundamentais relativos à seguridade social, tratada nos artigos 194 e 195, consistindo em um conjunto integrado de normas que asseguram e disciplinam ações do Estado e da sociedade, destinadas a garantir os direitos concernentes à saúde, à previdência e à assistência social, disciplinadas nos artigos 196 a 204 do Texto Constitucional, tendo assim, por fulcro, garantir o bem-estar de todos e, conseqüentemente, a justiça social.

Também o artigo 150, inciso III, alínea “b”, inserido no Título VI que trata da Tributação e do Orçamento, é qualificado como direito fundamental.

Sobredito preceptivo constitucional veda ao Executivo a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou, dizendo respeito, portanto, ao princípio da anterioridade tributária.

Considera-se, ainda, como direito fundamental o artigo 150, inciso II do Texto Constitucional, que veda tratamento desigual entre contribuintes de mesma situação, não admitida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, referindo-se ao princípio da igualdade ou da isonomia, genericamente tratado no *caput* do art. 5º da CF/88.

Assim também considerado, temos o inciso IV do art. 150, que proíbe a utilização do tributo com efeito confiscatório, no sentido de absorver parte considerável do valor do bem, aniquilar a empresa ou impossibilitar a atividade lícita e moral. Citado dispositivo constitucional deriva do inciso XXII do artigo 5º, que trata do direito à propriedade.

Ademais, pode ser feita referência ao artigo 225, que consagra como direito constitucional de todos, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, definido como bem de uso comum do povo, que deve ser amparado pelo Estado e preservado por toda a sociedade. Cabe ressaltar que o reconhecimento deste direito decorre da Declaração da Conferência de Estocolmo (1972).

Também pode ser citado como direito fundamental, o artigo 231 da CF/88, que disciplina os direitos dos índios. O novo Texto inovou de forma positiva nesta matéria, contemplando além da posse das terras, a sua demarcação e o usufruto das riquezas naturais, erigindo ainda ao plano constitucional o reconhecimento da organização social, costumes, dentre outros, tendo por alvo a defesa da sobrevivência e o respeito à dignidade do índio e de seu grupo.

De forma que, os direitos e garantias fundamentais podem ser extraídos de diferentes dispositivos ao longo do texto constitucional.

## **6. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ORDEM INFRACONSTITUCIONAL**

O art. 5º, § 2º, é expreso neste sentido ao enunciar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Na verdade, este preceito, no que tange à primeira parte, vem-se repetindo em nossa Constituição desde 1891 (art. 78), com origem na Emenda IX da Constituição norte-americana de 1787, assim traduzida: “A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo.”<sup>8</sup>

Consoante os ensinamentos do célebre constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “o dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, decorrentes dos regimes e dos princípios que ela adota, os quais implicitamente reconhece”<sup>9</sup>.

Dessa feita, malgrado os direitos fundamentais implícitos não estejam encartados formalmente na Constituição, tem o *status* de normas materialmente constitucionais.

Por outro lado, a Constituição vigente trouxe como novidade a referência feita aos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

No atual sistema, o regime a que alude o § 2º do artigo 5º abarca todo o quadro da estrutura estatal definida no art. 1º da CF/88, ao qual os direitos fundamentais fora do texto constitucional devem estar em consonância, a fim de serem considerados como tal. Confira-se o texto do indigitado dispositivo constitucional:

“Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

(...)”

Dessa forma, e segundo bem elucida MARIA GARCIA<sup>10</sup>:

“ (...) os direitos e garantias referidos no § 2º do artigo 5º serão os decorrentes, primeiramente, da forma pela qual se encontra constituída a República Federativa do Brasil, tendo como pontos basilares o modelo federativo de Estado e o exercício democrático do governo pelo Estado, que é de Direito, conforme proclama a Constituição e que, sendo Estado Democrático de Direito implica, conforme vimos com Tércio Sampaio Ferraz Jr. numa República que se constitui em Estado (não é constituído pelo Estado - ainda que Democrático de Direito) ‘e o faz pela afirmação da cidadania’, um dos seus fundamentos.”

<sup>8</sup> Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 394, v.1..

<sup>9</sup> *Comentários à Constituição brasileira*, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 632.

<sup>10</sup> Tese “*Desobediência Civil, Direito Fundamental.*”, São Paulo, 1993, p. 282 e 283.

De outro turno, a norma de que trata o artigo em análise, em relação a “outros direitos e garantias” é de aplicabilidade imediata, considerada, pois, de eficácia plena, enquanto que pertinente aos tratados internacionais é de princípio programático.

Nessa linha de raciocínio são os apontamentos da já citada doutrinadora MARIA GARCIA<sup>11</sup>. Confira-se:

“A norma contida no § 2º do artigo 5º da Constituição mostra-se de dúplice classificação ou categoria: uma primeira norma, de eficácia plena, que abrange os ‘outros direitos e garantias’ nela consagrados, os quais encontram seu fundamento (e limite) no regime e nos princípios adotados pela Constituição, dos quais decorrem. É dizer, localizáveis e identificáveis a partir do regime e dos princípios constitucionais, e então aplicáveis desde logo, como o são ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais’, por força da determinação do § 1º ao artigo 5º.

Uma segunda norma, programática, referente aos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que (projetivamente) a República Federativa do Brasil seja parte.”

De forma que, além dos direitos fundamentais, formalmente poderia haver outros originários ou não de leis e de normas de direito internacional. Tome-se como exemplo o *direito ao nome* e o *direito de personalidade*, ambos decorrentes de norma de direito civil e, ainda, a *desobediência civil*, como direito subjetivo público, consistindo em medidas de proteção das prerrogativas da cidadania.

Relativamente aos tratados internacionais, referem-se estes à norma usualmente designada pela fórmula *pacta sunt servanda*, como forma da comunidade jurídica internacional regular reciprocamente a sua conduta, apresentando-se, pois, pela exegese que se extrai do § 2º do art. 5º da CF/88, e desde que subscritos pelo Brasil, como mais uma fonte possível de direitos e garantias para a comunidade jurídica, verificada a sua subsunção com o regime e os princípios constitucionais vigentes.

Sobre a matéria, interessante trazer à colocação, uma vez mais, as lições da digna de respeito Professora MARIA GARCIA<sup>12</sup>. Confira-se:

“Daí que, inculpidos determinados direitos ou garantias individuais num tratado internacional, esse texto passa a incorporar-se ao sistema jurídico estatal, observada a respectiva Constituição - de tal sorte que, pela dicção do § 2º do artigo 5º tais direitos e garantias vêm integrar o elenco constante do texto constitucional, podendo ser exigidos ou exercidos, independentemente de norma expressa.

Esses direitos e garantias têm existência assegurada, portanto, no universo constitucional, caracterizados pelo regime ou sistema dos direitos fundamentais, pelo regime e princípios adotados pela Constituição ou pelos tratados internacionais firmados.

Vem eles todos consagrados no § 2º do artigo 5º, norma agasalhadora, ampla e projetiva, do sistema constitucional.

---

<sup>11</sup> Ibid., p.277-278.

<sup>12</sup> Ibid., p.285-286.

Caberá ao pesquisador, ao intérprete, descobri-los em cada caso e descrevê-los na sua essência, na sua densidade, na sua dinâmica e abrangência, dentro do sistema constitucional, concretizando a sua integração no ordenamento jurídico.

## **7. CONSIDERAÇÕES OUTRAS**

Vale, ainda, comentar que o Texto Maior considera insuscetível de emenda constitucional, qualquer proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais, consoante comando insculpido no art. 60, § 4º, inciso IV, sendo, portanto, tais direitos erigidos à cláusulas pétreas, havendo, dessa forma, uma limitação material explícita ao poder constituinte derivado de reforma, admitindo-se, entretanto, ampliação destes direitos.

Não obstante, alguns desses direitos individuais e coletivos se vêm, transitoriamente, ameaçados em face das chamadas “salvaguardas constitucionais”, que têm por fim a garantia e a estabilidade do Estado Democrático.

Tais medidas decorrem de um estado de exceção, possuindo caráter de emergência na hipótese de situação de ameaça à legalidade democrática, sendo denominadas de o estado de sítio e o estado de defesa, disciplinadas no Título V da CF/88, da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, nos artigos 136 a 139.

## **8. CONCLUSÃO**

Mister se faz, pois, uma perfeita compreensão dos direitos fundamentais, para os quais é assegurada a sua plena e imediata aplicação, conforme garantia inserida no § 1º do art. 5º da Carta Magna, sendo de fundamental importância a participação do indivíduo para imprimir eficácia espontânea para tais normas criadas.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. Direitos Individuais e Coletivos na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa, nº 115, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA - CEPAM. Luiz Alberto David Araújo. Breves Anotações à Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990.

GARCIA, Maria. Tese Desobediência Civil, Direito Fundamental. PUC. São Paulo, 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

KIMURA, Alexandre Issa. Constituição Federal de 1988 - Apontamentos doutrinários e jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

(\*) A autora é Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Coordenadora da área de consultoria administrativa de licitações e contratos.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Iris Kammer (\*)

1. Introdução. 2. Fundamentos da República Federativa do Brasil. 2.1. Soberania. 2.2. Cidadania. 2.3. Dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa. 2.4. Pluralismo político. 3. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado, em sua acepção moderna, tem sua origem no século XVI, surgindo no cenário mundial como resultado da evolução ocorrida na forma de organização e de exercício do poder, na medida em que se afigurava, naquele momento histórico, cada vez mais necessária a concentração desse poder nas mãos de uma única pessoa, de um só governante. O Estado passa a ser o único legitimado a utilizar-se da coerção para a manutenção da ordem em seu domínio.

Nesse contexto histórico, em que o Estado figura como detentor absoluto da força e do poder sobre o povo que habita seu território, vislumbrava-se, para que os governados, teoricamente, tivessem uma garantia contra arbitrariedades, a necessidade de ordenação do exercício desse poder supremo e, para tanto, surgem as leis que obrigam à submissão aos seus comandos, tanto o povo em geral, como os próprios governantes que as criam e as executam. Tem-se, assim, a formação do Estado de Direito, que traz como característica básica o primado da legalidade, isto é, o governo das leis, que se contrapõe ao governo dos homens.

Saliente-se que o Estado de Direito nasce conceitualmente vinculado ao liberalismo, e devido ao individualismo e neutralismo que apresentava, o Estado Liberal de Direito não trouxe a efetividade da garantia dos direitos individuais almejada quando de sua criação. Em razão da necessidade de contraposição a essa situação, surge o Estado Social de Direito, que, impulsionado por movimentos sociais do século XIX e XX, buscava a tão sonhada justiça social e a melhoria das condições de vida dos habitantes de um país.

É sabido que tanto o Estado Liberal, quanto o Estado Social, por constituírem única e exclusivamente espécies de Estado de Direito, que por sua natureza nem sempre comportam conteúdo democrático, muitas vezes, amparado pelo respeito ao formalismo legislativo, sem incorporar o conceito de justiça e a necessidade de existência e garantia dos direitos sociais, podem levar o povo que habita seu território a ser governado pelo manto da injustiça e arbitrariedade. Infelizmente, o mundo já se deparou com a aberração da utilização do Estado de Direito para a opressão popular e defesa de causas desumanas, podendo-se citar como exemplo a Alemanha Nazista e a Itália Fascista.

Nesse passo, lastreado na pujança da soberania popular e com intuito de superar as dificuldades sociais e regionais, baseado na instauração de um regime democrático que realize a justiça social, nasce o **Estado Democrático de Direito**, que tal qual o Estado Liberal de Direito, traz como características básicas a submissão às leis, a divisão de funções estatais, bem como o enunciado e a garantia dos direitos individuais, mas busca, sobretudo, a justiça social e a autêntica participação democrática do povo em seu processo político, respeitando sempre as diferenças estruturais existentes entre as pessoas, tais como etnias, diferentes crenças e cultura, situação social etc.

O Estado Democrático de Direito vem calcado não apenas na obediência em seu âmbito de atuação à legalidade, mas também e principalmente, na existência da necessidade de legitimidade de suas decisões, legitimidade esta que só é alcançada quando respaldada pela vontade do povo, o que se dá mediante a participação na formação da vontade estatal, individualmente, ou por meio de organizações sociais ou profissionais. Isto porque é a participação que proporciona à população a oportunidade de manifestar livremente, sem restrições, sua própria vontade.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, erigiu o Brasil a Estado Democrático de Direito, fazendo valer, assim, para o nosso país, os princípios e regramentos acima mencionados que envolvem essa caracterização. Para a perfeita garantia da transformação e manutenção do Brasil como **Estado Democrático de Direito**, afirmou a Carta Magna que todo poder emana do povo, podendo ser exercido diretamente por este ou por representantes, e determinou como sendo fundamentos básicos a serem respeitados por nossa República Federativa **a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.**

## **2. FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

### **2.1. Soberania**

Tem-se que só o povo, em sua totalidade, pode ser formador da vontade política de um Estado, vontade esta que dará origem a uma ordem jurídica soberana, a ser obedecida e seguida por todos os habitantes de um País (soberania interna) e respeitada por todos os outros Estados soberanos (soberania externa), posto ser a soberania elemento característico de independência interna ou internacional.

### **2.2. Cidadania**

Com efeito, faz-se oportuno, neste momento, elucidar que o povo referido na Constituição da República Federativa do Brasil, como o titular do poder, é o “povo ativo”, ou seja, aquele que além de ser nacional, em razão de nascimento ou da adoção da nacionalidade brasileira, possui a cidadania, da qual deriva a legitimidade para o exercício do poder que lhe foi atribuído. A população de um país é formada por nacionais ou estrangeiros, todos figurando na qualidade de “povo destinatário” da atuação estatal, estando sujeitos, indistintamente, ao manto das leis, mas só os cidadãos, entendidos



como os nacionais que preenchem alguns requisitos, têm o condão de interferir na situação do Estado.

A cidadania é um vínculo que liga o indivíduo ao Estado e que lhe atribui direitos e deveres de natureza política. No Estado Democrático de Direito a efetivação da cidadania oferece aos seus titulares o gozo de direitos e a existência de mecanismos que garantem sua eficácia, mas exige, em contrapartida, o cumprimento de deveres ligados ao exercício responsável e consciente do poder que lhe foi atribuído.

Dessa forma, na medida em que como “povo ativo” é chamado a participar do processo político de formação da vontade nacional, torna-se imprescindível que o faça sempre associado ao respeito aos direitos fundamentais e sociais, contribuindo para o progresso social, devendo, principalmente, cumprir as decisões tomadas com amparo na participação popular.

A democracia configura-se em uma forma de governo pela qual é dada suma importância à participação popular, posto constituir-se em governo do povo, amplamente voltado aos interesses populares, no qual os governantes transformam-se em servidores de seu povo, buscando sempre a liberdade e a igualdade. No regime democrático há total preponderância da síntese da vontade popular e a necessidade de respeito às minorias.

A expressão da vontade suprema do povo é o sufrágio; o voto é exercício do sufrágio, que se constitui em requisitos a serem preenchidos para que uma pessoa possa exercer o direito de voto. Diversos tipos de sufrágio foram consagrados em variadas épocas históricas. No Brasil, atualmente, como não poderia ser diferente em um Estado Democrático de Direito, adota-se o sufrágio universal, configurado como sendo aquele que procura conferir o direito de voto ao maior número possível de nacionais, na medida em que cada pessoa, independentemente de suas características individuais, contribui para o aprimoramento da vida em sociedade e para a evolução do sistema democrático. O direito de sufrágio universal não é irrestrito e sim condicionado, conforme os ditames do artigo 14 da Constituição Federal, situação esta que se mostra totalmente possível desde que as condições postas não estejam associadas a fatores de discriminação ou a consideração de valores pessoais.

Como já asseverado, o exercício do poder pelo povo, na democracia, pode se dar através da delegação deste exercício a seus representantes ou se manifestar de forma direta. Da leitura do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, depreende-se que o Brasil escolheu mesclar técnicas de representação pertencentes à democracia indireta com técnicas de participação direta do povo no exercício do poder, adotando, assim, a democracia semidireta.

O exercício da *democracia representativa*, que se origina do governo representativo que as revoluções liberais começaram a implantar a partir do século XVIII, se perfaz através da escolha periódica mediante eleição, pelo nacional no gozo de seus direitos políticos, de representantes que preencham requisitos exigidos constitucionalmente para ocuparem os Poderes Executivo e Legislativo, e que exercerão o poder em seu nome. A eleição se mostra como um mecanismo apto, desde que não suscetível à fraude e a corrupção, a transmitir a vontade popular, e para tanto os governos têm buscado, em larga

escala, aprimorar a realização do processo eleitoral, sendo que em nosso país a urna eletrônica tem colaborado muito para esse fim.

A Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário, cujos contornos vêm traçados pela Constituição Federal, constitui importante órgão na defesa das instituições democráticas, atuando na solução de problemas surgidos no âmbito eleitoral, dentre os quais pode-se destacar a edição de resoluções e instruções que balizem eleições, a análise da regularidade de candidaturas, a preocupação com a regularidade da propaganda eleitoral, e a repressão contra a prática de crimes eleitorais. Saliente-se, por oportuno, que o Ministério Público apresenta-se, em razão de atribuições delegadas constitucionalmente, como órgão apto a barrar e reprimir condutas ilícitas que possam vir a macular o processo eleitoral pátrio.

Não só no Brasil, mas em grande parte do mundo moderno, as eleições, para que se caracterizem como de natureza democrática, devem observar alguns princípios básicos, quais sejam, o da *generalidade*, garantido pela existência do já aventado sufrágio universal; da *paridade*, que determina o mesmo peso para o voto de qualquer eleitor; da *liberdade*, pelo qual não é atribuído a ninguém o direito de pressionar o eleitor para direcionar o seu voto, e do *voto secreto e direto*, pelo qual o eleitor não tem obrigação de revelar seu voto, preservando a liberdade do exercício de seu direito e, com o direito de escolher diretamente seus representantes, não tendo que se submeter à vontade de um colégio eleitoral responsável pela realização dessa escolha. Saliente-se que no Brasil, a eleição indireta está prevista como exceção e unicamente no caso de vacância do cargo de Presidente da República nos últimos dois anos de mandato (Art. 81, § 1º da CF).

Verifica-se na atualidade a existência de partidos políticos que podem ser definidos como grupos organizados, aptos à disputa do poder e à defesa dos ideais do segmento que representam, constituídos com o intuito de melhor possibilidade de defesa nas eleições dos interesses de todos os segmentos da população, traduzindo as diversas vontades presentes em um país.

Existem dois sistemas de escolha dos governantes pelo voto dos cidadãos: o sistema eleitoral majoritário e o proporcional. Alguns países adotam o sistema misto, mesclando os dois sistemas existentes. O nosso País adotou o majoritário para os cargos executivos, bem como para o Senado Federal e o proporcional para os cargos de Deputados Federais e conseqüentemente, para os de Deputados Estaduais e Vereadores. Ressalte-se que o procedimento do processamento das eleições, para atender à regularidade desses sistemas, vem constante da Lei Maior.

O *sistema majoritário* caracteriza-se por considerar eleito quem recebe o maior número de votos, sendo que a escolha em questão pode se dar por maioria simples ou absoluta e a disputa ocorrer em um ou mais turnos. No Brasil, no caso de eleição para cargos do Executivo, se o candidato não atingir a maioria absoluta do eleitorado no primeiro turno, a disputa continua em segundo turno entre os dois candidatos mais votados, dando ensejo a diversas coligações partidárias em torno dos candidatos que ainda permanecem em contenda.

Já o *sistema proporcional*, idealizado para corrigir as distorções do sistema majoritário, que a despeito de oferecer maior margem de estabilidade

ao governo, nem sempre traduz a essencialidade da vontade popular, posto beneficiar os partidos políticos mais fortes, busca, por seu turno, trazer para o órgão legislativo as diferentes correntes de pensamentos coexistentes no país, como acima mencionado, representadas por candidatos pertencentes aos mais diversos partidos políticos, enaltecendo, desta forma, a democracia. A essência desse sistema, assim como utilizado em nosso País, configura-se na distribuição das cadeiras do Poder Legislativo na mesma proporção dos votos obtidos pelos partidos políticos, sendo que a proporção de cada partido é alcançada por meio do cálculo do quociente eleitoral, determinado pelo número total de votos, dividido pelo número de vagas postas em disputa, respeitando-se as sobras, restando a cada partido uma representação equivalente ao número de vezes que obteve o quociente eleitoral, considerando-se aptos a preencher as vagas atribuídas aos partidos, os candidatos que, sucessivamente, detiverem o maior número de votos. Para que não haja um descontrolado crescimento de partidos, as Constituições, inclusive a brasileira, passaram a exigir um percentual mínimo de votação para garantir a representação do partido nos órgãos legislativos.

Tem-se que a *democracia direta* caracteriza-se como aquela em que as decisões fundamentais do Estado são tomadas em assembléia que reúne todo o povo competente para a tomada dessas decisões. Tal democracia tem como maior referência a exercida em Atenas e, modernamente, sua acepção originária só pode ser vista como referência histórica, em razão da falta de viabilidade prática de reunir-se em assembléia o grande número de cidadãos existentes.

Mas, para que o ideal representado pela democracia direta não fosse abandonado, ante a sua real importância, criou-se, conforme já aventado, como alternativa para o regime democrático a *democracia semidireta*, valorizando, assim, a par da delegação do poder aos representantes do povo, o exercício deste poder pelo próprio povo em algumas situações específicas autorizadas pelo ordenamento jurídico de cada País. O sistema pátrio determina que o povo exercerá diretamente o poder nos termos da Constituição Federal de 1988.

Pode-se encontrar, ante o exame do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, variadas formas de participação popular, sendo algumas a seguir destacadas.

Inicialmente, tem-se de grande vulto para a manutenção do Estado Democrático de Direito, a *participação legislativa*, que vem elencada pelos incisos do artigo 14 da Carta Magna, e constitui-se na possibilidade de utilização dos institutos do *plebiscito*, do *referendo* e da *iniciativa popular*, ambos regulamentados pela Lei Federal n.º 9.079, de 1998. Os dois primeiros são empregados quando surge a necessidade de tomadas de decisões importantes a serem realizadas diretamente pelo povo, ambos conceituados como uma consulta que se faz aos cidadãos para que deliberem sobre determinado assunto de importância administrativa ou legislativa, diferindo-se as duas figuras jurídicas pelo momento de suas atuações, posto que o plebiscito realiza-se anteriormente à prática do ato e, já no referendo, tem-se que a consulta popular ocorre posteriormente ao ato governamental, possuindo portanto, o condão de ratificá-lo ou conceder-lhe eficácia. Não se pode perder de vista que tanto o plebiscito, quanto o referendo, dão origem a decisões

soberanas e vinculantes, não podendo ser desrespeitadas pelo Poder Público. A iniciativa popular, a partir da obediência a determinados requisitos, consiste no poder conferido aos cidadãos para apresentar projeto de lei e, conseqüentemente, iniciar o processo legislativo, com o intuito da criação de direito pátrio novo.

Outra importante forma encontrada é a *participação administrativa*, consagrada, além da previsão do instituto do referendo e do plebiscito em matérias de cunho administrativo, pela possibilidade de requerer dos órgãos públicos informações, desde que as mesmas não estejam protegidas pelo sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (Art. 5º, XXXIII da CF); pela possibilidade de exercício do direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos, contra ilegalidades ou abuso de poder (Art. 5º, XXXIV, “a” da CF); pela consagração do controle popular das contas municipais (Art. 31, § 3º da CF); pela exigência de publicidade dos atos da administração (Art. 37, “caput” da CF); e finalmente, pela exigência de disciplinação das formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta (Art. 37, § 3º da CF).

Tem-se, também, a possibilidade de *participação judicial*, que vem atrelada na Constituição Federal, entre outras, às ações de inconstitucionalidade, aos mandados de segurança individuais e coletivos, à ação popular, ao “habeas data” e ao mandado de injunção.

Com o passar dos tempos, outras formas de participação popular vêm surgindo, sempre calcadas na necessidade da defesa dos direitos sociais, bem como na busca da melhoria das condições de vida da população em geral, pugnando pela defesa de direitos e pela adequada utilização dos recursos públicos.

Pode-se citar como exemplo dessas novas formas de participação nas decisões estatais a criação de *Conselhos Sociais*, que podem ser definidos como entidades organizadas para deliberar sobre assuntos ligados a áreas sensíveis da atividade social, das liberdades públicas e dos direitos relativos às políticas de desenvolvimento. Com este mesmo intuito de proteção a direitos pode-se, de igual forma, citar a existência das *organizações não-governamentais*, existência esta que vem assumindo, cada vez mais, um importante papel em nossa sociedade atual.

Vale, neste contexto, também salientar a existência do orçamento participativo, que vem contemplado pelo Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257, de 10/07/2001), como um dos instrumentos da Política Urbana, sendo que por meio deste a sociedade pode diretamente opinar na forma e setor onde o dinheiro público será aplicado.

### **2.3. Dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa.**

O Estado Democrático de Direito, para a correta consecução dos seus fins, deve tornar-se um instrumento a serviço da coletividade, respeitando e proporcionando condições para o exercício dos direitos fundamentais pertencentes à população. Nessa esteira de raciocínio, a Constituição da República Federativa do Brasil incluiu como fundamento de nosso Estado, o

respeito e a garantia à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa.

Para repelir qualquer atitude que atente contra a dignidade da pessoa humana, deve-se atuar em duas frentes, primeiramente, lutando incessantemente para a erradicação da pobreza e de desigualdades regionais e sociais, que podem levar a situações desumanas, tais como trabalho escravo e infantil, insuficiência de moradia, falta de saneamento básico, entre outras que atentem contra a existência da vida de uma pessoa em condições humanamente aceitáveis; mas deve também, lutar contra a existência de tortura ou de métodos que a esta se assemelhem, posto que a sua utilização faz com que o seu destinatário se desvie do destino que escolheu para si, tendo que sacrificar seus interesses pessoais em razão do cumprimento de interesses coletivos.

Os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa devem ser sustentáculos da organização econômica e social do país. A livre iniciativa foi encampada pela Constituição pátria para que o Estado Democrático tenha a possibilidade de construir uma sociedade aberta, justa e solidária. Esta justiça só será feita se os valores sociais do trabalho forem garantidos, posto que a máxima de que o trabalho dignifica a pessoa humana só se afigura correta se, por este trabalho, além do respeito aos direitos trabalhistas e não por meio de sua flexibilização, o trabalhador obtiver salário justo, apto a atender as suas necessidades e as de sua família. Não se pode perder de vista que para que o trabalho seja livre, este deve assegurar e garantir a opção individual de cada um.

Nesse passo, para que o País assuma o correto rumo traçado pelo Estado Democrático, torna-se oportuno salientar a importância da existência e a necessidade da efetivação prática dos direitos sociais constitucionalmente disciplinados, cujo objetivo se funda na concretização de melhores condições de vida ao povo e aos trabalhadores, buscando a igualdade social e econômica, calcada amplamente em princípios éticos.

A menção aos direitos sociais pode ser encontrada em vários dispositivos da Lei Maior, inicialmente constantes de seu Título II, Capítulo II, que traz no artigo 6º o elenco desses direitos, quais sejam a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados; e posteriormente, dispersos ao longo do texto constitucional, com maior relevo ao Título VIII, que disciplina a ordem social, ditando mecanismos pelos quais os direitos sociais podem ser implementados.

Importante frisar que a efetividade dos direitos sociais, conforme dispõe o ordenamento jurídico-constitucional, depende, em parte dos casos, tanto de prestações positivas do Estado, quanto de prestações por parte dos destinatários desses direitos, posto estarem preceituadas obrigações onde a sociedade e o Estado figuram como pessoas participantes e responsáveis pela real execução dos direitos sociais. Tais como os casos de proteção ao meio-ambiente, aos deficientes, às crianças e adolescentes, aos idosos e à família de um modo geral.

A atuação do Estado verifica-se em diversos campos, podendo-se encontrar entre outras providências, as tomadas por vias legislativas, bem

como por mecanismos administrativos de gerenciamento do interesse público, muitas vezes implementados por programas governamentais.

Infelizmente, nem sempre essas obrigações são cumpridas a contento. No que diz respeito à sociedade, isto ocorre muitas vezes pela insuficiência de condições financeiras e outras vezes, pela falta de conhecimento da responsabilidade que lhe foi delegada, verificando-se necessário para atenuar esta situação, uma ajuda dos meios de comunicação voltada à divulgação do conteúdo do conceito dos direitos sociais e da responsabilidade gerada pela implementação destes direitos, que recai, inclusive, sobre a totalidade da população.

Quanto ao Estado, a quem cabe a maior parcela no cumprimento da missão de efetividade dos direitos sociais, que deve ter sempre em mente a luta contra a exclusão social, protegendo as minorias que compõe a sociedade, nem sempre suas decisões são acertadas e, conseqüentemente, tem-se notado o aparecimento gradativo e a consolidação da existência de grupos e entidades voltadas, unicamente, para a fiscalização e defesa do cumprimento desses direitos.

Apresentam-se, entre outras, como importantes à defesa dos interesses sociais da população, a existência de organizações não governamentais, que vem espalhadas por todo o país e agem nas mais diversas frentes buscando o desenvolvimento humano sustentável, lutando pela não-discriminação, pela equidade, pela erradicação da pobreza, pela justiça social etc.

De grande relevância social na defesa da soberania popular, por garantir a participação da população nas políticas públicas e na fiscalização do emprego do dinheiro público, mostram-se, atualmente, os Conselhos Municipais gestores de políticas públicas, que vêm regulamentados pela Constituição Federal e por leis ordinárias, e já se encontram em funcionamento em vários Municípios. A implementação de tais Conselhos, bem como a fiscalização do efetivo cumprimento de suas funções, são realizadas pelo Ministério Público, a quem cumpre a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que assume, quando o tema é direito social, importante papel de aliado da sociedade na defesa desses direitos.

#### **2.4. Pluralismo político**

O pluralismo político vem demarcado como último e importante fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, sua relevância deriva do fato de que para chegarmos à síntese das necessidades da sociedade, conveniente se faz que as diferentes vontades desta sociedade possam se expressar, defendendo seus pontos de vista, que serão avaliados e condensados pelo Estado.

Portanto, denota-se que o conceito de pluralismo político engloba o de pluralismo partidário, que conforme já dito, é importantíssimo para a manutenção da democracia. O pluralismo em questão está presente em todas as áreas da sociedade, por meio da existência de diversos sindicatos, igrejas representativas de múltiplas religiões, escolas, universidades, associações civis constituídas para a defesa do interesse de grupos da sociedade etc.

### **3. CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, pode-se, em sede de conclusão, inferir que para que o Estado Democrático de Direito cumpra com a sociedade o papel a que se dispõe, faz-se necessário que os preceitos constitucionais e legais que o balizam se constituam, não só em garantias constantes do ordenamento jurídico-constitucional, mas sim em efetivos instrumentos na defesa dos direitos da sociedade civil como um todo e, para tanto, deve esta aparelhar-se, utilizando-se dos meios de participação que lhe são postos à disposição, com o objetivo de defender suas necessidades e seus ideais.

### **BIBLIOGRAFIA**

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. A democracia semidireta na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 33, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BENEVIDES, Maria Victoria. A questão social no Brasil - os direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais. Disponível na internet <http://www.hottopos.com/vdletras3/vitoria.htm>.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade- Para uma teoria geral da política. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

CRETELLA JR., José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. v.1.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 37, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1.

FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.

FERRREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. Campinas: Julex, 1989. v.1.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. Ministério Público e Conselhos Gestores de Políticas Públicas. Boletim dos Procuradores da República, n.38, 2001.

MATSUMOTO, Katsutoshi. O Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.33, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

(\*) A autora é Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.



# CONTROLE POLÍTICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alexsandra Katia Dallaverde (\*)

1. Introdução. 2. Mecanismos constitucionais do controle político. 2.1. Convocação de autoridades para prestarem informações. 2.2. Requerimentos escritos de informações. 2.3. Aprovações e autorizações específicas para a prática de atos pelo Poder Executivo. 2.4. Sustação dos atos do Poder Executivo que exorbitarem de sua competência regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. 2.5. Julgamento dos crimes de responsabilidade. 2.6. Controle político de constitucionalidade. 3. Comissões Parlamentares. 4. Comissões Parlamentares de Inquérito. 5. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A distinção entre as três funções estatais básicas - legislar, administrar e julgar - remonta à época de ARISTÓTELES, a partir do desenvolvimento da chamada *teoria da constituição mista*, recebendo novas contribuições de LOCKE, até alcançar sua consagração em MONTESQUIEU.

A proposta de separação das funções estatais em órgãos distintos encontra-se diretamente relacionada à idéia de contenção do Poder, na medida em que busca limitar eventuais excessos dos órgãos componentes do aparelho estatal, evitando que o poder político concentre-se praticamente nas mãos de um único titular.

Assim, os mecanismos de controles recíprocos entre os Poderes se inserem no chamado *Sistema de Freios e Contrapesos*, que visam, em última análise, à garantia dos direitos fundamentais do homem, através da limitação do poder estatal.

Dentro deste contexto, são conferidos às distintas funções estatais - segundo a doutrina, impropriamente denominadas "poderes", em razão das características de unidade, indivisibilidade e indelegabilidade de que se reveste o poder político - mecanismos de interferências recíprocas, hábeis à manutenção do equilíbrio e do regular desempenho da atividade estatal.

Em razão do sistema de organização do Estado Federal Brasileiro, delineado pela Constituição Federal, caracterizado pela tripartição de poderes, a Administração Pública, entendida em seu mais amplo sentido, submete-se a uma série de controles, característicos do *Sistema de Freios e Contrapesos*.

Segundo as palavras do Ministro do Tribunal de Contas da União, BENTO JOSÉ BUGARIN:

"(...) controle é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre os atos praticados por outro, de forma a verificar-lhes a legalidade e o mérito e assegurar a consecução dos interesses coletivos." (Controle das finanças

públicas - uma visão geral, Revista do Tribunal de Contas da União, v. 25, p. 12)

Inobstante a clareza da definição, cabe-nos aduzir que não se trata, em verdade, de uma faculdade, mas sim de um dever, decorrente de prescrição constitucional, exercido quer em razão de atribuição própria dos órgãos aos quais se atribui a competência para a realização do controle, quer em virtude do dever genérico de observância do princípio da legalidade imposto a todos os agentes públicos.

Muito embora todos os poderes disponham de mecanismos para o exercício de controles recíprocos, com vistas a evitar a transposição das competências próprias atribuídas a cada Poder, a função tipicamente fiscalizatória é tradicionalmente cometida ao Poder Legislativo, em razão da representatividade característica deste Poder, que tem sua composição formada por representantes dos mais diversos segmentos da sociedade.

O controle parlamentar da administração se efetiva por meio de uma série de instrumentos postos à disposição do Poder Legislativo. Devem ser exercidos com bastante cautela, e nos limites exatos traçados pela própria Constituição, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, caracterizado pelo primado da independência e harmonia.

Pela leitura dos diversos dispositivos constitucionais atinentes à matéria, não só em âmbito federal, mas também estadual, destaca-se a existência de competências fiscalizatórias genéricas, que respaldam a atuação do Poder Legislativo enquanto órgão de fiscalização e controle, assim como a previsão de instrumentos específicos, hábeis a viabilizar o controle legislativo sobre os atos da Administração Pública.

Têm-se, assim, enquanto fundamento para o exercício do chamado *controle político*, aqui entendido em contraposição ao *controle de natureza contábil, financeira e orçamentária*, o disposto no artigo 49, inciso X da CF, que atribui competência ao Congresso Nacional para “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”. Na Constituição do Estado de São Paulo, encontra-se disposição semelhante em seu artigo 20, inciso X.

Afere-se, dessa forma, que os Poderes Legislativo e Judiciário não se submetem ao controle político, a cargo de outro Poder, nos termos em que se submete o Poder Executivo, mediante expressa determinação constitucional, sujeitando-se apenas à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, sem prejuízo dos demais instrumentos de controle existentes no ordenamento jurídico, como por exemplo, a ação popular, a ação civil pública e o controle exercido pelo Ministério Público.

No âmbito federal, a Lei n.º 7.295, de 19 de novembro de 1984, recepcionada pela Constituição de 1988, regula o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo e da administração indireta. Dentre suas disposições, destaca-se a referência às Comissões de Fiscalização e Controle de ambas as Casas Legislativas enquanto órgãos incumbidos da fiscalização, aos quais são conferidos uma série de poderes. Ao mesmo tempo, esse diploma estatui que a fiscalização poderá ser objeto de iniciativa de qualquer parlamentar.

Os poderes conferidos às referidas Comissões constituem-se basicamente nos mesmos instrumentos fiscalizatórios colocados à disposição do Poder Legislativo e das demais Comissões pela Constituição Federal, exceção feita à elaboração de relatório conclusivo sobre a fiscalização exercida, com a indicação de eventuais responsáveis e das providências que se afigurarem cabíveis, a ser deliberado pelo Plenário da respectiva Casa Legislativa.

Com efeito, às Comissões de Fiscalização e Controle são conferidos poderes para a convocação de Ministros de Estado e dirigentes das entidades da administração indireta; para a solicitação de informações à administração direta e indireta sobre matéria sujeita à sua fiscalização; para requisitar documentos públicos necessários à elucidação dos fatos sujeitos à fiscalização, bem como para providenciar a realização de perícias e diligências.

Ao mesmo tempo em que institui as competências das Comissões de Fiscalização e Controle, a lei reserva às Mesas das Casas Legislativas a titularidade para se dirigirem ao Chefe do Poder Executivo, para a solicitação de informações ou documentos de interesse da Comissão, em clara demonstração do respeito e harmonia que devem reger a relação entre os Poderes.

Em âmbito estadual, a matéria é disciplinada de forma semelhante pela Lei n.º 4.595, de 18 de junho de 1985, que dispõe sobre a fiscalização, pela Assembléia Legislativa, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta.

## **2. MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE POLÍTICO**

Dentre os instrumentos específicos do controle político exercido pelo Poder Legislativo, previstos na Constituição Federal, destacamos os seguintes:

### **2.1. Convocação de autoridades para prestarem informações**

A possibilidade de convocação de Ministros de Estado ou titulares de órgãos subordinados diretamente à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assuntos previamente determinados, encontra-se prevista no artigo 50, “caput” da Constituição Federal, que ressalta, ainda, que a ausência injustificada da autoridade implicará na prática de crime de responsabilidade.

A redação atual do dispositivo foi objeto de alteração pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 02, de 1994, sendo que a redação originária do texto constitucional abarcava apenas os Ministros de Estado. Dessa forma, o dispositivo passou a abranger não apenas os Ministros, mas também os demais auxiliares diretos do Presidente da República.

Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo foi mais explícita no tocante às autoridades abarcadas pelo poder de convocação do Poder Legislativo, estabelecendo competir à Assembléia Legislativa “convocar Secretários de Estado, dirigentes, diretores e Superintendentes de órgãos da administração pública indireta e fundacional e reitores das universidades

públicas”, assim como o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado e o Defensor Público Geral (artigo 20, incisos XIV e XV da Constituição Estadual).

## 2.2. Requerimentos escritos de informações

A Constituição Federal também prevê expressamente a possibilidade de encaminhamento, pelas Mesas das Câmaras dos Deputados e do Senado Federal, de pedidos escritos de informações aos Ministros de Estado ou a quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República. Da mesma forma, seu descumprimento, no prazo de trinta dias, constitui hipótese caracterizadora da prática de crime de responsabilidade (artigo 50, § 2º da Constituição Federal).

A Constituição Paulista contém previsão de requisição de informações “dos Secretários de Estado, dirigentes, diretores e Superintendentes de órgãos da administração pública indireta e fundacional, do Procurador-Geral de Justiça e dos Reitores das universidades públicas estaduais”, em seu artigo 20, inciso XVI, prevendo também a solicitação de informações dirigida ao próprio Governador, nos termos do disposto no inciso XXIV do artigo 20.

## 2.3. Aprovações e autorizações específicas para a prática de atos pelo Poder Executivo

Muito embora parcela da doutrina não considere as aprovações e autorizações enquanto técnicas de controle parlamentar, filiamo-nos ao posicionamento da Professora ODETE MEDAUAR, que assim dispôs ao analisar a matéria:

“Embora consagrados doutrinadores não incluam entre as técnicas de controle parlamentar as autorizações e aprovações, entendemos que tais manifestações detêm as características da atividade de controle, **pois implicam exame ou verificação de legalidade ou mérito de atos ou medidas a serem ou já adotadas pelo Executivo, acarretam impedimento de eficácia ou revogação, caso o Parlamento negue anuência.**” (g.n.) (Controle parlamentar da Administração Pública, Revista de Informação Legislativa, n.º 107, p.117)

Assim, são diversas as competências do Poder Executivo que contam com a necessária anuência legislativa para sua válida implementação, dentre as quais destacamos aquelas elencadas no artigo 49 da Constituição Federal:

a) *resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.* Conforme estabelece o disposto no artigo 84, inciso VIII da CF, compete ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, **sujeitos a referendo do Congresso Nacional**”(g.n.). Verifica-se, assim, que não apenas os tratados que venham a acarretar encargos ou compromissos gravosos à Nação sujeitam-se ao referendo legislativo, na medida em que o disposto no inciso VIII do artigo 84 não contempla a restrição.

b) *autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente.*

c) *aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares.*

Observe-se que inobstante o caráter de atividade típica de gestão e governo, determinados assuntos de grande relevância à Nação são passíveis de ratificação pelo Congresso Nacional, não sendo deixados à competência exclusiva do Poder Executivo.

d) *aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas.*

e) *apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão, regulada pelo artigo 223 da CF, que submete o ato de outorga ou renovação à aprovação do Congresso Nacional*<sup>1</sup>.

f) *autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais*

g) *aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.*

Ademais, deve-se mencionar as autorizações e competências em matéria financeira atribuídas ao Senado Federal, assim como as aprovações das escolhas de Magistrados dos Tribunais Superiores, de Ministros do Tribunal de Contas da União, de Governador de Território, do Presidente e diretores do Banco Central, do Procurador-Geral da República e de outros cargos que a lei determinar (artigo 52, inciso III da Constituição Federal).

No âmbito estadual, respeitadas as peculiaridades próprias dos Estados-membros e suas competências, os atos do Poder Executivo também se submetem à autorização legislativa em hipóteses semelhantes às contidas na Constituição Federal.

Exemplificativamente, pode-se citar a competência da Assembléia Legislativa para autorizar a alienação de bens imóveis do Estado, a cessão de direitos reais a eles relativos, bem como o recebimento, pelo Estado, de doações com encargos; para a autorização da cessão ou concessão de uso de bens imóveis do Estado a particulares; para a aprovação da escolha dos Conselheiros dos Tribunais de Contas; e para a autorização ou aprovação de convênios, acordos ou contratos que resultem para o Estado encargos não previstos na lei orçamentária (artigos 19, incisos IV e V, e 20, incisos XII e XIX da Constituição do Estado de São Paulo).

#### **2.4. Sustação dos atos do Poder Executivo que exorbitarem de sua competência regulamentar ou dos limites da delegação legislativa**

A previsão da medida de sustação dos atos do Poder Executivo encontra-se no artigo 49, inciso V da Constituição Federal, cuja competência é

---

<sup>1</sup> “Artigo 223 (...) § 3º. O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.”

atribuída exclusivamente ao Congresso Nacional. No âmbito estadual, a medida vem disciplinada pelo disposto no inciso IX do artigo 20 da Constituição Estadual, que dispõe sobre a competência exclusiva da Assembleia Legislativa, limitando-se apenas aos atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, e não dos limites da delegação legislativa, na medida em que não há previsão de lei delegada no âmbito estadual.

A competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo é prevista pelo artigo 84, inciso IV da Constituição Federal, *in verbis*:

“Artigo 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos para sua fiel execução;**” (g.n.)

Disposição semelhante encontra-se no artigo 47, inciso III da Constituição Estadual, ao estabelecer que compete privativamente ao Governador, “expedir decretos e regulamentos” para a fiel execução das leis.

É inerente ao princípio da separação de poderes o cometimento da competência para a elaboração das leis ao Poder Legislativo. No entanto, em determinadas hipóteses, ante a pertinência do teor da disposição legal com as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, torna-se imprescindível sua regulamentação pelo Poder Executivo, com a finalidade de disciplinar de forma mais minuciosa o comando legislativo, e alcançar sua plena executoriedade.

A faculdade regulamentar conferida ao Poder Executivo dispõe de certos limites, voltados à reafirmação da primazia da Lei. Em excelente trabalho publicado sobre a atividade legislativa exercida pelo Poder Executivo, CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, dispõe sobre alguns princípios que regem as relações entre o regulamento e a lei, princípios tais que se mostram extremamente úteis para a perfeita caracterização dos limites que cercam a atividade regulamentadora.

Eis alguns dos princípios enumerados pelo autor (atividade legislativa do Poder Legislativo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988, p.234-238), de observância obrigatória pelo Chefe do Poder Executivo:

a) princípio da preeminência da lei - a lei encontra-se hierarquicamente acima do regulamento, que, por esta razão, não poderá dispor de forma contrária ao seu conteúdo.

b) princípio da precedência da lei - a edição de regulamento pelo Poder Executivo pressupõe a prévia promulgação da lei, na medida em que se presta a favorecer sua aplicação.

c) princípio da acessoriedade dos regulamentos - os regulamentos não podem adentrar ao campo da competência legislativa, na medida em que funcionam como acessórios em relação à lei.

Dessa forma, uma vez desrespeitados os limites impostos à regulamentação da Lei, ao Poder Legislativo é lícito proceder à sustação dos atos que exorbitem da competência regulamentar.

Observe-se que a competência para sustar os atos do Poder Executivo relaciona-se diretamente com outra das atribuições conferidas ao Poder Legislativo, consistente em “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”, inserta no inciso XI do artigo 49 da Constituição Federal, com correspondência no inciso XXI do artigo 20 da Carta Estadual.

Com efeito, o ato de sustação também representa uma efetiva medida de preservação da competência legislativa atribuída ao Poder Legislativo, posto que constitui mecanismo de controle de eventual usurpação das funções legislativas.

Registre-se a existência de corrente doutrinária no sentido de que o disposto no artigo 49, inciso V da Constituição Federal representaria uma afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Nesse sentido, entendimento esposado pela Professora ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, segundo a qual:

“(…) não constitui este instrumento, colocado à disposição do Congresso Nacional, mecanismo que favoreça o equilíbrio entre os poderes. Na verdade, deflui da análise desse preceito constitucional, que, ao invés de solução de equilíbrio, o poder congressual de sustar atos normativos regulamentares instala novo pólo de conflito entre Legislativo e Executivo.

(…)

No contexto do sistema constitucional brasileiro, este poder de o Congresso sustar atos normativos regulamentares do Executivo projeta-se mais como instrumento de reforço do Poder Legislativo, como modalidade nova de invasão constitucional de poderes sem contrapartida ou correlação entre as atribuições de um e outro, conforme ocorre, por exemplo, com o poder de elaborar a lei e o correspondente poder de vetá-la, um atribuído ao Legislativo, outro ao Executivo.” (*Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*, p.83).

Da mesma opinião compartilha o Professor CELSO RIBEIRO BASTOS, ao tecer comentários ao disposto no inciso V do artigo 49:

“Por este inciso a Constituição conferiu poderes que exorbitam daquilo que se poderia entender como separação de poderes. A faculdade regulamentar é uma das funções fundamentais do Poder Executivo. É óbvio que ela tem de se limitar, como diz a Constituição, à fiel execução das leis.

A tradição do nosso direito nega ao Legislativo o poder para apreciar eventual abuso nesse sentido. O órgão competente para esse mister é o Poder Judiciário.

Ademais, da forma como se procede, inverte-se o ônus da prova, pois é o Executivo que deve provar que não exorbitou e isso é intolerável num regime presidencialista. Nem mesmo sob o fundamento de inconstitucionalidade do decreto regulamentar tal procedimento se legitimaria, porquanto não compete ao Congresso Nacional o controle de constitucionalidade. De outra parte, na quase-totalidade das hipóteses, a exorbitância não se afigura em

inconstitucionalidade, mas em ilegalidade.” (*Comentários à Constituição do Brasil*, p. 121).

Contudo, inobstante a maestria das explanações transcritas, entendemos que a competência para a sustação dos atos regulamentares exorbitantes do Poder Executivo não conduz à violação do princípio da separação de poderes, na medida em que constitui mais um instrumento constitucional hábil à implementação do Sistema de Freios e Contrapesos, ao lado de tantos outros mecanismos de controle. Nesse ponto, nos valem da fundamentação exposta por VANESSA VIEIRA DE MELLO, ao abordar a matéria:

“Não há que se falar em invasão constitucional de poderes. Trata-se, na verdade, de instrumento de controle de um poder sobre o outro, corolário do Estado de Direito informado pelo princípio da tripartição de funções e pela interdependência recíproca entre os poderes.” (*Regime jurídico da competência regulamentar*, p. 109).

Em âmbito federal, não apenas os atos que exorbitem do poder regulamentar são passíveis de sustação, mas também aqueles que ultrapassem os limites da delegação legislativa.

Trata-se aqui de alusão feita à figura das leis delegadas, previstas no artigo 59, inciso IV, e reguladas pelo artigo 68, ambos da Constituição Federal. Dispõe mencionado artigo 68, *in verbis*:

“As leis delegadas são elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.”

Verifica-se, assim, que a delegação legislativa submete-se a uma série de limites, expressos tanto na Constituição, como na resolução do Congresso Nacional que delegar os poderes ao Presidente da República. Uma vez extrapolados tais limites, torna-se lícito ao Congresso Nacional proceder à sustação da lei delegada.

## **2.5. Julgamento dos crimes de responsabilidade**

Outra importante competência do Poder Legislativo com nuances de controle exercido sobre a atividade do Poder Executivo reside na atribuição



conferida ao Senado Federal para “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles” (artigo 52, inciso I da Constituição Federal), bem como para “processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade” (artigo 52, inciso II).

Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo atribuiu competência à Assembléia Legislativa para “receber a denúncia e promover o respectivo processo, no caso de crime de responsabilidade do Governador do Estado” (artigo 20, inciso XXV), conferindo a um Tribunal Especial, composto por sete Deputados e sete Desembargadores, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, competência para o **juízo** do Governador nos crimes de responsabilidade. Em se tratando de crime comum, a competência para o juízo é do Superior Tribunal de Justiça, após a admissão da acusação por dois terços da Assembléia Legislativa (artigo 49, “caput” e § 1º).

Também competiria ao Tribunal Especial, nos termos do artigo 49, § 2º:

“(…) processar e julgar o Vice-Governador nos crimes de responsabilidade, e os Secretários de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, ou com os praticados pelo Governador, bem como o Procurador-Geral de Justiça e o Procurador-Geral do Estado.”

Contudo, em razão de liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Adin n.º 2.220-2<sup>2</sup>, requerida pelo Procurador-Geral da República, as disposições atinentes à responsabilidade do Governador, bem como os dispositivos alusivos à competência do Tribunal Especial, dentre outros, encontram-se com sua eficácia suspensa.

Da mesma forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida nos autos da Adin n.º 1901-1<sup>3</sup>, que a tipificação dos crimes de responsabilidade pelo legislador estadual representaria uma invasão de área de atuação legislativa expressamente reservada à União.

Assim, a disciplina atual da responsabilidade do Governador e demais autoridades estaduais, encontra-se totalmente veiculada pela Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

O artigo 85 da Constituição Federal elenca algumas condutas caracterizadoras da prática do crime de responsabilidade pelo Presidente da República. Segundo magistério de ALEXANDRE DE MORAES, o elenco de condutas trazidas pela Constituição não se apresenta em *numerus clausus*, admitindo-se a caracterização de outras condutas enquanto crime de responsabilidade desde que haja prévia definição legal. Em suas palavras, tem-se que:

“A Lei Maior prevê, no art. 85, rol meramente exemplificativo dos crimes de responsabilidade, pois o Presidente poderá ser

<sup>2</sup> Adin 2220-2-SP (medida liminar), Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 01.08.2000, em Plenário.

<sup>3</sup> Adin 1901-1-MG (medida liminar), Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 05.11.98, em Plenário.

responsabilizado por todos os atos atentatórios à Constituição Federal, passíveis de enquadramento idêntico no referido rol, desde que haja previsão legal, pois, o brocardo *nullum crimen sine typo* também se aplica, por inteiro, ao campo dos ilícitos político-administrativos, havendo necessidade de que a tipificação de tais infrações emanem de lei federal, eis que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a definição formal dos crimes de responsabilidade se insere, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União.” (*Direito Constitucional*, p. 414).

Assim, a lei federal reclamada pela Constituição, que tipifica as condutas caracterizadoras da prática de crime de responsabilidade é a já mencionada Lei n.º 1.079, de 1950. Recentemente, a Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000, introduziu novos tipos relativos à violação aos princípios orçamentários.

Conforme já salientado, o julgamento do Presidente da República e das demais autoridades previstas nos incisos I e II do artigo 52 se opera perante o Senado Federal, mas a admissão da acusação constitui competência da Câmara dos Deputados, por meio dos votos de dois terços de seus membros, consoante estabelece o “caput” do artigo 86, in *verbis*:

Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Eventual condenação pelo Senado Federal resultará no *impeachment* da autoridade submetida a julgamento, o que conduz à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das demais sanções jurídicas cabíveis, conforme disposto no parágrafo único do artigo 52.

## **2.6. Controle político de constitucionalidade**

Também pode-se elencar, enquanto instrumento de controle do Poder Legislativo, no sentido amplo que lhe estamos emprestando, o controle de constitucionalidade exercido sobre as proposições legislativas apresentadas, não apenas por seus próprios membros, mas também pelos demais legitimados à iniciativa legislativa, elencados nos artigos 61 da Constituição Federal e 24 da Carta Estadual.

Com efeito, referido controle pode se operar tanto pela Presidência da Casa Legislativa, ao rejeitar projetos manifestamente inconstitucionais<sup>4</sup>, como pela Comissão de Constituição e Justiça, ao pronunciar-se contrariamente à aprovação da proposição, ante a carga de inconstitucionalidade ou injuridicidade que lhe acomete, dispondo, por vezes, o parecer da referida

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, v. artigos 17, inciso II, alínea “e” do Regimento Interno da Câmara dos Deputados; 48, 11 do Regimento Interno do Senado Federal; e 135, I do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Comissão, de caráter terminativo<sup>5</sup>, o que obsta a apreciação da proposição tida por inconstitucional pelo Plenário, salvo recurso visando sua apreciação<sup>6</sup>.

No entanto, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo não se restringe ao aspecto político, na medida em que as Mesas Diretoras das Casas Legislativas possuem legitimidade expressa para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante os tribunais competentes, competência esta restrita ao seu âmbito de interesse. Assim, dentre os legitimados para a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, figuram as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembléia Legislativa (artigo 103, incisos II, III e IV), enquanto que a Constituição Estadual atribui às Mesas da Assembléia Legislativa e das Câmaras Municipais legitimidade para a proposição da ação perante o Tribunal de Justiça (artigo 90, incisos I e II).

### **3. COMISSÕES PARLAMENTARES**

As Comissões Parlamentares representam o cerne do funcionamento das Casas Legislativas, principalmente em razão do volume e da necessidade de especialização dos trabalhos legislativos.

Constituem, assim, divisões orgânicas do Poder Legislativo com vistas à maior efetividade dos trabalhos, quer relacionados à função legislativa propriamente dita, quer relacionados à atividade fiscalizatória.

De acordo com o quadro constitucional traçado pelo legislador constituinte de 1988, as Comissões Parlamentares podem ser permanentes ou temporárias, nessas inseridas as Comissões Parlamentares de Inquérito e as Comissões de Representação.

Conforme o disposto no § 1º do artigo 58 da Constituição Federal, dedicado à disciplina das Comissões, sua composição deverá respeitar, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que participem da Casa Legislativa.

As Comissões Permanentes são constituídas para a análise de proposições e demais questões, inclusive de natureza fiscalizatória, relacionadas a assuntos determinados. Na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, são vinte e duas as Comissões Permanentes.

A própria Constituição tratou de elencar as competências das comissões, sem prejuízo de outras atribuições que lhes sejam conferidas pelos regimentos das Casas Legislativas respectivas. Têm-se, assim, no § 2º do artigo 58 da CF, as seguintes competências, *in verbis*:

“I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

---

<sup>5</sup> Dispõe o artigo 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que terá caráter terminativo o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria.

<sup>6</sup> Havendo recurso, a matéria será submetida à apreciação preliminar do Plenário, consoante artigo 144 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes às suas atribuições;

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.”

Afere-se, dessa forma, o conteúdo híbrido das competências atribuídas às Comissões, que não se restringem à discussão e votação de proposições legislativas, sendo-lhes também conferidos instrumentos hábeis ao exercício da atividade fiscalizatória.

A Constituição do Estado de São Paulo, por sua vez, dispôs de forma mais minuciosa sobre as competências das Comissões, conferindo maior abrangência às funções de acompanhamento e fiscalização das atividades do Poder Executivo, conforme se verifica da leitura do § 1º de seu artigo 13, *in verbis*:

“§ 1º- Às Comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

1 - discutir e votar projetos de lei que dispensarem, na forma do Regimento Interno, a competência do Plenário, salvo se houver, para decisão deste, requerimento de um décimo dos membros da Assembléia Legislativa;

2 - convocar Secretário de Estado para prestar, pessoalmente, no prazo de trinta dias, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada;

3 - convocar dirigentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, para prestar informações sobre assuntos de área de sua competência, previamente determinados, no prazo de trinta dias, sujeitando-se, pelo não-comparecimento sem justificção adequada, às penas da lei;

4 - convocar o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado e o Defensor Público Geral, para prestar informações a respeito de assuntos previamente fixados, relacionados com a respectiva área;

5 - acompanhar a execução orçamentária;

6 - realizar audiências públicas dentro ou fora da sede do Poder Legislativo;

7 - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

8 - velar pela completa adequação dos atos do Poder Executivo que regulamentem dispositivos legais;

9 - tomar o depoimento de autoridades e solicitar o de cidadão;

10 - fiscalizar e apreciar programas de obras, planos estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento e, sobre eles, emitir parecer;

11 - convocar representantes de empresa resultante de sociedade desestatizada e representantes de empresa prestadora de serviço público concedido ou permitido, para prestar informações sobre assuntos de sua área de competência, previamente determinados, no prazo de 30 (trinta) dias, sujeitando-se, pelo não-comparecimento sem adequada justificação, às penas da lei.”

Denota-se que as competências atribuídas às Comissões constituem decorrências das atribuições conferidas ao próprio Poder Legislativo, principalmente no tocante ao exercício da fiscalização dos atos do Poder Executivo, conforme já acima examinado.

Ao lado das comissões permanentes, a Constituição Federal também prevê as comissões temporárias, as Comissões Parlamentares de Inquérito e a Comissão representativa do Congresso Nacional durante o recesso, nada impedindo que os regimentos das Casas Legislativas disponham sobre outras espécies, como por exemplo, as Comissões de Representação, previstas no artigo 35 do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, tendo por finalidade a representação da Assembléia em atos externos.

#### **4. COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO**

Importante instrumento da atuação fiscalizatória do Poder Legislativo reside nas Comissões Parlamentares de Inquérito, cuja disciplina encontra-se prevista no artigo 58, § 3º da Constituição Federal, *in verbis*:

“§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

As Comissões Parlamentares de Inquérito são detentoras dos poderes mais amplos e elásticos colocados à disposição do Poder Legislativo para o exercício de sua típica função de fiscalização. Com efeito, às CPI's foram conferidos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, o que não se observa no tocante às demais comissões parlamentares e órgãos do Poder Legislativo, bem como aos seus próprios membros.

A função fiscalizatória das CPI's encontra-se intimamente relacionada ao desempenho das atividades do Poder Legislativo, constituindo, em verdade, um meio para que a atividade legislativa seja exercida em sua plenitude. Conforme nos esclarece JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, ao analisar os poderes de investigação do Congresso norte-americano:

“(…) Não se pode negar que o poder de investigação é um auxiliar essencial da função legislativa. O devido exercício desta função pressupõe a existência de um juízo, formado por parte dos membros

da Assembléia Legislativa. Harry S. Truman afirmou que um Congresso informado é um Congresso prudente. Um Congresso não informado, seguramente, perderá grande parte do respeito e da confiança do povo. É através do uso de seu poder de investigação que o Congresso obtém dados necessários, que o faculta para o exercício de suas funções (...)" (*Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito*, p.4)

Dessa forma, a faculdade fiscalizatória do Poder Legislativo não representa um fim em si mesma, mas sim um instrumento para a consecução de suas funções constitucionais.

Com efeito, em relação às atividades desenvolvidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, os dados e provas obtidos funcionarão como suporte a uma eventual atuação do Ministério Público, através do ajuizamento de ações judiciais visando a responsabilização civil e criminal dos responsáveis pelos danos ocasionados ao patrimônio público, aqui entendido em sua mais ampla conotação, bem como à atuação do próprio Poder Legislativo, mediante o exercício da iniciativa legislativa tendente à correção de eventuais distorções verificadas por meio da atividade fiscalizatória, sem prejuízo, ainda, do encaminhamento a outros órgãos ou autoridades públicas competentes para a adoção de providências.

Em razão da natureza instrumental do poder de investigar, alguns estudiosos do tema acabam por concluir que as Comissões Parlamentares de Inquérito não exercem propriamente controle sobre os atos da Administração Pública, mas sim investigação, que possuiriam âmbitos de atuação diversos. Nesse sentido, ALEXANDRE ISSA KIMURA, ao fazer a diferenciação entre o poder de controle e a fiscalização:

“Cumprе ressaltar que a Comissão Parlamentar de Inquérito, por si só, não exerce poder de controle sobre atos da Administração Pública. Cabe a ela a investigação.

(...)

Fiscalizar equivale a investigar; controlar significa ter poder de decisão. A investigação é, lógica e cronologicamente, anterior ao poder de controle.

(...)

A Comissão Parlamentar de Inquérito atua como instrumento adequado à elucidação do fato determinado, com o intuito de, posteriormente, qualquer dos Poderes ou órgãos encarregados de interferir na normalização da situação -nesse momento posterior, já exercendo controle externo ou interno-, alcancem os objetivos que promovam o retorno à situação regular, bem como do cumprimento do interesse público.” (*CPI: teoria e prática*, p. 17)

Dessa forma, o controle propriamente dito seria exercido apenas em momento posterior, mediante a adoção de providências pelos Poderes ou órgãos competentes, v.g., o Ministério Público.

A própria Constituição Federal estaria a contemplar a diferenciação, ao conferir, em seu artigo 49, inciso IX, competência ao Congresso Nacional para “**fiscalizar e controlar** os atos do Poder Executivo” (g.n.)

Deve-se, por oportuno, atentar para o fato de que as Comissões Parlamentares de Inquérito nem sempre têm por objeto a investigação de fatos relacionados à Administração Pública, podendo, dessa forma, também recair sobre irregularidades não verificadas no âmbito administrativo, mas com forte conteúdo de ordem política, econômica ou social, a caracterizar a existência de interesse público como fundamento para a atuação do Poder Legislativo.

Utilizando-se, mais uma vez, das considerações trazidas por ALEXANDRE ISSA KIMURA, tem-se que:

“As que investigam irregularidades na administração pública têm, predominantemente, a função subsidiária de municiar um posterior controle pelo próprio Poder Legislativo (controle parlamentar direto). Podem, inclusive, contribuir para a deflagração de processo para apuração de crime de responsabilidade ou comum das autoridades que praticaram o fato investigado. As que investigam aspectos de ordem política, social ou econômica não diretamente vinculados à irregularidade administrativa têm como missão: a) elaborar estudos para deflagrar nova legislação acerca do fato discutido; b) requerer às autoridades públicas providências para a efetivação de medidas fundamentais para normalizar a ordem vulnerada e; c) possibilitar o esclarecimento e atenção do fato junto à opinião pública.” (op. cit, p. 22).

Verifica-se, assim, que independentemente do objeto investigado, destaca-se o caráter instrumental e preparatório da atividade desenvolvida pelas Comissões Parlamentares de Inquérito visando a posterior atuação legislativa do Parlamento, bem como o exercício do controle propriamente dito, a cargo dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e dos demais órgãos que se apresentarem competentes.

## **5. CONCLUSÃO**

Esses são, em suma, ao lado dos mecanismos voltados à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, que mereceriam estudo em separado, os principais instrumentos de que dispõe o Poder Legislativo para a realização de sua atribuição fiscalizatória, atentando, ainda, para a importância da atuação individual de cada parlamentar, através da realização de diligências pessoais e de pronunciamentos verbais, levando ao conhecimento dos demais parlamentares, bem como do público em geral, a ocorrência das irregularidades constatadas.

## **BIBLIOGRAFIA**

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral das Comissões Parlamentares: comissões parlamentares de inquérito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.4.

BUGARIN, Bento José. O Controle Externo no Brasil: Evolução, Características e Perspectivas. Revista dos Tribunais de Contas da União, Brasília, v. 31, n. 86, p. 338-352, out/dez 2000.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Controle Parlamentar da Administração. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 148-153, out/dez 1990.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre Poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Sérgio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 188, p. 64-73, abr/jun 1992.

KIMURA, Alexandre Issa. CPI: teoria e prática. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MEDAUAR, Odete. Controle Parlamentar da Administração Pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 107, p. 111-130, jul/set 1990.

MELLO, Vanessa Vieira de. Regime Jurídico da Competência Regulamentar. São Paulo: Dialética, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

(\*) A autora é Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, com especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Magistratura.



# DOS BENS NA PARTE GERAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL

René Luiz Moda (\*)

1. Introdução. 2. O direito público e o poder de império. 3. A sistematização do novo Código Civil. 4. Das principais inovações relativa aos bens na parte geral do novo Código Civil. 5. Dos bens em comércio. 6. Coisa e bem: da uniformização terminológica. 7. Das pertenças. 8. Dos bens divisíveis. 9. Dos bens reciprocamente considerados. 10. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

É comum na doutrina apontar-se a distinção, na vasta árvore jurídica, inicialmente, em dois grandes ramos ou duas grandes vertentes do direito: o Direito Público e o Direito Privado. Não há unanimidade acerca do critério a empregar-se para se proceder a tal distinção, embora já conhecida desde o direito romano. Recolhemos do Digesto<sup>1</sup> a seguinte passagem, de ULPIANO<sup>2</sup>: *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.* Significado: “No estudo do Direito, dois são os aspectos: o público e o privado. O Direito Público diz respeito às coisas do Estado, o Privado, à utilidade dos particulares”. Os romanos distinguiram o Direito entre Público e Privado em função do interesse envolvido. Se relacionado ao Estado era Direito Público, se relacionado somente a particulares, era interesse de Direito Privado. Hodiernamente sabemos que este critério não é à prova de falhas, pois relações jurídicas há em que o Estado comparece na qualidade de particular, e.g., em uma mera relação locatícia.

<sup>1</sup> O *Digesto* é a mais importante das quatro partes que compunham o Corpus Juris Civilis, que foi a Compilação do Direito Civil Romano ordenada pelo Imperador Justiniano contendo as *responsa prudentium*, ou seja, respostas dadas pelos juristas às questões que eram submetidas à sua apreciação. Denominava-se também *pandectas*. (Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1998, p.133, v.2.)

<sup>2</sup> “As obras de Ulpiano, um dos grandes juristas do período clássico, influenciaram a evolução do direito romano e bizantino. Domício Ulpiano nasceu em Tiro, Fenícia, na segunda metade do século II. Residente desde a juventude em Roma, ocupou cargos administrativos importantes nos reinados de Sétimo Severo, Caracala e Alexandre Severo. Começou a carreira como assessor do jurista imperial Papiniano, entre os anos 205 e 211. Sob Caracala, dedicou-se ao magistério. Banido depois da morte de Caracala, voltou a Roma a chamado de Alexandre Severo, que em 222 o nomeou seu principal conselheiro e comandante da guarda pretoriana. O espírito humanista e eqüitativo de Ulpiano, que inspirou à Alexandre Severo a tolerância para com os cristãos, marcou também sua vasta obra jurídica. Escrita na maior parte entre 212 e 217, nela se destacam as coleções *Libri ad Sabinum* (Livros contra Sabino) e *Libri ad edictum praetoris urbani* (Livro sobre os editos dos pretores urbanos), comentários sobre direito privado, penal e administrativo. A reputação de Ulpiano cresceu após sua morte. A “lei das citações” de 426 incluiu-o entre os cinco juristas cuja opinião deveria ser considerada lei na administração da justiça. Seus trabalhos constituíram fonte fundamental do *Digesto* (533), compilação legislativa efetuada por ordem de Justiniano I, obra decisiva para a preservação do direito romano na cultura ocidental. Tendo procurado limitar o poder do pretoriano, Ulpiano foi assassinado por eles em Roma, no ano 228, diante do imperador, que teria o mesmo destino, sete anos depois”. (*Nova Enciclopédia Barsa*. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações, 1998, p.233, v. 14)

## 2. O DIREITO PÚBLICO E O PODER DE IMPÉRIO

Outro critério foi apresentado, com vantagem, por JELLINECK<sup>3</sup>, em sua Teoria Geral do Estado. Ensina o jurista alemão que o ponto nodal da questão está em que o Direito Público regula relações em que o Estado comparece com o seu poder de *imperium*.<sup>4</sup> Nessas relações, uma das partes comanda e outra é comandada. Há, portanto, relação de subordinação. Já o Direito Privado regula relações jurídicas em que as partes comparecem em situação de igualdade, no mesmo patamar, em relação de coordenação. Não há, entre os sujeitos das relações jurídicas de Direito Privado, relação de subordinação. Este critério apresentado por JELLINECK, embora também não se apresente à prova de falhas, tem conseguido um número crescente de defensores.

O ramo do Direito Privado é composto pelo Direito Civil e pelo Direito Comercial. O ramo do Direito Público é composto pelas demais disciplinas jurídicas, sem que haja unanimidade sobre ocupar o Direito Internacional Privado e o Direito do Trabalho a vertente do Direito Público ou do Privado.

A disciplina privatística pátria foi recentemente alterada com a entrada em vigor da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil brasileiro.

O Código Civil revogado, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que teve como grande idealizador o jurista CLÓVIS BEVILÁQUA, foi primeiramente dividido em duas partes, a geral e a especial. A parte geral foi sub-dividida em três livros: o Livro I, das Pessoas; o Livro II, dos Bens; e o Livro III, dos Fatos Jurídicos. A parte especial, a seu turno, também foi subdividida, porém em quatro livros: o Livro I, do Direito de Família; o Livro II, do Direito das Coisas; o Livro III, do Direito das Obrigações; e o Livro IV, do Direito das Sucessões.

## 3. A SISTEMATIZAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil manteve a divisão clássica adotada pelo CC1916 em partes geral e especial. Manteve também toda a composição dos livros da parte geral do CC1916: Pessoas, Bens e Fatos Jurídicos. Na parte especial houve alterações, com o acréscimo de dois livros. O Livro I passou a ser o Direito das Obrigações; o Livro II, o primeiro dos livros acrescidos, trata do

---

<sup>3</sup> Georg Jellineck, jurista alemão, nasceu em Leipzig, em 1851 e faleceu em Heidelberg, em 1911. Consagrou à filosofia e à ciência do direito grande número de obras, das quais a mais importante é *Das Recht des modernen Staates* (O direito dos Estados modernos), de que foi publicada a primeira parte, intitulada *Allgemeine Staatslehre* (Teoria Geral do Estado) em 1900. De valor especial é seu estudo histórico *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (A declaração dos direitos do homem e do cidadão) de 1895, que esclarece as origens anglo-saxônicas e calvinistas desses princípios. (*Grande Enciclopédia Larousse*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1998. p.3.328, v.14)

<sup>4</sup> É o critério adotado por Paulo Ferreira da Cunha e Ricardo Dip: “Numa relação entre o Estado e um particular deve atender-se à qualidade de que se reveste o primeiro para se saber se se está perante uma relação pública ou privada. Se o Estado se encontrar investido da sua supremacia, da sua especial força, do seu poder de império (*jus imperii*), então a relação é de Direito Público. Se atuar como se fosse um simples particular, desprovido desse *imperium*, então estamos diante de uma relação jurídica privatística” (*Propedêutica jurídica: uma perspectiva jusnaturalista*, p. 243).

Direito da Empresa e enfeixa em suas disposições o direito empresarial, assunto anteriormente regulado pelo Código Comercial e leis esparsas; o Direito das Coisas passou a ser tratado pelo Livro III; o Livro IV passou a ser o do Direito de Família; o Livro V, o do Direito das Sucessões e, finalmente, o segundo livro acrescido, pois não constava da sistematização do CC1916, é um Livro Complementar, não numerado, composto das disposições finais e transitórias.

#### **4. DAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES RELATIVAS AOS BENS NA PARTE GERAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

Houve inovações de maior ou menor monta em todos os livros do novo Código Civil. Vejamos, neste passo, as principais inovações levadas a efeito no Livro II da parte geral, denominado *Dos Bens*.

#### **5. DOS BENS EM COMÉRCIO**

O Código revogado tratava, dentro do Livro II da parte geral, de dois capítulos que deixaram de fazer parte do respectivo Livro II do CC2002. Deixou de tratar a nova legislação das coisas que estão fora do comércio, assunto que compunha o Capítulo IV do Livro II da parte geral do CC1916. O Capítulo V, que tratava do bem de família na legislação anterior, não aparece reproduzido no Livro II do CC2002, pois foi transferido para o Livro do Direito de Família.

O fato de o CC2002 não tratar das coisas que estão fora do comércio, em verdade, nenhum prejuízo traz à inteligência de que o artigo 69 do Código revogado, com a dicção: “São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis” continua indene em sua aplicabilidade, embora não mais em razão de *lege lata*, mas por questão de lógica jurídica. Assim é porque, embora o dispositivo legal revogado não tenha merecido reprodução no novo diploma civilista, as coisas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis continuam fora do comércio, agora por exclusão. Tudo que não estiver em comércio, por exclusão e por não haver uma terceira possibilidade, estará fora do comércio.

Já o bem de família deixou de compor o Livro II da parte geral para compor, no CC2002, o Livro IV, que trata do Direito de Família. A nosso juízo, coerente o deslocamento do instituto do bem de família para o Livro IV, por tratar-se de questão patrimonial diretamente afeta a relações de família.

#### **6. COISA E BEM: DA UNIFORMIZAÇÃO TERMINOLÓGICA**

Outra questão a merecer destaque é uma sutil uniformização terminológica. No regramento relativo aos bens, na parte geral, o legislador de 1916 utilizou ora a palavra “coisa”, ora a palavra “bem”, com distinção de gênero e espécie. A distinção entre “bem” e “coisa” parece residir em sua amplitude semântica. A palavra *bem* tem amplitude semântica maior que a palavra *coisa*, pois há *bens* que não são *coisas*. Toda *coisa* tem corpo, é tangível, mas nem todo *bem* o é. O direito à sucessão aberta, por exemplo, é *bem*, mas não é *coisa*. Pode ser composto de coisas, mas também pode não

sê-lo. Alguém pode suceder a outrem e os direitos sucessórios serem compostos apenas de direitos creditórios. O CC1916 fazia tal distinção, não mais prestigiada pelo legislador de 2002, que entendeu utilizar-se apenas do designativo do gênero: a palavra *bem*.

## **7. DAS PERTENÇAS**

O capítulo dedicado aos bens considerados em si mesmos, tanto no CC1916 quanto no CC2002, é aberto com a caracterização de bens imóveis. A distinção é que no CC1916 o assunto era tratado exaustivamente. Imóvel, para o legislador de 1916, era o solo e sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo. Considerava, ainda, imóvel por destinação, tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano, e ainda tudo quanto no imóvel o proprietário mantivesse intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade. O novo Código Civil apenas dispôs, em seu artigo 79, que “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar naturalmente ou artificialmente”. Não repetiu, portanto, a descrição exaustiva dos bens imóveis, mas adotou, em complementação e em dispositivo que compõe o capítulo dos bens reciprocamente considerados, o moderno conceito de “pertencas”, que são os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

As pertencas não são nada mais que os bens incorporados ao principal por destinação humana de que tratava o CC1916, porém recebeu, no CC2002, um tratamento genérico. O avanço verificado na adoção do conceito de pertencas reside na disposição do artigo 94 do CC2002, no sentido de que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertencas, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso. A adoção do conceito de pertencas positivou o entendimento jurisprudencial mais consentâneo com o que de ordinário ocorre no dia a dia das pessoas. Quem aliena um bem imóvel não deseja alienar, sempre e necessariamente, tudo que nele se encontra incorporado. A jurisprudência já vinha considerando que os bens incorporados por destinação ao bem imóvel para o uso, o serviço ou o aformoseamento, ainda que de modo duradouro, salvo se o contrário resultar da lei ou da manifestação de vontade, não seguem a sorte do principal. Aqui encontramos uma exceção ao princípio de que o bem acessório segue a sorte do principal.

## **8. DOS BENS DIVISÍVEIS**

Estatuía o Código Civil revogado como coisas divisíveis aquelas que se podem partir em porções reais e distintas, formando, cada qual, um todo perfeito, e como coisas indivisíveis, os bens que não se podem partir sem alteração na sua substância. Considerava também indivisíveis os bens que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por força da lei, ou vontade das partes.

No universo natural, em rigor, tudo, ou quase tudo é divisível. Podemos partir um animal ao meio, assim com é possível partir um brilhante, um prédio, um relógio ou uma relíquia antiga, em muitas partes. Mas seria factível, de uma perspectiva prática, levar-se a efeito tais partições? Vejamos um exemplo. Digamos que uma relíquia histórica pertencente a mais de um proprietário, e para ilustrar o raciocínio tomemos como exemplo a espada com a qual D. PEDRO I proclamou a independência do Brasil, venha a ser objeto de disputa que leve os co-proprietários a requererem o fim da co-propriedade. De uma perspectiva objetiva, a partição da relíquia, em partes iguais, seria possível, e sem muitas dificuldades, a qualquer serralheiro. Mas de uma perspectiva histórica e econômica é de uma clareza solar que tal procedimento não teria sentido algum em face da imensa diminuição de valor que experimentaria o artefato histórico.

Ocorre que o legislador pátrio não considerava a divisibilidade ou indivisibilidade de um bem em razão de sua diminuição de valor, pois adotou o conceito de substância. Fê-lo, como ensina SILVIO RODRIGUES<sup>5</sup>, a desprestígio ao critério proposto por CLÓVIS BEVILÁQUA, que propunha em seu projeto do Código Civil o critério econômico e não o critério da substância.

O legislador de 2002, possivelmente na consideração de que a divisibilidade ou não de um determinado bem é questão muito mais patrimonial do que meramente material, e também ciente da existência de doutrina e jurisprudência torrenciais no sentido de que a indivisibilidade não é material ou intelectual, mas econômico-jurídica, entendeu retomar o melhor critério proposto por BEVILÁQUA e novamente proclamar que bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor ou prejuízo do uso a que se destinam. Manteve o novo Código Civil a indivisibilidade de natureza intelectual, o que significa que os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou pela vontade das partes.

## 9. DOS BENS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS

O legislador de 2002, nas disposições da parte geral do Código Civil acerca dos bens reciprocamente considerados, após repetir o CC1916 no sentido de que *principal* é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente e *acessório* aquele cuja existência supõe a do principal, não repete o artigo 59 do revogado Código que dispunha seguir a coisa acessória a sorte da principal, salvo disposição em contrário.

Nem por isso se há de entender que a vetusta parêmia romana *accessorium sequitur principale*, a apontar que a coisa acessória segue a principal, deixa de vigorar. E que, a uma, tal regra pertence ao campo da lógica jurídica, pois a relação principal/acessório foi mantida pelo CC2002. Verificada a manutenção da relação, não há como se concluir possa algo acessório, salvo disposição legal ou acordo de vontades, prescindir do principal ou mesmo a este se sobrepor; a duas, porque o CC2002, embora não repetindo a regra genérica, continua a repeti-la de maneira específica em sua parte especial. Vejamos os seguintes exemplos, todos do novo diploma civil: O art. 233 estatui

---

<sup>5</sup> *Direito Civil*, p. 132.

que a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso; o art. 287, por sua vez, disciplina a cessão de crédito no sentido de que, salvo disposição em contrário, em tal cessão abrangem-se todos os seus acessórios; na extinção das obrigações e no capítulo da novação dos títulos, dispõe o CC2002, em seu artigo 364, que a novação extingue os acessórios e garantias da dívida sempre que não houver estipulação em contrário; e o art. 1.209 dispõe que a posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem. Os citados artigos 233, 287, 364 e 1.209 demonstram que o legislador não pretendeu, em nenhum momento, subordinar a sorte do bem acessório, à do bem principal. Toda a teoria do Direito Civil relativa a acessões, acrescenta-se, assenta-se na regra de que a sorte do bem acessório segue a do principal.

A distinção entre bem acessório e principal, bem como a regra de seguir a sorte do bem acessório à do principal, não é questão meramente acadêmica. A relevância jurídica na manutenção destes conceitos está em que, por exemplo, se uma obrigação for nula, nula serão suas cláusulas acessórias, como a cláusula penal. Se o bem acessório segue a sorte do bem principal, quem for proprietário do bem principal, salvo disposição em contrário, também o será do bem acessório. O credor que tem direito ao recebimento de um bem pode reclamar também seus acessórios, salvante, sempre, disposição legal ou convencional em contrário.

## **10. CONCLUSÃO**

O legislador pátrio procedeu, através da edição do novo Código Civil, a uma atualização no regime jurídico geral dos bens. Fê-lo, no entanto, nos limites dos entendimentos já consagrados na doutrina e na jurisprudência pátria, de sorte que nada alterou que não fosse já pacificado e aprovado pela experiência jurídica.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia, 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo; DIP, Ricardo Henry Marques. Propedêutica jurídica: uma perspectiva jusnaturalista. Campinas: Millennium, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1.

(\*) O autor é Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Presidente da Comissão Processante Permanente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Direito Integrado da Universidade Paulista.

# HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Alexandre Issa Kimura (\*)

1. Introdução. 2. Interpretação constitucional e sua especificidade. 3. Sujeitos da interpretação constitucional. 4. A distinção entre “regras” e “princípios” e sua relevância para a interpretação constitucional. 5. Parâmetros da interpretação constitucional. 5.1. J. J. Gomes Canotilho. 5.2. Luís Roberto Barroso. 5.3. Celso Ribeiro Bastos. 6. Os métodos da interpretação constitucional. 6.1. Método jurídico ou clássico. 6.2. Método científico-espiritual. 6.3. A “tópica”. 6.3.1. Método concretista da Constituição aberta. 6.4. Método hermenêutico-concretizador. 6.5. Método concretista de Friedrich Müller.

## 1. INTRODUÇÃO

Hermenêutica e interpretação não são termos equivalentes. Consoante CARLOS MAXIMILIANO, interpretação é a aplicação da hermenêutica<sup>1</sup>. A hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação, vale dizer, “a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.

A hermenêutica é a ciência que, abstratamente, apresenta à ação interpretativa os métodos e processos que devem ser observados pelo intérprete. A interpretação, assim, opera-se no caso concreto, conferindo ao sujeito a tarefa de extrair o real alcance, o significado da norma jurídica.

Para CELSO RIBEIRO BASTOS, a interpretação é sempre concreta, o que equivale dizer que só é passível de exercitar-se a interpretação quando se está diante de um caso a merecer decisão<sup>2</sup>. Em síntese, especifica que “a interpretação tem sempre em vista um caso determinado”. A hermenêutica, de sua parte, tem por objeto os enunciados, fórmulas que serão utilizadas pelo intérprete<sup>3</sup>.

Interpretar, na lição de CARLOS MAXIMILIANO, é “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo que na mesma se contém”<sup>4</sup>.

Na ciência do direito, a interpretação é ato indispensável para a efetiva aplicação da norma<sup>5</sup>. Lembra PAULO BONAVIDES que “não há norma jurídica

---

<sup>1</sup> *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.1.

<sup>2</sup> *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p.21.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p.78.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p.9, nota 1.

<sup>5</sup> Eros Roberto Grau anota: “*Interpretação e aplicação* não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [Gadamer 1991:397]; a interpretação do direito consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação* [Gadamer 1991:401]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só

que dispense interpretação”<sup>6</sup>. Do mesmo modo, JORGE MIRANDA é elucidativo: “não é possível aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação”<sup>7</sup>.

O Supremo Tribunal Federal expressou a percepção doutrinária, ao assinalar que “o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade”<sup>8</sup>. Em seguida, registrou que “a interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais - por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais - não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República”<sup>9</sup>.

A interpretação da Constituição Federal ostenta peculiaridades próprias que a diferencia da interpretação das demais normas jurídicas. No entanto, não se afasta dos métodos e princípios interpretativos clássicos<sup>10</sup>, como adiante se verá.

## 2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA ESPECIFICIDADE

O direito, enquanto sistema sintático<sup>11</sup>, pode ser definido como *conjunto de normas que se relacionam entre si, formando um todo unitário e autônomo*. O caráter constitutivo do sistema jurídico reside no relacionamento entre os elementos que o compõem (Constituição, Leis, Decretos, etc.), envolvendo dois aspectos: de uma parte, o *formal*, e, de outra, o *material*.

Expressa PAULO DE BARROS CARVALHO:

“(...) como sistema nomoempírico prescritivo, o direito apresenta uma particularidade digna de registro: as entidades que o compõem estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe permite possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações.

---

operação [Marí 1991:236]. *interpretação e aplicação* consubstancia um processo unitário [Gadamer 1991:381], se superpõem” (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo: Malheiros, 2002, p.76).

<sup>6</sup> *Curso de direito constitucional*, 10.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.398.

<sup>7</sup> *Manual de direito constitucional*, 4.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.258, tomo II.

<sup>8</sup> Recurso extraordinário nº 250.393 (AgRg) - RS, j. 26-10-1999, 2ª T. do STF, Relator Ministro Celso de Mello, RTJ 173/341.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Uadi Lammêgo Bulos, em sentido contrário, entende que “inexistem diferenças entre a interpretação jurídica em geral e a interpretação dos preceptivos constitucionais”. Lembra que “a interpretação constitucional não difere da interpretação das demais normas jurídicas. Ambas seguem os mesmos cânones hermenêuticos, apontados pela ciência jurídica” (*Manual de interpretação constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997, p.14). Aduz, também, que “os aspectos político e tipológico, suscitados pelos escritores, com o intuito de especificarem a índole da interpretação constitucional, não alcançam um resultado satisfatório” (op. cit., p.19).

<sup>11</sup> No âmbito da semiótica, o signo pode ser estudado sob três dimensões: a sintaxe, a semântica e a pragmática. Na sintaxe (sistema sintático) leva-se em conta as relações formais existente entre os signos.



Examinado o sistema de baixo para cima, cada unidade normativa se encontra fundada, material e formalmente, em normas superiores. Invertendo-se o ângulo de observação, verifica-se que das regras superiores derivam, também material e formalmente, regras de menor hierarquia”<sup>12</sup>.

A presente discussão é margeada pela relação constitucionalidade / inconstitucionalidade. Esta assertiva é bem sintetizada por JORGE MIRANDA, ao expor que “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - uma norma ou um ato - que lhe está ou não conforme, que com ele é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido”<sup>13</sup>.

A Constituição positiva é o fundamento último de validade das normas (dos elementos) que compõem o sistema jurídico. O sistema jurídico não comporta elementos que são relacionalmente inválidos<sup>14</sup>.

Em outras palavras, a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico. Esta particular condição normativa deflagra determinados aspectos que singularizam a teoria da interpretação constitucional, se confrontada com a teoria da interpretação das leis em geral.

Face esta posição singular, a interpretação da Constituição deve levar em conta específicas regras hermenêuticas, sem se desvincular dos métodos e critérios tradicionais.

CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITO, detectando a especificidade da interpretação constitucional, alertam:

“Vê-se, para logo, que o nosso intento doutrinário é distinguir, sem separar. Isto é, sem negar que os modelos jurídicos sejam umbilicalmente unidos, formando um todo compacto e indissociável, pensamos que os de índole constitucional agregam, aos caracteres básicos de todo o conjunto, traços complementares que lhes são privativos. Daí justificam e até mesmo exigem, por merecimento intrínseco ou virtude própria, o recorte de moldes interpretativos ajustados à respectiva silhueta. Melhor falando, justificam a formulação de uma técnica especial de manejo dos já conhecidos métodos de interpretação jurídica, principalmente o histórico, o lógico-sistemático e o teleológico”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> *Direito tributário: fundamentos jurídicos de sua incidência*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.45.

<sup>13</sup> *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.11.

<sup>14</sup> Marcelo Neves considera que “as normas jurídicas, enquanto proposições integrantes de um sistema nomoempírico prescritivo, não estão no plano do ser, constituindo estrutura de significação deontica (dever-ser), condicionadas e condicionantes de um determinado contexto fático-ideológico”. Em seguida, aduz que “do ponto de vista interno, uma norma pertence ao ordenamento jurídico: 1) quando emana de um ato formal de órgão do sistema, isto é, de órgão previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário, e ainda não foi desconstituída por invalidade ou revogada; 2) quando resulta de fato costumeiro a que o núcleo normativo originário, direta ou indiretamente, atribui efeito normativo. Em outras palavras, pertencem ao sistema jurídico todas as normas que possam retrotrair imediata e mediatamente ao núcleo normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos de produção jurídica” (*Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo: Saraiva, 1978, p.42-43).

<sup>15</sup> *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982, p.11-12.

Assim, evidencia-se a especificidade da interpretação constitucional pelas seguintes razões:

a) *Inicialidade fundante da Constituição*

As normas constitucionais, por sua supremacia, não podem ser contrariadas pelas demais normas do sistema, isto é, a Constituição representa o vetor, o fundamento último de validade das demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, “as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, com base nela, mas não o contrário”<sup>16</sup>. Ao contrário das leis infraconstitucionais, na interpretação das normas constitucionais não há outro vetor normativo que não sejam as próprias normas que integram a Constituição.

b) *Conteúdo político das normas constitucionais*

A Constituição é, essencialmente, composta de princípios e regras representativos de valores e ideologias existentes numa determinada sociedade. Esta é a razão pela qual na Constituição é possível observar, com maior nitidez, a proximidade existente entre o político e o jurídico. A Constituição é, antes de tudo, um pacto político.

RAÚL CANOSA USERA é lapidar:

“Precisamente, la Carta juridifica algunos de los motivos políticos e ideológicos más sobresalientes en la vida de la Comunidad Nacional. Com arreglo al material que el operador de la interpretación constitucional debe manejar, la valoración de estos motivos cobra una especialísima dimensión. Valorar estos motivos significa, claro está, interpretarlos; de ahí que, al hablar de la orientación política, concluyéramos encuadrando ésta dentro de las formas de representación del objeto interpretativo constitucional”<sup>17</sup>.

A extração do significado do texto constitucional depende do equilíbrio entre: (a) o espírito que previamente informou a alocação positiva das aspirações da comunidade e, (b) a conformação do texto às circunstâncias históricas e sociais.

J. H. MEIRELLES TEIXEIRA explica que interpretar a Constituição significa “compreender o sentido e o alcance de suas normas, pelo exato entendimento das suas expressões, de acordo com suas finalidades, e tendo em vista as condições e necessidades sociais de cada época”<sup>18</sup>.

c) *A estrutura da linguagem constitucional*

ROBERT F. TERWILLIGER considera que “para o psicólogo, o estudo da linguagem diz respeito a algo que fazem os que da mesma linguagem se utilizam; em outras palavras, *a linguagem consiste em algo que se expressa através deste ou daquele tipo de comportamento adotado por quem usa a linguagem*”<sup>19</sup>(g.n.).

---

<sup>16</sup> Ibid., p.13.

<sup>17</sup> *Interpretacion constitucional y formula politica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p.116.

<sup>18</sup> *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.268.

<sup>19</sup> Ibid., p.27.

HANS-GEORG GADAMER expõe:

“Não precisamos, pois, demonstrar a tese de que todo entendimento é um problema de linguagem e de que o sucesso ou fracasso no entendimento só se obtém no elemento da condição de linguagem. Todos os fenômenos do entendimento, da compreensão e da incompreensão, que formam o objeto da assim chamada hermenêutica, representam um fenômeno de linguagem. Mas a tese que pretendo discutir dá um passo ainda mais radical. A tese afirma que não apenas o processo do entendimento entre os seres humanos, mas também o próprio processo da compreensão representa um acontecimento de linguagem mesmo que se volta para algum aspecto fora do âmbito da linguagem ou escuta a voz apagada da letra escrita. (...)”<sup>20</sup>.

RODOLFO VIANA PEREIRA, em sua obra *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*<sup>21</sup>, afirma que “não se pode esquecer que o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados lingüisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento”.

Ciência é linguagem. A Ciência do Direito expressa-se por linguagem. A Constituição, norma componente do sistema jurídico, se expressa mediante linguagem e, nesta perspectiva, exprime “um sistema de comportamento a ser adotado num determinado Estado”.

A função da “linguagem constitucional” é transmitir, sinteticamente, a rotulação ideológica e valorativa de determinado Estado. Em decorrência, na interpretação da Constituição deve prevalecer o significado comum dos termos, pois a Constituição dirige-se, acima de tudo, ao povo. Uma das notas fundamentais que singularizam a interpretação constitucional deriva da seguinte circunstância: *o comportamento do intérprete da Constituição não pode ser condicionado ao significado técnico que o termo possa ter*.

Demais, a linguagem constitucional é composta de termos abertos, vale dizer, é formada por termos com significado flexível, que possibilitam ao intérprete a adaptação da norma à realidade. Tal característica, no entanto, não representa a idéia de que os termos do texto constitucional são indetermináveis. Ao contrário, a determinabilidade do termo - denotando-o e conotando-o -, se opera mediante a extração do significado adequado, levando em conta as circunstâncias ideológicas e valorativas que informaram o espírito constituinte, bem como a harmonização do texto constitucional com o seu tempo<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> *Verdade e método II*, Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p.216.

<sup>21</sup> *Hermenêutica filosófica e constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.50.

<sup>22</sup> “A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. o reconhecimento destas **mutações constitucionais silenciosas** (*‘stille verfassungswandlungen*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional”. (J. J. Gomes Canotilho, *direito constitucional e teoria da Constituição*, 3.ed., [s.l.]: Livraria Almedina, [s.a.p.], 1154).

Como se vê, as três características mencionadas atribuem à interpretação constitucional certas peculiaridades que não são apreendidas na interpretação das demais leis e atos normativos.

### 3. SUJEITOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

PETER HÄBERLE<sup>23</sup> prescreveu uma teoria da interpretação constitucional na qual, ao reconhecer que a Constituição é interpretada por uma sociedade fechada (intérpretes jurídicos vinculados às corporações e aos participantes formais do processo constitucional), acaba por pregar a possibilidade de se vincularem ao processo interpretativo “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado em *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”

Propõe por critérios de interpretação mais abertos (interpretação em sentido lato), pois “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”<sup>24</sup>.

Para HÄBERLE:

“(...) povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”<sup>25</sup>.

Alerta que “na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição. Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público”<sup>26</sup>.

Destarte, esta pluralidade de intérpretes decorre da supremacia da Constituição, pois a ela todos se sujeitam. Reconhece-se, desta forma, que a interpretação da Constituição é legitimamente exercida pelos Poderes Executivo, Legislativo (interpretação político-legislativa) e Judiciário (interpretação jurisdicional); pela doutrina (interpretação doutrinária); pelos cidadãos, isto é, por uma multiplicidade de intérpretes que representam fontes interpretativas de diversas naturezas.

Em decorrência, esta ampliação dos sujeitos-intérpretes da Constituição faz com que se desenvolva uma força normativa capaz de inspirar a Corte

---

<sup>23</sup> *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição* (trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p.12-13).

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p.37.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.37-38.

Constitucional a interpretar a Constituição em “correspondência com a sua atualização pública”<sup>27</sup>.

De certa forma, a proposta de HÄBERLE embasa a conformação social harmonizada com a textura aberta dos termos que compõem a Constituição.

Quanto ao presente ponto, por fim, cumpre notar a observação de PAULO BONAVIDES<sup>28</sup>, ao considerar que a proposta de PETER HÄBERLE, caracterizada como “método concretista da ‘Constituição aberta’”, sofreu profunda influência da tópica<sup>29</sup> - uma técnica de pensar por problemas -, isto porque “a interpretação tópica dá-se mediante um processo aberto de discussão de problemas”<sup>30</sup>.

#### 4. A DISTINÇÃO ENTRE “REGRAS” E “PRINCÍPIOS” E SUA RELEVÂNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Faz-se imprescindível a análise do tema “princípios constitucionais” pela relevância que ostenta para a sistematização dos cânones interpretativos constitucionais.

Diante das diversas acepções que o termo detém, não é tarefa fácil conceituar princípio. De plano, cumpre frisar que os princípios, assim como as regras, são espécies do gênero “norma jurídica”.

Quanto à questão relativa à configuração de “princípios constitucionais”, cumpre repisar o alerta dado por CANOTILHO acerca da distinção entre “princípios hermenêuticos” e “princípios jurídicos”. Os primeiros “desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição (cfr. Infra, cap. 3º, cânones da interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, analogia juris*)”<sup>31</sup>.

De outra banda, leciona que os princípios que se distinguem das regras são “verdadeiras normas, qualitativamente distintas das categorias de normas ou seja, das regras jurídicas”<sup>32</sup>. É neste segundo sentido que se trabalha com o termo “princípio”, isto é, diferenciando-o das regras.

EROS ROBERTO GRAU<sup>33</sup>, fixando o caráter normativo dos princípios, assevera que aqueles que integram o sistema jurídico podem ser: 1) explícitos,

---

<sup>27</sup> Ibid., p.41.

<sup>28</sup> *Curso de direito constitucional*, 11.ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.465.

<sup>29</sup> Conforme Manuel Atienza, “o que normalmente se entende hoje por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar raciocínios jurídicos. As três concepções mais relevantes são a *tópica* de Viehweg, a *nova retórica* de Perelman e a *lógica informal* de Toulmin” (*As razões do direito - teorias da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2000, p.59).

<sup>30</sup> Georges Salomão Leite, *interpretação constitucional e tópica jurídica*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.68.

<sup>31</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p.1.087, nota 22.

<sup>32</sup> Ibid., p.1087.

<sup>33</sup> Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125 e ss.

quando enunciados textualmente na Constituição ou na lei (*direito posto*); 2) implícitos, quando não expressamente enunciados nos textos legais, mas destes inferidos; 3) gerais de direito, também implícitos, porém em estado de latência sob dado ordenamento jurídico (*direito posto*), sendo coletados (descobertos) no correspondente direito pressuposto. Conforme a categoria em que se apresente o princípio, será mais concretizado e terá menos capacidade de otimização. Em regra, a maior otimização é conferida aos terceiros, reduzindo-se nos segundos e daí para os primeiros.

Todas estas categorias de princípios, inclusive, os gerais de direito, não são transcendentais. Não são resgatados de uma ordem suprapositiva ou do “direito natural”, de um ideal de “direito justo” ou de “idéia de direito”. Estão contemplados, em sua totalidade ou em parte, em determinado ordenamento jurídico de modo subjacente. Não são anteriores ou posteriores ao Direito, mas são o próprio Direito. Eles não precisam ser positivados, porque já são positivos, ainda que, por vezes, em estado latente. O intérprete jamais os cria; cumpri-lhe, em cada caso, perceber diretamente ou, se necessário, descobrir aquele ou aqueles aplicáveis e declará-los<sup>34</sup>.

Dada a capacidade que os princípios têm de revelar normas implícitas no sistema, eles cumprem importante papel na interpretação e aplicação do Direito.

A sempre citada definição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO é lapidar:

“Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”<sup>35</sup>.

Princípios e regras são espécies de normas que se diferenciam sob diversos aspectos.

Os princípios e as regras são genéricos, mas a dita generalidade que as regras detêm é, em essência, diferente da generalidade dos princípios. A regra incide num número indeterminado de atos ou fatos. Apesar de tal indeterminabilidade, há especificidade nesses atos ou fatos, já que sua competência é regular somente a eles. Esta é a razão pela qual as regras não comportam exceções, vale dizer, as regras têm textura normativa fechada.

Os princípios, no que toca à sua aplicabilidade, são vagos. Comportam, por assim dizer, empregos diversos, já que sua textura normativa é aberta. Sendo assim, os princípios têm enorme capacidade expansiva. Daí se infere que são mandamentos de otimização, podendo ser concretizados em diferentes graus, ditados pelas condições materiais e jurídicas extraídas do ordenamento jurídico.

---

<sup>34</sup> Ibid., p.132-138.

<sup>35</sup> *Curso de direito administrativo*, 12.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.747.

Os princípios carregam imensa carga axiológica, isto é, propagam “parâmetros” arraigados na “idéia de direito” ou na “exigência de justiça”. No choque entre princípios, o intérprete deve balancear os *valores* e os interesses em pauta e optar por aquele que, no caso, tenha maior grau de incidência.

Fazer uso das normas constitucionais como sistema no qual os princípios, *sob o ponto de vista material*, são hierarquicamente superiores às regras, não equivale dizer que, em todos os aspectos, entre tais espécies normativas existam planos hierárquicos diferenciados. A hierarquia entre princípios e regras emerge unicamente no ato de interpretação do texto.

*Sob o ponto de vista formal*, as regras estão situadas no mesmo patamar que os princípios, até porque uma Constituição rígida exige o mesmo rigor procedimental para que suas normas (regras e princípios) sejam modificadas. Aliás, o STF já firmou entendimento no sentido de que é impossível de se considerar inconstitucional uma norma constitucional inferior ao princípio<sup>36</sup>.

Fixadas estas premissas, mister se faz elencar algumas relevantes contribuições doutrinárias que identificaram determinados parâmetros para a interpretação constitucional.

## 5. PARÂMETROS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como conseqüência da estrutura do sistema jurídico e das peculiaridades justificantes da interpretação constitucional já estudadas, a doutrina reconhece determinados parâmetros a serem observados pelo intérprete da Constituição.

Aqui, preferimos o termo “parâmetro” porque, no campo doutrinário, determinados *cânones* de interpretação constitucional ora são compreendidos como “princípios” (J. J. GOMES CANOTILHO, LUIZ ROBERTO BARROSO e GLAUCO BARREIRA MAGALHÃES FILHO<sup>37</sup>), ora são sistematizados, conforme sua natureza, em “postulados, instrumentais e princípios” (CELSO RIBEIRO BASTOS).

De qualquer sorte, vejamos as contribuições teóricas e doutrinárias.

### 5.1. J. J. Gomes Canotilho

Para CANOTILHO, existe um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional: os “princípios tópicos da interpretação constitucional”<sup>38</sup>.

A partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante, construída pela doutrina e pela *praxis* jurídica, este catálogo contém tópicos

---

<sup>36</sup> Ação direta de inconstitucionalidade, j.28-6-1996, TP do STF, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 163/872.

<sup>37</sup> A sistematização dos princípios de interpretação constitucional formulada pelo autor guarda correspondência com a proposta elaborada por Canotilho, razão pela qual deixamos de elencá-los no presente trabalho. A respeito do tema, conferir sua obra *hermenêutica e unidade axiológica da constituição*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p.78-81.

<sup>38</sup> Op. cit., p.1148, nota 22.

relevantes para a interpretação constitucional. Esta relação descritiva foi produzida diante da necessidade de se encontrar princípios que auxiliem a tarefa interpretativa<sup>39</sup>.

Esta catálogo de tópicos são denominados pelo autor como “princípios de interpretação da Constituição”.

Vejamos.

a) *Princípio da unidade da Constituição*

Segundo este princípio, a Constituição deve ser interpretada de forma a não haver, em seu texto, contradições, antinomias. A harmonia que deve existir entre as normas constitucionais, situadas no mesmo patamar hierárquico, retira a possibilidade de se depreender a existência de normas constitucionais inconstitucionais.

b) *Princípio do efeito integrador*

Associado ao princípio da unidade da Constituição, o princípio do efeito integrador significa que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”<sup>40</sup>.

c) *Princípio da máxima efetividade*

Também denominado “princípio da eficiência” ou “princípio da interpretação efetiva”, prescreve que a interpretação constitucional, ao buscar soluções aos problemas de índole constitucional, deve procurar o significado que tenha maior eficácia.

d) *Princípio da justeza ou da conformidade funcional*

Este princípio, em sede de concretização da Constituição, exige que não seja subvertida a repartição de funções constitucionalmente fixadas. Sua tendência, alerta CANOTILHO, é ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação constitucional.

e) *Princípio da concordância prática ou da harmonização*

Sem se divorciar dos princípios da unidade e do efeito integrador, ele “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”<sup>41</sup>.

Ressalta PAULO ARMINIO TAVARES BUECHELE que “este princípio relaciona-se intimamente com o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que este último também pode ser utilizado como princípio de interpretação constitucional”<sup>42</sup>.

f) *O princípio da força normativa da Constituição*

---

<sup>39</sup> Ibid., p.1148.

<sup>40</sup> Ibid., p.1149.

<sup>41</sup> Ibid., p.1150.

<sup>42</sup> *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.104.



A abrangência do princípio é explicada por CANOTILHO: “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”<sup>43</sup>.

g) *Princípio da interpretação conforme a Constituição*

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição não é, exatamente, um princípio de interpretação, mas um princípio de controle.

Salienta EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA:

“El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las Leyes: antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica”<sup>44</sup>.

A Constituição é, quanto à sua linguisticidade, composta de termos abertos, plurissignificativos. Atento a isso, CANOTILHO, verificando que quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentro dos vários significados da norma, assinala que deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição<sup>45</sup>.

Aponta, ainda, as várias dimensões do princípio:

“(1) o *princípio da prevalência da Constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa de norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”<sup>46</sup>.

PAULO BONAVIDES, por sua vez, reconhecendo tratar-se de um “método” especial de interpretação, nega a natureza de princípio de

<sup>43</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3.ed., [s.l.]: Livraria Almedina, [s.a.p.], p.1.151.

<sup>44</sup> *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid: Editorial Civitas, 1985, p.95-96.

<sup>45</sup> Op. cit., p.1151, nota 43.

<sup>46</sup> *Ibid.*, mesma página.

interpretação da Constituição, considerando ser um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição<sup>47</sup>.

De fato, este princípio deriva da presunção de que toda lei é, em tese, constitucional (presunção *juris tantum*), consagrando-se, na hipótese de várias interpretações possíveis, aquela que se harmonize com a Constituição. Preserva-se, assim, a permanência da norma no sistema face o descobrimento de significado conciliável com a norma suprema.

## 5.2. Luís Roberto Barroso

LUÍS ROBERTO BARROSO, em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, adota a denominação “princípios de interpretação especificamente constitucional” para designar os parâmetros que o intérprete deve seguir na interpretação da Constituição.

Faz elucidativa explanação acerca dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional, recomendando:

“O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”.<sup>48</sup>

Mais adiante, menciona que “os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”<sup>49</sup>, e os sistematiza em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais.

Os *princípios fundamentais* “são aqueles que contêm decisões políticas estruturais do Estado”<sup>50</sup>, os fundamentos da sua organização (v.g., Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo). São princípios que exprimem a “ideologia política que permeia o ordenamento jurídico”, representando o núcleo imodificável do sistema, “servindo como limite às mutações constitucionais”<sup>51</sup>.

Os *princípios constitucionais* gerais são as especificações dos princípios fundamentais (v.g., legalidade, isonomia); irradiam-se por toda ordem jurídica.

Os *princípios setoriais ou especiais* “são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição”<sup>52</sup> (v.g., princípio da legalidade tributária ou da legalidade penal).

<sup>47</sup> *Curso de direito constitucional*, 11.ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.474.

<sup>48</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.149.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p.150.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p.153.

<sup>51</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>52</sup> *Ibid.*, mesma página.

Conforme o mencionado autor, a finalidade dos princípios, no âmbito do sistema jurídico, é (a) edificar as decisões políticas fundamentais feitas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiraram a criação ou reorganização de um dado Estado; (b) propiciar unidade ao sistema jurídico; e (c) orientar os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, “condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes”<sup>53</sup>.

Ao tratar dos princípios de interpretação constitucional, elenca, assim como fez CANOTILHO, os princípios da interpretação conforme a Constituição, da unidade e da efetividade.

Propõe, a par dos princípios mencionados no parágrafo acima e já analisados no item anterior, os princípios (a) da supremacia da Constituição; (b) da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público; e (c) da razoabilidade e da proporcionalidade.

#### *a) princípio da supremacia da Constituição*

Conforme mencionado no item 3., a Constituição, dada sua inicialidade fundante, é o fundamento de validade de todos os atos normativos que compõem o ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição e não o contrário.

No dizer de LUÍS ROBERTO BARROSO, a supremacia constitucional “em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição”<sup>54</sup>.

#### *b) Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*

O presente princípio, obviamente, alia-se a “confiança” de que os atos emanados de cada um dos Poderes do Estado têm presunção de constitucionalidade.

Consoante o autor, “a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente”<sup>55</sup>.

#### *c) Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*

No tocante ao tema, o autor inicia sua descrição salientando que “o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão”<sup>56</sup>. Assevera

---

<sup>53</sup> Ibid., p.154.

<sup>54</sup> Ibid., p.161.

<sup>55</sup> Ibid., p.174.

<sup>56</sup> Ibid., p.213. Paulo Armínio Tavares Buechele, demonstrando a localização do princípio da proporcionalidade na constituição federal de 1988, adverte: “de fato, também nos parece que o dispositivo que melhor se presta a sediar o princípio da proporcionalidade, na vigente carta política brasileira, é o inciso LIV do artigo 5º, assegurador do denominado *Substantive Due Process of Law* - garantia que consiste na ‘exigência constitucional de que as leis devem ser

que a “cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”<sup>57</sup>.

Adiante, alerta que:

“(…) na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade”. Afirma ser o princípio da razoabilidade “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”<sup>58</sup>.

Pondera, também, que a doutrina - tanto lusitana quanto brasileira - reproduz a tríplice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é referido pelos autores alemães<sup>59</sup>, dos quais:

“(…) se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade ou exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos”<sup>60</sup>.

### 5.3. Celso Ribeiro Bastos

Em *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, a construção metodológica do Professor CELSO BASTOS reside na verificação e análise de três níveis bem discerníveis na decomposição da interpretação constitucional: “(a) os postulados, (b) os instrumentais hermenêuticos e (c) os princípios”.

O *postulado* “é um comando, uma ordem mesma, dirigida à todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem à própria interpretação, e se se quiser, a própria Constituição. Não se poderá interpretar devidamente, sem se atentar para estes elementos. Trata-se de condição para a interpretação”<sup>61</sup> da qual o intérprete não poderá descuidar.

São postulados: a) supremacia da constituição (o ordenamento jurídico é interpretado a partir da Constituição); b) unidade da constituição (o direito constitucional deve ser interpretado, evitando-se contradições em suas normas); c) maior efetividade possível (sempre que possível, o dispositivo constitucional deverá ser interpretado no sentido que lhe atribua maior eficácia - a lei não emprega palavras inúteis) e; d) postulado decorrente - harmonização (exprime a idéia de coerência do sistema jurídico).

---

razoáveis, é dizer, que devem conter uma equivalência entre o fato antecedente da norma jurídica criada e o fato conseqüente da prestação ou sanção, tendo em conta as circunstâncias sociais que motivaram o ato, os fins perseguidos com ele e o meio que, como prestação ou sanção, estabelece dito ato” (ob. cit., p. 48).

<sup>57</sup> Ibid., p.214.

<sup>58</sup> Ibid., p.219.

<sup>59</sup> Ibid., p.223.

<sup>60</sup> Ibid., p.223-224.

<sup>61</sup> *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p.95.

Quanto a este aspecto, de antemão, percebe-se a divergência semântica e metodológica entre a teoria aqui propugnada e as outras vozes doutrinárias. O que no presente trabalho são considerados “postulados”, a doutrina, em geral, denomina “princípios”.

Ensina que os *instrumentais hermenêuticos* “impõe-se como instrumentos de operação do sistema constitucional, e muitas vezes do direito em geral. São fórmulas compreendidas como os expedientes, procedimentos, recursos de interpretação fornecidos pela teoria do Direito. São, portanto, fórmulas que disciplinam a interpretação, mas que nada ganham em serem inseridas no próprio texto constitucional, uma vez que estas próprias fórmulas, assim positivadas, demandariam outras para interpretá-la”<sup>62</sup>.

O rol dos instrumentais tem a seguinte composição: a) a não ser excepcionalmente, e de forma devidamente fundamentada, não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum (a Constituição não tolera o vocabulário técnico); b) a termos idênticos, utilizados por diferentes normas, se deve atribuir o mesmo significado, salvo raríssimas exceções, quando se tratem de situações diversas, embora o vocábulo utilizado seja o mesmo; c) a termos diferentes não se deve atribuir o mesmo significado, salvo em casos excepcionais, devidamente motivados; d) os significados lingüísticos devem ser buscados segundo as regras sintáticas da linguagem comum; e) a uma norma constitucional se deve atribuir um significado de acordo com a finalidade que persegue a instituição à qual pertencer dita norma; f) à regra constitucional deve ser atribuído significado que estiver de acordo com a intenção do legislador histórico; g) à regra constitucional deve ser atribuído o significado que estiver de acordo com a intenção perseguida pelo legislador contemporâneo ao momento da interpretação; h) uma regra constitucional deve ser compreendida de acordo com seu sentido histórico.

Os *princípios*, segundo o autor, “são as diretrizes, no sentido que fornecem uma direção precisa ao intérprete. Os princípios constitucionais consubstanciam-se em valores, mas muito genéricos, em torno dos quais gravita todo um conjunto de regras sobre as quais incidirão”<sup>63</sup>.

A construção teórica do Prof. CELSO BASTOS comporta algumas observações.

Como dito linhas acima, CANOTILHO alerta para a diferença existente entre os princípios de interpretação constitucional e os princípios constitucionais.

A Constituição é composta de regras e de princípios. O conceito de “princípios constitucionais” aqui tratado refere-se à sua visualização enquanto normas que, ao lado das regras, integram a Constituição. Não se alude aos princípios específicos de interpretação constitucional.

Para a fixação dos parâmetros da interpretação constitucional nos parece correta a tricotomia “postulados, instrumentais e princípios”, *até porque não nos parece aceitável adotar o termo princípio para indicar duas realidades*

---

<sup>62</sup> Ibid., p.96-97.

<sup>63</sup> Ibid., p.97.

*distintas*, quais sejam, os princípios constitucionais e os princípios de interpretação constitucional.

Isto não significa dizer que os ditos “princípios constitucionais” sejam irrelevantes à interpretação da Constituição. Ao contrário, o arranjo normativo de princípios fixados pela Constituição servirá de orientação máxima à elucidação de um problema prático de fundamento constitucional. Demais, “além de regra de interpretação, é também objeto da interpretação. É nos princípios que se irá encontrar as diretrizes valorativas válidas aplicáveis à interpretação constitucional”<sup>64</sup>.

Não é só.

Os postulados são pressupostos *cogentes* que nunca podem ser afastados da interpretação constitucional.

Além disso, outra peculiaridade reside na impossibilidade lógica de conflito entre os postulados. De sua parte, os princípios, acaso conflitantes entre si, devem ser balanceados para se obter aquele de “maior peso” no caso concreto, deflagrando-se o recuo do outro sem que seja eliminado do sistema, podendo, contudo, ser aplicado a casos futuros.

Para sintetizar, leciona o Professor CELSO BASTOS que:

“(...) os postulados são pressupostos para uma válida interpretação. Os instrumentais hermenêuticos é que são propriamente recursos da interpretação. E isso se afirma já que, no tocante aos princípios, dir-se-ia mais corretamente serem verdadeiras limitações à atividade interpretativa, na medida em que não se pode interpretar em sentido que lhes seja contraditório, que olvide sua existência ou que não os positive. O sustentáculo natural de interpretação constitucional decorre da referência impositiva que o intérprete deve aos princípios”<sup>65</sup>.

Desta forma, após análise das características e sistematizações doutrinárias acerca da interpretação constitucional, cabe no item seguinte estudar os métodos de interpretação constitucional.

## **6. OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

O método representa a maneira pelo qual o cientista orienta sua pesquisa para estudo de determinada área da ciência. Nas palavras de WILSON ACCIOLI, o método é elemento essencial da ciência<sup>66</sup>.

Nesta perspectiva, vários são os métodos articulados pela doutrina para clarificar o caminho pelo qual o intérprete pode trilhar para extrair a significação do enunciado da norma constitucional. Emergem, nesta dimensão, os denominados métodos de interpretação constitucional.

### **6.1. O método jurídico ou clássico**

---

<sup>64</sup> Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p.133, nota 61.

<sup>65</sup> *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p.99.

<sup>66</sup> *Instituições de direito constitucional*, 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.12.

Pelo método clássico ou jurídico as normas constitucionais devem ser interpretadas levando-se em conta os elementos (a) *filológico* - literal, gramatical, literal; (b) *lógico* - sistemático; (c) *histórico* - , (d) *teleológico* - finalidade e utilidade social e; (e) *genético*. Expõe CANOTILHO que por este método, “interpretar a Constituição é interpretar uma lei (*tese da identidade: interpretação constitucional = interpretação legal*)”<sup>67</sup>.

## 6.2. Método científico-espiritual

Traçado por RUDOLF SMEND, o método científico-espiritual, segundo CANOTILHO, funda-se na necessidade de interpretação da Constituição “em prestígio: (i) nas bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do *processo de integração*. O recurso à ordem de valores obriga a uma <captação espiritual> do conteúdo axiológico último da ordem constitucional”<sup>68</sup>.

A concepção de SMEND, salienta PAULO BONAVIDES, “é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta”<sup>69</sup>.

## 6.3. A “Tópica”

A tópica influenciou decisivamente as ciências jurídicas para a fixação de uma Teoria da Argumentação.

Reatando idéias de ARISTÓTELES, CÍCERO E GIAN BATTISTA VICO, THEODOR VIEHWEG, em *Topik und Jurisprudenz*, propôs uma *techne* do pensamento orientada para o problema<sup>70</sup>.

De conteúdo assistemático, a reafirmação a tópica por VIEHWEG foi caracterizada por três elementos:

“(…) por um lado a tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma técnica do pensamento problemático; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de topos ou lugar-comum; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a tópica é uma busca e exame de premissas: o que a

---

<sup>67</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3.ed., [s.l.]: Livraria Almedina, [s.a.p.], 1.136.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 1.139.

<sup>69</sup> *Curso de direito constitucional*, 10.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 436.

<sup>70</sup> Georges Salomão Leite esclarece que “diferentemente das técnicas de interpretação, que partem da norma para o problema (modelo subsuntivo-dedutivo), a tópica faz o caminho inverso, parte do problema para a norma, ou seja, do particular para o geral. Percebe-se, desde logo, que o pensamento tópico é do tipo indutivo (particular-geral), ao passo que o pensamento sistemático é dedutivo (geral-particular). Isto faz com que a tópica coloque o problema a frente de tudo, é dizer, o caso concreto é o ponto de partida do pensamento problemático, e é a partir deste problema que a norma recebe seu sentido” (*Interpretação constitucional e tópica jurídica*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 68).

caracteriza é ser um modo de pensar no qual a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões”<sup>71</sup>.

MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO verifica com clareza as feições que a tópica ostenta:

“A tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa de feição intersubjetiva: suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos interlocutores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para a tomada de decisão, é necessário o consenso; e o que em disputa fica provado em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética. Diante da infinidade do raciocínio tópico, permanece, então, o debate como principal instância de controle. A abertura para o diálogo sujeito à crítica traz transparência e legitimidade às decisões não apenas porque suas premissas gozam de respeitabilidade, mas também pelo poder de persuasão de suas teses, à medida que elas conseguem sobreviver ao ataque das críticas e erradicar progressivamente equivocidades. Não existem, pois, respostas corretas ou verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela força do convencimento”<sup>72</sup>.

Assim, apesar das severas críticas que sofre, a tópica figura como um procedimento pelo qual o sujeito lida com problemas, empregando-se, no caso, os *topois*.

Em outras palavras, é uma técnica de pensar por problemas, orientados pelos denominados *topoi*, que significam “pontos de vistas auxiliares utilizados na busca de uma solução adequada para um problema previamente dado”<sup>73</sup>. A função dos *topoi* é servir a uma discussão de problemas. Os *topoi* e os catálogos de *topoi* têm, em conseqüência, uma extraordinária importância no sentido da fixação e da construção de um entendimento comum<sup>74</sup>.

Assim, o emprego da tópica ressurgiu como uma proposta de concretização do Direito, mediante busca de premissas e problematizações norteadas por um elemento fundamental: *a busca do justo*.

Por fim, depreende-se que o modo de pensar tópico, dada sua expansividade, é uma ferramenta preciosa para a interpretação, pois diante de “novos pontos de vista” (*topoi*) é possível que se dê uma mudança de situação, um novo rumo, naquilo já fixado, condicionado.

### 6.3.1. Método concretista da Constituição aberta

A tópica repercutiu na doutrina do direito constitucional com muita intensidade. Para PAULO BONAVIDES “um dos métodos de interpretação que a tópica mais de perto influenciou nos dias atuais foi o método concretista da ‘Constituição aberta’, teorizado na Alemanha pelo prof. PETER HÄBERLE”<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Ibid., p.65.

<sup>72</sup> *Hermenêutica e argumentação*, p.158.

<sup>73</sup> cf. George Salomão Leite, op. cit., p.61, nota 70.

<sup>74</sup> cf. Thedor Viehweg, *tópica e jurisprudência*, p.41.

<sup>75</sup> *Curso de direito constitucional*, p.465, nota 69.



Conforme estudado no item 3. do presente trabalho, HÄBERLE detectou um imenso alcance da tópica, mediante fundamentações e legitimações plenamente aplicáveis ao direito constitucional.

A construção teórica de HÄBERLE, diz BONAVIDES, “parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e publicização”<sup>76</sup>.

Sobremais:

“(…) o método da Constituição aberta representa uma contribuição fecunda, dos juristas da tópica ao Direito Constitucional. Sem a tópica, a teoria material da Constituição não teria feito os excepcionais progressos que alcançou, depois de chegar a um ponto de exaustão a controvérsia do positivismo com o direito natural nos arraiais do pensamento filosófico europeu. A grande saída de Viehweg e Esser na hermenêutica jurídica do século XX abriu pois caminho às correntes críticas de um constitucionalismo de renovação, que reaproximou, com base em profunda reflexão, a Constituição e a realidade. Fez possível dentro da sociedade móvel e dinâmica de nosso tempo, um Estado de Direito com fundamento de legitimidade nos direitos sociais e nas garantias concretas da liberdade humana”<sup>77</sup>.

Efetivamente, a nova hermenêutica constitucional, com apoio na tópica, preocupa-se com soluções possíveis à resolução de propostas constitucionais. Estas propostas, no âmbito da tópica, devem ser compatibilizadas com a realidade social. Assim, a textura normativa aberta das normas constitucionais é, em síntese, o campo de trabalho dos legítimos intérpretes democráticos à consecução do programa social.

#### 6.4. Método hermenêutico-concretizador

Outro desdobramento que a tópica inspirou no direito constitucional foi o método hermenêutico-concretizador, elaborado por KONRAD HESSE.

CANOTILHO expõe suas características fundamentais:

“O método hermenêutico-concretizador arranca da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma *compreensão de sentido*, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, *concretizando* a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (*pré-compreensão*) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação

---

<sup>76</sup> Ibid., p.466.

<sup>77</sup> Ibid., p.472.

entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em <movimento de ir e vir> (círculo hermenêutico)”<sup>78</sup>.

Para KONRAD HESSE, precursor do presente método, a interpretação constitucional no sentido estrito torna-se necessária e converte-se em problema quando uma questão jurídico-constitucional deve ser respondida, que não deixa decidir univocamente com base na Constituição. Diz o autor que “onde não existem dúvidas, não se interpreta e, muitas vezes, também não é necessária interpretação”<sup>79</sup>.

HESSE distingue interpretação em sentido amplo e interpretação em sentido estrito. As normas constitucionais somente são interpretadas *em sentido estrito*, ocasião em que ocorre a denominada *concretização*<sup>80</sup>. Noutro passo, a inexistência de dúvidas não deflagra a interpretação em sentido estrito, mas sim a interpretação em sentido amplo, isto é, a compreensão da norma<sup>81</sup>.

Destarte, só há interpretação em sentido estrito, portanto, concretização, quando houver possibilidade de determinação do conteúdo da norma com a realidade.

Apesar da distinção entre *concretização* e *compreensão* da norma, no processo interpretativo eles aparecem como conceitos interligados.

Assim, a concretização pressupõe um entendimento do conteúdo da norma a ser concretizada. Essa não se deixa desatar da ‘pré-compreensão’ do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, cada vez”<sup>82</sup>.

Por tal método, a interpretação não foge da norma - seu parâmetro<sup>83</sup> -, apesar de se considerar a existência de uma margem de liberdade do intérprete (pré-compreensão) no processo de concretização. Neste aspecto, salienta HESSE que “não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos”<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3.ed., [s.l.]: Livraria Almedina, [s.a.p.], p. 1.138.

<sup>79</sup> *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luiz Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, [s.a.p.], p.53-54.

<sup>80</sup> Canotilho explica que “**concretizar** a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta - norma jurídica - que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização”. Por sua vez, “**densificar** uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos” (op. cit., p.1.127, nota 78).

<sup>81</sup> *Escritos de derecho constitucional*, 2.ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.36.

<sup>82</sup> cf. Hesse, op. cit., p. 61, nota 61.

<sup>83</sup> Patrícia Ulson Pizarro assinala: “a interpretação concretizante (*konkretisierung*) vincula a atividade interpretativa à norma. A interpretação tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só estará completo com sua interpretação não se podendo esquecer o limite da atividade interpretativa: a própria norma” (Interpretação constitucional: o método hermenêutico-concretizante, *cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 17, p.79, 85.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 62.

Segue-se, pois, que “para el Derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas”<sup>85</sup>.

Existem, conforme HESSE, condições da interpretação constitucional. Salienta que a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar. Esta não pode se desvincular da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a resolver<sup>86</sup>.

A tarefa do intérprete é compreender o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão que vai permitir-lhe contemplar a norma por certas expectativas, isto é, condições históricas em que se encontra<sup>87</sup>.

Dada a textura normativa aberta que detém a norma constitucional, através de uma atuação “tópica” orientada e limitada pela própria norma, devem ser encontrados e provados pontos de vista que, pela inventio, são submetidos ao jugo das opiniões favoráveis e desfavoráveis a possibilitar uma decisão mais clara e convincente possível<sup>88</sup>.

No emprego dos *topoi*, face o problema a ser solucionado e a multiplicidade de pontos de vista existentes, o intérprete deve adotar somente pontos de vista para a concretização que estejam relacionados com o problema: “a determinação pelo problema exclui *topoi* não-apropriados”. Neste diapasão, o intérprete deve seguir o “programa da norma”<sup>89</sup> e o “âmbito da norma” a ser concretizada. São, como se depreende, diretivas para empregabilidade, coordenação e valorização desse elementos na resolução do problema<sup>90</sup>.

Pela construção de HESSE, competem aos princípios de interpretação constitucional a função dirigente e limitadora à consideração, coordenação e valoração dos pontos de vista elaborados à resolução dos problemas. Tais princípios, segundo HESSE, são: (a) da “unidade da Constituição”; (b) da “concordância prática”; (c) da “exatidão funcional; (d) do “efeito integrador” e; (e) da “força normativa da Constituição”.

Em arremate, HESSE justifica sua teoria afirmando que “para uma interpretação constitucional que parte da primazia do texto constitui este o

---

<sup>85</sup> cf. Hesse, op. cit., p.36, nota 81.

<sup>86</sup> Ibid., p.43.

<sup>87</sup> Ibid., p.44.

<sup>88</sup> Ibid., p.46.

<sup>89</sup> Segundo Hesse, “a concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o **‘âmbito da norma’** que, da totalidade das realidades afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o **‘programa da norma’**, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o **‘âmbito da norma’**, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o ‘programa da norma’) fique idêntico. Disso resulta uma ‘mutação constitucional’ permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara” (op. cit., p.50-51).

<sup>90</sup> cf. Konrad Hesse, op. cit., p.64.

limite infranqueável de sua atuação; as possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas”<sup>91</sup>.

Esmiuçando o método hermenêutico-concretizante propugnado por KONRAD HESSE, PATRÍCIA ULSON PIZARRO traz as etapas procedimentais para a existência de condições para a interpretação constitucional, o primeiro projeto é (a) a *pré-compreensão* do fato concreto e do dispositivo normativo a ser interpretado, necessitando de uma fundamentação teórico-constitucional como pré-requisito a atividade de interpretar; (b) o segundo momento é a *compreensão* do intérprete para que se faça a *concretização*, sendo que tal conduta só será possível face a um problema concreto (questão)<sup>92</sup>.

Cumprе destacar, por fim, que a diferença existente entre o presente método e o método tópico-problemático é determinado pela seguinte circunstância: “enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do *primado do texto constitucional* em face do problema”<sup>93</sup>.

## 6.5. Método concretista de Friedrich Müller

O método concretista de FRIEDRICH MÜLLER, conforme PAULO BONAVIDES, “tem sua base ou inspiração maior na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta”<sup>94</sup>.

Destarte, consoante MÜLLER, não há identidade entre norma e texto da norma.

Expõe o autor:

“A não-identidade de norma e texto da norma, a não-vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade ressalta também do fenômeno do direito consuetudinário. Não se duvida da sua qualidade jurídica, embora ele não apresente nenhum texto definido com autoridade. Essa propriedade do direito, de ter sido elaborado de forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. Muito pelo contrário, ela é conexas a imperativos do Estado de Direito e da democracia, característicos do Estado constitucional burguês da modernidade. Mesmo onde o direito positivo dessa espécie predominar, existe *praeter constitutionem* um direito (constitucional) consuetudinário com plena qualidade de norma. Além disso, mesmo no âmbito do direito vigente, a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda. A decisão é elaborada com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do direito comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao e transcendem o teor literal da norma”.

---

<sup>91</sup> Op. cit., p.52, nota 81.

<sup>92</sup> Ob cit., p.16-17, nota 83.

<sup>93</sup> Cf. Canotilho, op. cit., p.1.138, nota 78.

<sup>94</sup> *Curso de direito constitucional*, 10.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.456.

Em meio à massa dos materiais de trabalho resultantes da práxis e da ciência jurídicas, a metódica jurídica dispõe de matéria suficiente para elaborar as suas próprias condições fundamentais. Isso vale também diante de um estado atual dos esforços em interligar ciência jurídica e *teoria da comunicação*<sup>95</sup>.

Detectando que a norma contém um âmbito (*Normbereich*) e um programa (*Normprogramm*), MÜLLER especifica que o processo de concretização deve tomar em conta “o fato, o programa da norma e o âmbito normativo”<sup>96</sup>.

Diante da insuficiência dos métodos hermenêuticos clássicos - pois lidam unicamente com textos -, a metódica estruturante apresenta-se como um procedimento desenvolvido “com base no e com vistas ao direito constitucional”<sup>97</sup>.

A metódica estruturante de MÜLLER é aberta à realidade. A concretização só se alcança com a norma de decisão, vale dizer, após percorrido o processo de concretização, atinge-se a norma aplicável ao caso.

Para concluir, conforme averba CANOTILHO, a “interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares”<sup>98</sup>.

O caráter aberto da Constituição é, por si só, condição suficiente para dar fundamento à importância do discurso.

(\*) O autor é Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Corregedor. Professor de Direito Constitucional da Universidade Cruzeiro do Sul - SP.

---

<sup>95</sup> *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2.ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p.54-55.

<sup>96</sup> Cf. Paulo Bonavides, op. cit., p.459, nota 94.

<sup>97</sup> cf. Friedrich Müller, op. cit., p. 68.

<sup>98</sup> op. cit., p. 1.136.

# LEIS DELEGADAS E MEDIDAS PROVISÓRIAS: NOTAS SOBRE A ATIVIDADE LEGISLATIVA DO EXECUTIVO NO BRASIL

Auro Augusto Caliman (\*)

1. Introdução. 2. Presidente e leis delegadas no Brasil. 2.1. Constituição de 1824. 2.2. Constituição de 1891. 2.3. Constituição de 1934. 2.4. Constituição de 1937. 2.5. Constituição de 1946. 2.6. Constituição de 1967/69. 2.7. Constituição de 1988. 3. Presidente e medidas provisórias. 3.1. O Decreto-lei. 3.2. Medida provisória. 3.2.1. Os debates constituintes e o surgimento da medida provisória. 3.2.2. Fundamentação teórica da legislação extraordinária. 3.2.3. A omissão do Legislativo e a reedição das medidas provisórias. 3.2.4. A “praxis” do Executivo, a omissão do Legislativo e a Jurisprudência do STF sobre medidas provisórias. 3.2.5. A nova disciplina constitucional das medidas provisórias. 3.2.5.1. Uma nova natureza jurídica? 3.2.5.2. A tramitação e o novo prazo constitucional da vigência das medidas provisórias. 3.2.5.3. Condições para reedição da medida provisória. 3.2.5.4. Revogação de medida provisória por outra. 3.2.5.5. Limitações materiais para edição de medidas provisórias. 4. Conclusões. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Diante de uma realidade sócio-econômica cada vez mais complexa, a função legiferante que se outorgou ao Estado não está mais sendo exercida, reconheça-se, exclusivamente pelo Legislativo.

Sob a égide do princípio da divisão de poderes, num Estado Democrático de Direito é legítima a usurpação da função legislativa pelo Executivo? Cabe, ainda, ao Legislativo ser o órgão condutor da política legislativa? Estas são algumas questões que permeiam o despretencioso estudo que se pretende desenvolver sobre as leis delegadas e as medidas provisórias no Brasil.

## 2. PRESIDENTE E LEIS DELEGADAS NO BRASIL

Inovando o processo legislativo sem, contudo, promover radical rompimento com os fundamentos da teoria da separação de poderes, a lei delegada efetiva a transferência temporária e excepcional do poder de legislar mediante autorização dada pelo Legislativo ao Executivo. Não se trata de renúncia ou abdicação de poder, mas *de transferência*<sup>1</sup> da função de legislar, cuja efetiva titularidade encontra-se no Legislativo.

---

<sup>1</sup> J.J. Gomes Canotilho, *direito constitucional e teoria da Constituição*, p.756. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder Executivo*, p.100-101.

GASTÃO ALVES DE TOLEDO define a lei delegada como “*instrumento constitucional de que se pode valer o Executivo, com aquiescência do Legislativo, para dispor sobre matérias específicas, mediante critérios materiais fixados na Constituição e abrangência definida pelo Congresso.*”<sup>2</sup>

A ordem constitucional brasileira contempla, nos artigos 59 e 68, a possibilidade de edição de lei delegada. Essa previsão, cujo desenvolvimento do tema se dará mais adiante, segue uma linha de raciocínio histórico-jurídico mediante constatação da atividade legiferante pelo Executivo e da previsão, ou não, de preceptivo permitindo a delegação legislativa nas Constituições brasileiras anteriores, à luz da teoria da separação de poderes. Vejamos:

## 2.1. Constituição de 1824

Desde o Império há controvérsias sobre a delegação legislativa. PIMENTA BUENO opõe-se à ‘subdelegação’, assim referida por ele, pois o Poder Legislativo já exerceria a função legislativa originariamente delegada pela Nação. “*É uma aberração que cumpre aniquilar*”<sup>3</sup>, afirma. E ao justificar sua afirmação, utiliza-se de conceitos do direito privado sobre procuração outorgada pelos mandantes:

*“Os povos escolhem os seus representantes pela impossibilidade que a nação tem de fazer as leis por si mesma; conseqüentemente, esses mandatários não vêm exercer direitos próprios de que possam dispor a seu arbítrio, e sim direitos alheios, que devem sustentar segundo as condições da comissão que receberam. São apenas órgãos, e únicos legítimos e exclusivos, porque ninguém pode legislar senão aqueles que receberam da nação essa delegação nacional, que é especial, e por sua natureza intransferível, incomunicável.”* (destacamos)<sup>4</sup>

Inobstante o entendimento de PIMENTA BUENO concernente à separação de poderes com indelegabilidade da função legislativa, “*durante o Império, usou-se a delegação como um meio eficiente e legítimo de consentir que o Poder Executivo legiferasse, em determinadas circunstâncias, com o consentimento prévio e a vigilância posterior do Parlamento e da Justiça*”, observa LOUREIRO JÚNIOR.<sup>5</sup>

## 2.2. Constituição de 1891

Na Constituição de 1891 não se encontra regra expressa vedando a delegação legislativa, pois incongruente com a teoria da separação de poderes. Se os poderes constituídos pudessem delegar circunstancialmente funções uns aos outros, nulo seria o princípio da separação de poderes. Todavia, “*acima das teorias, dos preceitos rígidos, dos textos veneráveis, estão os fatos incoercíveis e fatais*”,<sup>6</sup> pondera CARLOS MAXIMILIANO. Registrando-se que, por delegação legislativa, foram efetuadas quatro reformas do ensino (1892,

<sup>2</sup> Lei delegada, in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p.22.

<sup>3</sup> *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, p.37

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>5</sup> *Da delegação Legislativa*, p.192.

<sup>6</sup> *Comentários à Constituição Brasileira*, 2.ed., [s.l.p.]: [s.c.p.], 1923, p. 273.

1901, 1911 e 1915) e o Supremo Tribunal Federal julgou nula a de 1911 porque sua autorização estava condicionada ao “referendum” do Congresso e esta condição foi descumprida.<sup>7</sup>

Durante a República Velha, foram inúmeras as matérias disciplinadas por leis decorrentes de delegações legislativas, assim entendidas as ‘autorizações’ dadas pelo Congresso e que obtiveram do Supremo Tribunal Federal reconhecimento de sua constitucionalidade.<sup>8</sup> Durante a vigência da Constituição de 1891, notadamente após o término da I Guerra Mundial,<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Leyla Castelo Branco Rangel, delegação legislativa, in: *Revista de Informação Legislativa*, p.208.

<sup>8</sup> “Em 1892, autorizou-se o Executivo a expedir o regulamento para a cobrança do imposto de consumo de fumo, com a faculdade de estabelecer multa aos infratores. Autorizado ficou, também, o Governo, no orçamento desse mesmo ano, a rever as tarifas aduaneiras, as do imposto de docas e das armazenagens. No orçamento de 1894, recebeu o governo autorização para rever as tarifas das alfândegas e organizar uma tabela geral e outra mínima, aplicáveis a diversos países estrangeiros.

Pela Lei nº 21, de 20 de novembro de 1894, autorizou-se o Governo a consolidar as leis referentes à justiça federal e processo federal, do que resultou o Código de Processo Civil e Criminal (Decreto nº 3084, de 1898).

Na Lei de Meios de 1898, autorizou-se o Poder Executivo a reorganizar a Secretaria da Justiça e Negócios Interiores, fixando-se os vencimentos do pessoal; a rever as tabelas de gratificações das diversas classes da Armada; a reorganizar o Conselho Naval.

Pelo orçamento de 1899, autorizou-se o Executivo a rever a reforma do ensino secundário; a reformar a Repartição Geral de Polícia; a equiparar os vencimentos dos empregados das Faculdades de Direito de São Paulo e de Recife e da Faculdade de Medicina do Rio.

Em 1900, autoriza-se o Executivo a rever as tabelas de vencimentos do pessoal docente e administrativo da Escola Naval; a rever os regulamentos das Faculdades de Medicina e Escola Politécnica, adotando o que mais conveniente julgar o ensino.

Novas autorizações em 1901: rever o Código baixado com o Decreto nº 1.159, de 3 de dezembro de 1892, de modo a compreender as disposições comuns a todos os estabelecimentos de ensino superior e secundário; reformar o quadro de pessoal das Repartições da Fazenda.

Em 1902, a Lei nº 917, de 29 de dezembro, autorizava o Executivo a reorganizar a Polícia do DF.

No orçamento de 1903 aparece a autorização para reorganizar a Biblioteca Nacional. No de 1904, a autorização para reorganizar os serviços e repartições a cargo do Min. da Viação.

Em 1905, é o Presidente da República autorizado a reorganizar todo o ensino militar e a reorganizar as Caixas Econômicas.

No orçamento de 1907, autoriza-se o Executivo a modificar as taxas dos direitos de importação ou isentar de taxas mercadorias estrangeiras.

Pela Lei 1.617, de 30 de dezembro de 1906, habilitou-se o Governo a organizar as bases do Código Rural e Florestal e as de Mineração e Águas da República, que deveriam depois ser submetidas à aprovação do Congresso.

Nos termos da Lei 2.221, de 30 de dezembro de 1909, autorizou-se o Governo a organizar o Código de Legislação Aduaneira, sujeitando-se à aprovação do Congresso. Em 1912, recebe o governo autorização para reorganizar a Procuradoria da República no DF. Em 1913, o governo é autorizado a rever e modificar o regulamento de custas judiciárias. Em 1915, autorização para reformar a administração do Território do Acre e reorganizar o Min. da Agricultura. Em 1917, autorização para a reforma da Justiça Civil e Criminal do Território do Acre. Em 1922, oriundo de delegação, embora disfarçando-se como texto consolidador de leis sobre assistência e proteção à infância, é o Código de Menores (Decreto nº17.943-A, de 12 de outubro de 1991)”. Hermes Lima, *reforma constitucional*, Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1956, p.30, apud Loureiro Júnior, op. cit., p.203-205, nota 5.

<sup>9</sup> “É de se ressaltar que, em seguida ao término da Guerra de 1914, passou-se, gradativamente, a admitir de modo mais generalizado a delegação legislativa. Hermes Lima fez um levantamento demonstrando o crescente emprego daquele processo durante a vigência da



ocorreu verdadeira “*absorção da função legislativa e do próprio poder pelo Presidente da República e pelos Governadores.*”<sup>10</sup>

### 2.3. Constituição de 1934

Enquanto que na Constituição de 1891 não havia preceito expresso proibindo a delegação legislativa, a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934 trazia no §º 1º do artigo 3º: “**É vedado aos Poderes constitucionais delegar as suas atribuições.**” Notava-se a preocupação de não fortalecer o Poder Executivo mediante o instituto da delegação legislativa, *maxime* dos excessos do presidencialismo ocorridos na República Velha e também em razão de no Governo Provisório pós Revolução de 1930, GETÚLIO VARGAS ter abusado do poder pessoal, exorbitando do poder que lhe fora transmitido pelos revolucionários, elucidado no episódio da Revolução Constitucionalista de 1932, quando São Paulo pegou em armas para exigir a convocação de uma assembléia nacional constituinte, compromisso principal assumido pelos vitoriosos da Revolução de 1930.

### 2.4. Constituição de 1937

O Parlamento Nacional, assim denominado o Poder Legislativo na Constituição Federal (art. 38) outorgada por GETÚLIO VARGAS, não existiu durante o Estado Novo, regime ditatorial perpetrado pelo Presidente da República, com o apoio das forças armadas. Assim, se o Parlamento não funcionou, não existiu. Não existindo o Poder Legislativo impossível pressupor também a existência de delegação legislativa.

### 2.5. Constituição de 1946

No Brasil, em 1946, em reação à política ditatorial que permeou o Estado Novo (1937-45), quando o Executivo por intermédio de decretos-lei legislou sem o Legislativo, o constituinte proibiu a delegação legislativa, à semelhança da Constituição francesa desse mesmo ano. No entanto, **houve delegação legislativa durante a vigência da Constituição de 1946** quando, em 2 de setembro de 1961, instituiu-se o parlamentarismo com a Emenda Constitucional nº 4. Até sua revogação mediante plebiscito, em janeiro de 1963 (Emenda Constitucional nº 6, de 23.1.63), **foram promulgadas 11<sup>11</sup> (onze)**

---

*Constituição de 1891. Verifica-se, além do número das delegações registradas, o relevo dos assuntos que chegou a atingir.*

*Não foi apenas o Congresso que se adaptou às novas condições sociais existentes: a Justiça progrediu na mesma direção. Tomem-se como índice, as decisões do Supremo Tribunal Federal, vacilantes e divergentes com referência à constitucionalidade daquele procedimento legislativo até o período mencionado, firmando-se, daí em diante, no sentido de admiti-lo como legal.” (Loureiro Júnior, op. cit., p.203-204, nota 5).*

<sup>10</sup> Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, p. 533.

<sup>11</sup> **Lei Delegada n.º 1**, de 25.9.62, criou dois cargos de nível ministerial que passariam a integrar o Conselho de Ministros. **Lei Delegada n.º 2**, de 26.9.62, alterou a Lei 1.506/51, que estabelecia preços mínimos e condições de financiamento ou aquisição de cereais e outros gêneros de produção nacional. **Lei Delegada n.º 3**, de 26.9.62, introduziu modificações no Dec. 1.102/1903, que dispunha sobre a disciplina de armazéns gerais. **Lei Delegada n.º 4**, de 26.9.62, **autorizou o Executivo a intervir no domínio econômico para assegurar a livre**

leis delegadas, resultantes da edição de apenas 3 (três) “decretos legislativos”<sup>12</sup> congressuais autorizativos, e não de “resoluções” como se passou a prever em sede constitucional a partir de 1967.

## 2.6. Constituição de 1967/69

A Constituição de 1967, em seu artigo 55, continha, pela primeira vez, a previsão da lei delegada como uma das espécies do processo legislativo, conformando ato normativo primário. A delegação do Congresso, mediante Resolução, poderia ser ao Presidente da República (delegação externa), para que ele elaborasse a lei delegada, ou à Comissão do Congresso, do Senado ou da Câmara dos Deputados (delegação interna ou delegação *interna corporis*). Não obstante a previsão de lei delegada no processo legislativo pela Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº1/69 (art. 52), não houve, durante sua vigência, autorização do Congresso para o Executivo elaborar leis delegadas, prevalecendo dogma da Ciência Política, assim referido por JOSÉ AFONSO DA SILVA e rebatido por MIGUEL REALE<sup>13</sup>, segundo o qual “**a delegação é incompatível com o presidencialismo**”.<sup>14</sup>

## 2.7. Constituição de 1988

Na Constituição em vigor, a delegação legislativa formal vem sistematizada no artigo 68<sup>15</sup>, não havendo mais referência à delegação *interna corporis*. Necessita-se de uma **iniciativa solicitadora** do Presidente da República - via mensagem presidencial - deflagrando, então, o processo de criação da lei delegada. A transferência ínsita na Lei Delegada, se dará por Resolução congressual, vale dizer, trata-se de projeto de resolução - uma das espécies de ato do processo legislativo, previsto no artigo 59 da Constituição - aprovado por maioria simples após observância de normas procedimentais previstas no Regimento Interno Comum do Congresso Nacional (artigos 116 a 127). A Resolução, além de estabelecer o seu conteúdo e os termos iniciais e finais de seu exercício, determina se haverá exigência, ou não, de apreciação,

---

**distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo. Lei Delegada n.º 5**, de 26.9.62, organizou a autarquia federal SUNAB. **Lei Delegada n.º 6**, de 26.9.62, autorizou a SUNAB a constituir a Cia. Bras. de Alimentos – Cobal. **Lei Delegada n.º 7**, de 26.9.62, autorizou a SUNAB a constituir a Cia. Bras. de Armazenamento – Cibrazem, com a finalidade de contribuir na execução da política de abastecimento. **Lei Delegada n.º 8**, de 11.10.62, criou, junto ao Min. da Agricultura, o Fundo Federal Agrário. **Lei Delegada n.º 9**, de 11.10.62, reorganizou o Min. da Agricultura. **Lei Delegada n.º 10**, de 11.10.62, criou a Sudepe. **Lei Delegada n.º 11**, de 11.10.62, criou a Superintendência da Política Agrária.

<sup>12</sup> São os Decretos Legislativos n.ºs 8, 9, de 27 de agosto, e n.º 11, de 12 de setembro de 1962.

<sup>13</sup> “A delegação legislativa não resulta apenas de motivos ligados à celeridade legislativa.

*Impõe-se o mais das vezes ‘ratione materiae’ para 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*”. Assim expressou-se Miguel Reale, no Seminário sobre reforma do Poder Legislativo do Brasil, promovido pelo centro de extensão cultural da Universidade de Brasília, entre 18 de agosto e 24 de setembro de 1965 (Brasília: Câmara dos Deputados, 1966, p. 108)

<sup>14</sup> *Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional*, p.284.

<sup>15</sup> Art. 68 - As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”

pelo Congresso Nacional, do projeto de lei delegada feito pelo Executivo. Caso haja tal condição, ela se fará em única votação, vedada qualquer emenda e, pois, dispensado, à evidência, o veto.<sup>16</sup> **Anote-se, também, que em decorrência do princípio da irrenunciabilidade das funções legislativas, ao Congresso remanesce a competência de legislar sobre a matéria delegada, mesmo durante o prazo da delegação.**<sup>17</sup>

Referentemente à hipótese em que o Congresso se reserva o direito de apreciar o projeto de lei delegada presidencial, dá-se como que uma inversão do processo legislativo, onde ao Congresso cabe “sancionar” o projeto de lei delegada elaborado pelo Presidente da República. Nesse caso, “o Legislativo examiná-lo-á basicamente sob o aspecto formal: conformidade, ou não, do projeto com o conteúdo da delegação”.<sup>18</sup> Observe-se que não há prazo para o Congresso ratificar a proposição. Mais. Tendo o Presidente ampla iniciativa para deflagrar o processo legislativo, torna-se difícil perspectivar nesse procedimento alguma utilidade.<sup>19</sup>

A Constituição impõe limites materiais à delegação legislativa, excluindo a) atos de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49), privativa da Câmara dos Deputados (art. 51) e do Senado (art. 52); b) as matérias reservadas à lei complementar; c) a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; d) a nacionalidade, a cidadania, os direitos individuais, políticos e eleitorais e e) os planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária.

Sob a égide da atual Constituição, após avaliação política, evidentemente, o Congresso Nacional aprovou a Resolução nº 1, de 30 de julho de 1992, delegando ao Presidente da República poderes para legislar. A delegação, objeto da resolução devia prevalecer até 31.12.92 (não ultrapassava a legislatura: 1991 a 1995), para o Presidente, “mediante leis” (art.1º), conceder gratificações e aumentos diferenciados aos servidores civis e militares integrantes do Poder Executivo. **O Presidente, pois, poderia, conforme expressamente previsto na Resolução nº 1, promulgar as leis, independentemente de ratificação do Congresso Nacional.** Sim, poderia, porque “**a resolução congressual ‘habilita’ o Executivo a legislar; contudo não pode obrigá-lo a legislar**”.<sup>20</sup> Assim, no uso da delegação constante da Resolução nº 1, de 1992-CN, o Presidente da República promulgou e fez publicar a Lei Delegada nº 12, de 7 de agosto de 1992 (gratificação aos militares) e a Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992 (gratificação aos civis). Observe-se que as duas leis delegadas:

---

<sup>16</sup> Michel Temer, *elementos de Direito Constitucional*, p.144. Clèmerson Merlin Clève, *atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.201. Em sentido contrário: José Celso de Mello Filho, para quem o projeto de lei delegada, depois de aprovado pelo Congresso, é submetido à sanção presidencial: “Aprovado, o projeto será então submetido à sanção do Presidente da República, que, no entanto, poderá vetá-lo”. (*Constituição Anotada*, p.159).

<sup>17</sup> José Celso de Mello Filho, *Constituição Anotada*, p.160. Artur de Brito Gueiros Souza, o Estado contemporâneo frente ao princípio da indelegabilidade legislativa, in: *Revista Trimestral de Direito Público*, p.199.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.60.

<sup>19</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *do processo legislativo*, p.241.

<sup>20</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder Executivo*, p.135.

a) resultaram de uma só resolução congressional;

b) não exorbitaram dos limites da delegação legislativa previstos na Resolução e, pois, não ensejaram do Congresso Nacional a sua sustação mediante decreto legislativo, a teor do artigo 49, V, da Constituição Federal e que surtiria efeitos “ex nunc”;

c) não ensejaram ação declaratória de inconstitucionalidade por desrespeito aos requisitos formais do processo legislativo da lei delegada, que teria efeitos retroativos, operando “ex tunc”;

d) perfeitas, válidas e eficazes, passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, sendo passíveis de alteração e até revogação mediante **lei ordinária**.

Após a edição das leis delegadas nºs 12 e 13, de agosto de 1992, não houve mais iniciativas solicitadoras do Presidente da República para a feitura de outras leis delegadas. A lei delegada, pois, sob a égide da atual Constituição, não vem mais sendo utilizada. Juristas e cientistas políticos<sup>21</sup> são concordes em afirmar que a causa do seu desuso foi a existência do decreto-lei e, agora, é o instituto da medida provisória, substituto daquele.

Os Estados-membros podem, se quiserem, incluir a lei delegada no rol das espécies que consubstanciam o processo legislativo.

### 3. PRESIDENTE E MEDIDAS PROVISÓRIAS

#### 3.1. O Decreto-lei

É de se registrar que, historicamente, o decreto com força de lei foi utilizado no Brasil pelo Chefe de Estado desde a proclamação da República, passando pelos decretos ditatoriais da Revolução de 1930 e os decretos-lei outorgados durante o Estado Novo; no entanto, o que surgiu em 1967 possuía natureza e características bem diferentes, sobretudo porque o decreto-lei, que acabara de emergir com fundamento em preceptivo constitucional, previa a participação direta, ativa ou omissiva, do Poder Legislativo. A função precípua de legislar estava sendo açambarcada pelo Poder Executivo. É que o decreto-lei invertia a “faculdade de estatuir” que, segundo MONTESQUIEU, é própria do Legislativo no princípio da separação de poderes.<sup>22</sup> Assim, era o Executivo quem podia editar normas, com força de lei, mediante decretos-lei, cabendo ao Legislativo o poder de impedi-los, rejeitando-os; ou aprová-los, expressa ou **tacitamente**.

---

<sup>21</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, op. cit., p.100, nota 20. José Afonso da Silva, *curso de direito constitucional positivo*, p.503. Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, *executivo e legislativo na nova ordem constitucional*, 2.ed., Rio de Janeiro: FGV, 2001, p.125-156.

<sup>22</sup> “O Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas. Mas, se o poder legislativo participar da execução, o poder executivo estará igualmente perdido. Se o monarca participasse da legislação pela **faculdade de estatuir**, não mais haveria liberdade. Porém, como é preciso que ele participe da legislação para se defender, cumpre que ele aí tome parte pela sua faculdade de impedir”. (Montesquieu, *do espírito das leis*, p.161, Livro XI, cap. VI)

Durante a vigência da Constituição anterior, a aprovação tácita dos decretos-lei por decurso de prazo tornou-se a regra, e não a exceção. O Executivo não encontrava dificuldades para evitar o veto legislativo aos decretos-lei. Os representantes dos partidos que davam sustentação ao Presidente encarregavam-se da ação obstrutiva, que consistia em discutir à exaustão a proposição, para que ela não fosse levada a votos na Ordem do Dia das sessões legislativas e, pois, não corresse o risco de ser rejeitada. Decorrido o prazo, aprovada estava a proposição, sem que tivesse havido expressa manifestação deliberativa do Poder Legislativo, numa burla ao princípio da separação dos poderes engendrado por MONTESQUIEU, onde o Executivo, em matéria de legislação, frise-se, participa pela faculdade de impedir, e não pela faculdade de estatuir.

Em regimes democráticos, o poder emana do povo que o exerce por seus representantes. A soberania popular, e não mais a vontade de um soberano, é o fundamento da lei. A legitimidade legal é, pois, pressuposto de um regime democrático. A lei na democracia representativa deve nascer da observância do devido processo legislativo, respeitando-se tanto o aspecto formal de sua formação, como também o pressuposto que deva ela ser corolário, numa perspectiva histórica e sociológica, da predominante vontade da Nação. E o decreto-lei, com força de lei, era manifestação de autoritarismo de um Executivo sem a legitimidade proveniente do poder emanado pelo povo. Tratava-se de poder imposto pela força militar alicerçada na ideologia da segurança nacional.

### **3.2. Medida provisória**

Em razão das características autoritárias que selaram o decreto-lei durante sua vigência, notadamente a aprovação tácita decorrente do decurso de prazo, na constituinte de 1988 trabalhou-se para extirpar esse legado do autoritarismo militar. Propunha-se inverter os efeitos do decurso de prazo. As propostas legislativas do Executivo sem deliberação do Legislativo, implicariam a sua rejeição e não mais a sua aprovação. Afinal, a deliberação tácita ou *facta* é ficção jurídica, há tão-somente pressuposta deliberação. Como um Poder, composto por um colegiado e que toma suas decisões mediante o voto, pode deliberar uma matéria sem tê-la votado?

Procurou-se inverter os efeitos do decurso de prazo, sem, contudo, olvidar de dotar o Executivo de um instrumento legislativo extraordinário para enfrentar situações de relevância e urgência, e sem que houvesse a imediata necessidade de manifestação do Legislativo. Como substituto do decreto-lei, surge, assim, a medida provisória, disciplinada no artigo 62 da Constituição de 5 de outubro de 1988:

“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, 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 dela decorrentes.”

### 3.2.1. Os debates constituintes e o surgimento da medida provisória

Convém anotar o que os cientistas políticos, ARGELINA CHEIBUB FIGUEIREDO e FERNANDO LIMONGI, concluíram, após percutiente pesquisa nos anais da Assembléia Constituinte, sobre o nascimento da medida provisória: “O atual art. 62 da Constituição foi incluído no anteprojeto da Subcomissão do Poder Legislativo e sobreviveu a todas as fases dos trabalhos constituintes”.<sup>23</sup>

JOSÉ AFONSO DA SILVA, que trabalhou na assessoria parlamentar das atividades constituintes registra que:

“(…) as medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88”<sup>24</sup>

### 3.2.2. Fundamentação teórica da legislação extraordinária

O instituto da medida provisória foi importado do regime parlamentarista italiano<sup>25</sup>, para o regime presidencialista brasileiro.

Sabe-se que, doutrinariamente, uma das principais características do sistema presidencialista é a “*inexistência de participação do Presidente em matéria de iniciativa de leis, que, por força do princípio da separação de poderes, cabe principalmente ao poder legislativo*”.<sup>26</sup> SÉRGIO RESENDE DE BARROS observa que os provimentos provisórios, como são as medidas provisórias, são mais próprios do parlamentarismo, “*em razão da identidade*

<sup>23</sup> *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*, p.133.

<sup>24</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p.523.

<sup>25</sup> Artigo 77 da Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947: “O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-los para a conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, são convocadas para esse propósito e se reúnem dentro de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não são convertidos em lei dentro de sessenta dias da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular por lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.”

“*Il governo no può senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valori di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle camere che, anche sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.*”

<sup>26</sup> Paulo Bonavides, *Ciência Política*, p.298.

*política - de programa e de ação - necessariamente existente entre a maioria parlamentar e o Gabinete por ela apoiado. No presidencialismo, porque o Executivo não depende dessa identidade com o Legislativo, tais provimentos não operam satisfatoriamente. Constituem grave distorção do sistema.”<sup>27</sup>*

KARL LOEWESTEIN consignava, em 1957, que:

“o governo não só participa do processo legislativo como também exerce diretamente funções legislativas, seja por direito originário ou por delegação. **A delegação de competências legislativas da Assembléia para o Governo tem-se convertido em uma manifestação universal da era tecnológica. A transformação do Estado legislativo em Estado administrativo tem conduzido a uma mudança muito importante na dinâmica do poder. As intervenções governamentais na vida social e econômica atingiram um patamar jamais visto.**”<sup>28</sup> (destacou-se)

Em estudo sobre o poder legiferante do Presidente da República, OTTO GIL esclarece que:

“a função do Estado, de impor normas gerais, à obediência de todos os cidadãos, para garantia da ordem jurídica, já não pode ser obra, apenas, do Poder Legislativo. Há que ter a co-participação, efetiva e oportuna, do Poder Executivo, como responsável que é pela manutenção da ordem jurídica e pelo desenvolvimento econômico, social e político da Nação.”<sup>29</sup>

O instituto da medida provisória com força de lei foi concebido no Direito Constitucional brasileiro para ser adotado em situações extraordinárias e quando houvesse relevância e urgência, respondendo o Estado com eficácia e rapidez quando chamado à prestação legislativa. Todavia, na prática, tornou-se a principal forma de legiferação pelo Executivo e não pelo Legislativo. Sem que houvesse indicativo sobre critérios objetivos para precisar “relevância” e “urgência”; e sem limites materiais constitucionalmente expressos para editar medida provisória, o Executivo, aproveitando-se desse instituto inteiramente novo na ordem constitucional brasileira, utilizou-o, no início, indiscriminadamente, como verdadeira carta branca para editar normas com força de leis.

### **3.2.3. A omissão do Legislativo e a reedição das medidas provisórias**

Por conta de vários fatores que levaram e levam à crise do Legislativo como, e. g., a dificuldade inerente dos colegiados em tomar decisões rápidas, o Executivo acaba legislando no lugar daquele. Abdica o Parlamento de sua

---

<sup>27</sup> Medidas, Provisórias?, In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p.79.

<sup>28</sup> *Teoría de la Constitución*, p.273-274: “El gobierno no participa sólo en el proceso legislativo sino que ejerce funciones legislativas directamente, bien por propio derecho o en virtud de delegación. La delegación de facultades legislativas de la asamblea en el gobierno se ha convertido en una manifestación universal de la época tecnológica. La transformación del Estado legislativo en Estado administrativo há conducido a un cambio muy importante de la dinámica del poder. Las intervenciones gubernamentales en la vida social y económica se han incrementado en un grado jamás alcanzado. Constantemente pasan a la órbita de vigilancia y regulación estatal campos que antes pertenecieron a la iniciativa privada; la esfera de autodeterminación individual ha disminuido consecuentemente”.

<sup>29</sup> O poder legiferante do Presidente da República, in: *Revista de Informação Legislativa*, p.4.

função precípua de legislar ou a delega? Trata-se de estratégia do Parlamento que prefere transferir responsabilidade ao Executivo a assumir para si as críticas relativas à legislação proveniente da aprovação de medidas provisórias que adotam políticas públicas equivocadas?

O fato é que, utilizando-se deste singular instrumento para elaboração de legislação extraordinária, o presidente JOSÉ SARNEY lançou, em 15 de janeiro de 1989 - três meses após a promulgação da Constituição -, mais um “pacote econômico”, o ‘Plano Verão’. Para implementá-lo editou nove Medidas Provisórias (MPs). O Congresso dispunha de 30 dias para aprová-las ou rejeitá-las. Até então, o Congresso havia deliberado todas as medidas provisórias já editadas. Referentemente ao prazo das medidas provisórias, pelo menos, as disposições constitucionais estavam sendo respeitadas e não tinha havido nenhuma reedição de medida provisória. A sociedade agia com o pressuposto da impossibilidade de reedição de medida provisória, como se pode constatar pelas notícias veiculadas à época. Transcorreram-se os 30 dias e o Congresso nada deliberou, omitiu-se. **“Posto contra a parede, forçado a aprovar o plano para não ser acusado de favorecer o caos”**,<sup>30</sup> o Congresso vai admitir a reedição de MP.

No dia 21 de fevereiro de 1989, o Congresso defrontou-se com a reedição da MP nº 29, por intermédio da MP 39. O presidente do Congresso, senador NELSON CARNEIRO, nomeou comissão *ad hoc*, composta por três senadores e três deputados (PAES LANDIM, PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, BONIFÁCIO ANDRADA, AFONSO ARINOS, CID SABÓIA e MAURÍCIO CORREA) para dar parecer sobre a constitucionalidade da reedição. O relator, que acabou sendo o deputado NELSON JOBIM e que não figurava entre os membros da Comissão originariamente designada pelo presidente do Congresso, admitiu a reedição da MP nº 39 em parecer<sup>31</sup> aprovado por membros da comissão (PAES LANDIM, PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, CID SABÓIA e MAURÍCIO CORRÊA) e publicado no DCN de 1º de março de 1989: **“(…) Na ausência da lei complementar (art. 59 da CF) e diante da necessidade de tomada inadiável de uma decisão, entendemos, transitoriamente, até o advento da mencionada lei, pela admissão da reedição da medida, mesmo porque somente a lei complementar pode disciplinar o exercício de um direito subjetivo constitucional”**.

Evitou-se o caos decorrente das relações jurídicas havidas por força da MP 29 e fundou-se o caos jurídico contabilizado em 5.513 reedições de medidas provisórias ocorridas até 11 de setembro de 2001<sup>32</sup> - data da promulgação da Emenda Constitucional nº 32, que alterou substancialmente a disciplina das medidas provisórias -, das 616 medidas editadas originariamente. A crítica de juristas brasileiros à sistemática das medidas provisórias jamais deixou de existir.<sup>33</sup> Já por ocasião da revisão constitucional que se faria a partir de 1993, o clamor por mudanças era assim registrado:

---

<sup>30</sup> Argelina Cheibub, Fernando Limongi, op. cit., p.139, nota 23.

<sup>31</sup> Parecer nº 1, de 1989, do Congresso Nacional, publicado no Diário do CN, de 1º de março de 1989.

<sup>32</sup> Ver no “site” [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) o ícone medidas provisórias.

<sup>33</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello e Fábio Konder Comparato, Quem muito se abaixa..., in: *Folha de São Paulo*, edição de 14 de fev. de 2001, p.A3: **“(…) A novidade do procedimento, escusa dizê-lo, não está no fato de uma medida provisória alterar a Constituição.**



“(…) o processo legislativo e a faculdade atribuída ao Presidente da República terão que ser reformulados para impedir o exercício do Poder Legislativo pelo Poder Executivo. O princípio da legalidade, adotado pela atual Constituição Federal, ao qual, com tanta freqüência aludem, em nosso País, as leis, a jurisprudência e a doutrina, é incompatível com a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República. A maioria das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República é inconstitucional. Essa inconstitucionalidade decorre do fato de os pressupostos constitucionais para a edição de medidas provisórias não estarem presentes na maioria delas. A reedição de medidas provisórias pelo Poder Executivo é uma prática abominável. Qualquer medida provisória somente pode ser editada uma vez pelo Presidente da República. O prazo constante do parágrafo único do artigo 62 da Constituição Federal é peremptório”.<sup>34</sup>

Mais recentemente, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, RUBENS APPROBATO MACHADO, em discurso no dia 31 de maio de 2001, por ocasião da posse do ministro MARCO AURÉLIO na Presidência do Supremo Tribunal Federal, e com a presença do então presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO na solenidade:

*“Há tantas incertezas, e indagações afloram: teremos condições de superar o crescente quadro de dificuldades que ameaça romper a estabilidade cada vez mais tênue para nossas visões? **Teremos condições de sustar o processo de ruptura constitucional, que desfila aos nossos olhos pela passarela aviltante das Medidas Provisórias, agora invadindo e negando os direitos fundamentais?**”*

#### **3.2.4. A ‘praxis’ do Executivo, a omissão do Legislativo e a Jurisprudência do STF sobre medidas provisórias**

O preceptivo constitucional originário contendo o instituto da medida provisória no Brasil vigorou durante quase treze anos (05.10.88 - 11.09.2001) sem alterações substanciais. Nesse período a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cuidadosamente anotada por ALEXANDRE DE MORAES<sup>35</sup>, enfrentou “maniqueísmos hermenêuticos abomináveis”<sup>36</sup> de alguns “juristas”

---

***Ninguém mais presta atenção a esse detalhe, que passou a fazer parte dos nossos costumes políticos. A novidade foi que uma medida provisória, assinada em 26 de janeiro, revogou outra, assinada não anteriormente, mas na mesma data: o artigo 32 da medida provisória nº 2.139-62, revogou expressamente a de nº 2.139-61, ambas datadas de 26 de janeiro de 2001. Só que a primeira foi publicada em 27 de janeiro e a segunda apareceu no Diário Oficial dois dias depois (é verdade que o dia 28 fora um domingo). Como é possível isso? Então, o presidente (do quê mesmo?) é capaz de revogar um ato normativo que não chegou a ser publicado oficialmente? Toma uma decisão pela manhã, muda de idéia à tarde e já não pode impedir o funcionamento inextorável da engrenagem burocrática que conduz o texto à imprensa oficial? A verdade é mais escabrosa. As duas medidas provisórias são idênticas, salvo numa disposição: exatamente a que dá a bancos particulares a lucrativa (e inconstitucional) disponibilidade de recursos públicos”.***

<sup>34</sup> Carlos Alberto Ramalho, as medidas provisórias - novo instrumento de direito constitucional, in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p.145.

<sup>35</sup> *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p.1116-1140.

<sup>36</sup> Fran Figueiredo, as medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro, in: *Revista de Informação Legislativa*, p.145.

para justificar a distorcida execução prática das medidas provisórias e assentou alguns entendimentos:

a) **possibilidade de reedição de medida provisória rejeitada tacitamente e impossibilidade de reedição de medida provisória rejeitada expressamente** (ADIns 295-DF; 1.397-DF; 1.516-RO; 1.610-DF; 1.135-DF);

b) **impossibilidade de o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória já editada. A obrigação do Congresso apreciar a medida provisória decorre de mandamento constitucional** (RTJ 151/331);

c) **impossibilidade de revogação de medida provisória por outra medida provisória** (ADIn 221-DF; ADIn 1.204-5);

d) **desnecessidade de sanção presidencial em medida provisória aprovada pelo Congresso Nacional sem alterações** (STF - 1ª T. - R Extr. nº 217.194/PR - Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, decisão 17-4-2001. *Informativo STF*, nº 224), **sendo o PLV, projeto de lei de conversão, encaminhado ao Presidente do Senado Federal para promulgação;**

e) **ao Executivo compete, de forma discricionária, avaliar os requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória** (ADIn 162-1 - Medida Liminar, R Extr. nº 62.739-SP, ADIn 2.150 - Medida Liminar), **desde que não haja flagrante e objetiva ausência de relevância e urgência, quando, então, há possibilidade de controle judicial** (ADIn nº 1.753-2/DF - Medida Liminar - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 jun. 1998, p. 51; ADIn nº 1.849-0/DF - Medida Liminar - Rel. Min. MARCO AURÉLIO, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 ago. 1998, p.2; ADIn nº 1.647-4/PA - Rel. Min. CARLOS VELLOSO, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 1999, capa);

f) **competência exclusiva do Congresso nacional para disciplinar as relações jurídicas decorrentes de rejeição de medida provisória** (ADIn 1.612-1/MS - Medida liminar - Rel. Min. CARLOS VELLOSO, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 abr. 1998);

g) **não-cabimento de mandado de injunção em virtude da ausência de edição de decreto legislativo para regulamentar as situações jurídicas decorrentes da não-conversão de medida provisória** (MI 415-3/SP - Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 fev. 1993, p. 1929);

h) **enquanto não convertida definitivamente em lei, a medida provisória meramente suspende a eficácia de lei que trata do mesmo assunto, não revogando-a** (STF - Pleno - ADIn nº 717-2/DF - Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 fev. 1993, p. 2.287);

i) **limitação material das medidas provisórias:**

- **impossibilidade de edição de medidas provisórias em matéria de lei complementar** (STF - Pleno - ADIn nº 1.516-8 - Medida liminar - Rel. Min. SYDNEY SANCHES, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 ago. 1999, p.3);

- **nas matérias que não podem ser objeto de lei delegada** (Art. 68, § 1º da CF);

- **matéria penal** (ADIn nº 162-1/DF - Medida Liminar - Rel. Min. MOREIRA ALVES, decisão 14-12-1989, *Diário da Justiça*, Seção I, 19, set. 1997.);

k) **não-cabimento de mandado de segurança contra medida provisória que equívale à lei em tese** (STF - MS nº 22.649-8/RJ - Rel. Min. MOREIRA ALVES, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 nov. 1996, p.45.267; Súmula 266: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.).

### 3.2.5. A nova disciplina constitucional das medidas provisórias

O Congresso Nacional promulgou as Emendas Constitucionais nºs 5, 6, 7 e 8 em 15 de agosto de 1995. Em todas havia dispositivo vedando a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto nas respectivas emendas. A EC nº 9, de 9 de novembro de 1995 também trazia expressa esta vedação. E as EC nºs 6 e 7, acrescentavam artigo ao Título IX - "Das Disposições Constitucionais Gerais" para determinar:

"Art. 246 - 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."

São postos limites expressos de ordem material à edição de medidas provisórias por intermédio de limite de ordem temporal: a partir de 1995, qualquer artigo da Constituição que sofresse alteração não poderia ser regulamentado por medida provisória. Foram sendo promulgadas várias Emendas Constitucionais e, pois, foi aumentando o campo de incidência de matérias alteradas que não poderiam ser regulamentadas por medida provisória. De agosto de 1995 a setembro de 2001 foram promulgadas mais 24 Emendas Constitucionais. Até que, após seis anos de tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 472-F, as Mesas das Câmara dos Deputados e do Senado promulgaram, no fatídico 11 de setembro de 2001, a Emenda Constitucional nº 32.

A Emenda Constitucional nº 32 é constituída de três artigos. O art. 1º altera a redação dos artigos 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246. O art. 2º determina que as medidas provisórias editadas em data anterior a 11 de setembro de 2001 continuem em vigor até que **medida provisória ulterior as revogue explicitamente** ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. E o art. 3º é o dispositivo de vigência.

O cerne das alterações deu-se no artigo 62 que, de um, passou a contar com doze parágrafos:

"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;

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 elas regidas.

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

### 3.2.5.1. Uma nova natureza jurídica?

FRAN FIGUEIREDO, em setembro de 1990, ao formular alguns princípios de vedação das medidas provisórias, discorre sobre o “princípio da excepcionalidade ontológica” da medida provisória e sobre sua natureza jurídica:

**“A medida provisória não é lei. Nem é decreto, ou portaria, ou qualquer ato a que se possa atribuir os elementos essenciais da norma jurídica. Assemelha-se, é verdade, à lei. É parassimétrica a esta, guarda com ela algumas conexões analógicas, mas um modelo não se transfunde noutro. (...)**

Se as medidas provisórias perdem a eficácia desde a edição, caso o Congresso não resolva convertê-las em lei, temos então que, a partir daí, com a perda da eficácia ‘ex tunc’, não se pode falar em lei por ser aquela um atributo essencial desta, conforme a melhor doutrina de direito. Dissolvidos os efeitos jurídicos da medida, efeitos adredemente perseguidos numa relação de causalidade, não estaríamos diante senão de uma espécie de ‘res nullius’, de um nada jurídico, não fossem os efeitos materialmente produzidos na vida de pessoas e instituições, durante a provisoriedade de sua existência.”<sup>37</sup>

Todavia, a partir da Emenda Constitucional nº 32, as relações jurídicas da medida provisória que não for convertida em lei, seja por sua rejeição ou pela perda de eficácia pelo decurso do prazo, **deverão** ser disciplinadas pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, em 60 dias. Caso não editado o decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência, conservar-se-ão regidas pela medida provisória rejeitada. Assim, não há mais falar em dissolução dos efeitos jurídicos da medida, nem em perda de eficácia desde a sua edição. A uma, porque **devem** os efeitos das relações jurídicas ser necessariamente disciplinados pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo. A duas, porque se não forem disciplinados, os efeitos das relações jurídicas não sofrerão dissolução, ‘ex vi’ de expresse mandamento constitucional: **“as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”** (§ 11 do art. 62 da CF). Assim, não há mais condição resolutive da medida provisória operando negativamente, desconstituindo ‘ex tunc’ os efeitos da medida provisória desde a sua edição. Esta parece-nos ser a mais conseqüente mudança acerca da natureza jurídica da medida provisória. Se antes da EC 32/01 a medida provisória tinha força de lei enquanto não fosse rejeitada, expressa ou tacitamente, a partir da EC 32 a medida provisória sempre terá força de lei para ‘as relações jurídicas constituídas’.

---

<sup>37</sup> Op. cit., p.146-147, nota 36.

### 3.2.5.2 A tramitação e o novo prazo constitucional de vigência das medidas provisórias

Afeita ao tema em análise - O Presidente e o Poder Legislativo - é a manchete que sublinhamos, e que tem sido lugar comum nesses últimos meses: **“Tramitação de MPs deve mudar para agilizar votação de reformas”**, extraída do jornal Valor Econômico.<sup>38</sup> Relata-se na notícia que:

“a votação das reformas estruturais no Congresso poderá ser prejudicada pelo rito de apreciação das medidas provisórias. Líderes partidários no Senado Federal chegaram a essa conclusão em reunião ontem. **A Casa Civil** e lideranças do governo **já estão elaborando estudos para modificação do rito de apreciação das MPs**. As pautas da Câmara e do Senado estão constantemente trancadas pelas MPs. Emenda constitucional aprovada no ano passado (sic) determinou que uma medida provisória tranca a pauta 45 dias após sua edição. Como o governo não tem maioria folgada nas duas Casas, tem optado por tentar um acordo com a oposição antes das votações das MPs. Essas negociações políticas demandam tempo e, por isso, as votações estão avançando muito lentamente desde o início do ano. (...) O presidente do Senado, José Sarney, não esconde o incômodo com a lentidão das votações: ‘Infelizmente, por causa do dispositivo constitucional, não poderemos dar andamento a nenhuma matéria na Casa’, disse Sarney, ao encerrar a sessão ontem por falta de acordo para votar a MP 82. Ele disse ainda que foi contra a modificação do rito de apreciação das medidas provisórias. ‘Não concordei e achei que criaríamos **um problema difícil para o processo legislativo. Vamos ter que encontrar uma alternativa. Isso é um drama.**’ (...) O líder do PMDB no Senado, Renan Calheiros, é outro que defende mudanças urgentes. ‘Caso contrário vamos **comprometer todo o funcionamento do Congresso** e paralisar a votação das reformas. **Foi um erro mudar a Constituição.**’”

No que concerne ao procedimento legislativo, a Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias. Não procederemos à análise dos 23 artigos da resolução pois este não é objetivo deste trabalho, no entanto, interessa-nos anotar a necessidade de inúmeras normas regimentais regulamentando o procedimento para apreciação de medida provisória, tornando-o moroso. ANDYARA KLOPSTOCK SPROESSER em estudo percuciente sobre o tema conclui que:

“a apreciação de medida provisória pelo Congresso Nacional é demasiadamente complexa e lenta. Quando menos, esse defeito acaba por lhe conferir o estigma de extrema precariedade, uma vez que sua vigência fica inteiramente condicionada aos humores do Congresso Nacional. Assim, num primeiro momento, pode-se entender que a medida provisória satisfaz à necessidade de rapidez ou presteza no regramento da vida social. Logo adiante, entretanto, toma-se consciência de sua incapacidade de atender satisfatoriamente às urgências da vida social juntamente com a segurança jurídica. Ao contrário, revela-se como fator de perturbação da normalidade do ordenamento jurídico e da própria vida social. Daí

---

<sup>38</sup> Maria Lúcia Delgado, tramitação de MPs deve mudar para agilizar votação de reformas, in: *Valor Econômico*, edição nº 736., de 10 de abril de 2003, p.B5.

por que melhor teria sido ao Constituinte deixar-se ficar apenas com a lei delegada, disciplinando-a convenientemente, em especial porque, ao revés da medida provisória, é mais democrática e menos perturbadora.”<sup>39</sup>

A partir da EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, a medida provisória vige, com força de lei, a partir da data de sua publicação, durante sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta. Havendo intercorrência de recesso parlamentar (16/dez. a 14/fev.; 1º/jul. a 31/jul), suspende-se a contagem do prazo nos períodos de recesso.

Assim, como hipótese, uma medida provisória editada no dia 15 de dezembro teria a contagem do seu prazo suspenso até 14 de fevereiro, inclusive. A partir do dia 15 de fevereiro contar-se-ia o seu segundo dia do prazo inicial de 60, chegando até o dia 14 de abril para se completar os primeiros 60 dias. Com a possibilidade de prorrogação por mais 60 dias, alcança-se 14 de junho. Sendo rejeitada no dia 14 de junho ou perdendo sua eficácia a partir de 15 de junho, aguardar-se-á por até mais 60 dias para a edição do decreto legislativo dispendo sobre as relações jurídicas decorrentes de quando esteve em vigor (de 15/dez. a 15/jun.). Tem-se, como prazo final para a edição do decreto legislativo o dia 14 de setembro, pois suspende-se a contagem do prazo no recesso parlamentar de julho. Havendo convocação extraordinária do Congresso Nacional e medidas provisórias em vigor na data da convocação, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação, contando-se o prazo durante a convocação extraordinária.

### 3.2.5.3. Condições para reedição da medida provisória

*Está expressamente vedada a reedição de medida provisória na mesma sessão legislativa que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo (§ 10 do art. 62). Portanto, não há impedimento de reedição de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, desde que a reedição não ocorra na mesma sessão legislativa em que se deu a rejeição ou a perda da eficácia por decurso de prazo.*

### 3.2.5.4. Revogação de medida provisória por outra

As medidas provisórias editadas antes de 11 de setembro de 2001 continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional (art. 2º da EC nº 32/01). Houve como que uma **perenização** de todas as medidas provisórias editadas até 11 de setembro de 2001, não importando se dotadas de eficácia nesta data.

Entende-se, também, que o Presidente da República não pode retirar medida provisória ainda não apreciada pelo Congresso. O Ministro CELSO DE MELLO afirma que eventual solicitação de retirada (...):

---

<sup>39</sup> *Direito parlamentar - processo legislativo*, anotações para a segunda edição, gentilmente cedidas pelo Autor.

“(…) teria o sentido de um gesto desvestido de eficácia jurídica e o significado de um comportamento revestido de grave conseqüência político-institucional, posto que configuraria obstáculo ilegítimo ao exercício de uma prerrogativa constitucional deferida ao Poder Legislativo: o exame, pleno e integral, da medida provisória editada. O Presidente da República, após a publicação da medida provisória, não mais tem poder de disposição sobre ela”. (RTJ 151/331)

### 3.2.5.5. Limitações materiais para edição de medidas provisórias

As limitações materiais estão expressas nos §§ 1º e 2º do art. 62 da Constituição.

Cerca de um ano após a promulgação da Constituição em vigor, o Ministro CELSO DE MELLO, em voto vencido<sup>40</sup>, deixava assentes princípios que deveriam nortear as limitações na edição de medida provisória. Após doze anos, o teor de seu voto vencido foi constitucionalizado. Prevaleceu como preceptivo constitucional a vedação para se editar medida provisória sobre matéria relativa a direito penal, cidadania, direitos políticos, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Incontrovertida a possibilidade de edição de medida provisória em **matéria tributária**, a teor do que dispôs o § 2º do artigo 62. A medida provisória poderá criar ou majorar o Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre Produtos Industrializados, Imposto sobre Operações Financeiras e impostos extraordinários de guerra externa, sendo que nestes casos haverá eficácia imediata.

Para o atendimento de despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, permite-se a alteração do orçamento mediante medida provisória. Admite-se também a majoração e instituição de contribuições sociais.

---

<sup>40</sup> A possibilidade constitucional de edição de medidas provisórias “não confere ao Presidente da República o poder de emanar regras materialmente legislativas, mediante edição dessa singular espécie cautelar normativa. O conteúdo material das medidas provisórias não abrange qualquer categoria temática, mas, tão-somente, aqueles assuntos cuja disciplina jurídica, por seu intermédio, se revele compatível com o sistema e os princípios adotados por nossa Constituição. Assim, **há, pelo menos, três princípios cujo valor imperativo restringe o âmbito de incidência material das medidas provisórias: o princípio da divisão funcional do poder, o princípio da Federação e o princípio da liberdade**. Com efeito, o princípio da separação de poderes constitui obstáculo ao irrestrito exercício desse poder normativo excepcionalmente deferido pela Constituição ao Presidente da República. Ele impede que o Chefe do Executivo invada domínio tematicamente reservado à iniciativa dos demais Poderes do Estado. A edição de medidas provisórias configuraria, nesses casos, usurpação de competência constitucional do Legislativo e do Judiciário. O princípio federativo, que impõe respeito à autonomia político-jurídica das coletividades locais institucionalizadas - os Estados-membros e os Municípios - veda ao Presidente da República a interferência normativa em assuntos sujeitos à competência exclusiva daquelas unidades federadas. O sistema de tutela constitucional das liberdades, por sua vez, opõe-se à disciplina restritiva do *status libertatis*, passível, apenas, de ação legislativa do Congresso Nacional. A norma extraordinária, veiculada mediante medidas provisórias, não pode incidir sobre temas concernentes ao próprio *status libertatis*. A liberdade só pode sofrer condicionamentos normativos quando autorizados, estes, por lei formal e não por mera decisão unilateral emanada do Chefe do Poder Executivo da União”. (STF - Pleno - Adin nº 162-1/DF - Medida liminar - Rel. Min. Moreira Alves, decisão de 14-12-1989).



#### **4. CONCLUSÕES**

Nos Estados Unidos, berço do presidencialismo, diz-se que o Presidente da República tornou-se Chefe Legislador<sup>41</sup>, muito embora a iniciativa de lei seja exclusiva do Congresso conforme preconiza o artigo 1º da Constituição dos Estados Unidos. Fundamentam tal assertiva o fato de o Presidente da República apresentar projetos de lei sobre as mais variadas matérias, por intermédio de parlamentares que dão sustentação ao governo; receber, por delegação legislativa, a incumbência de elaborar leis que demandam conhecimento e dados específicos e técnicos; deter o poder de legislar negativamente opondo vetos.

Também no Brasil o Presidente da República é o impulsionador da elaboração legislativa, seja mediante lei delegada, deflagração do processo legislativo por iniciativa própria ou por intermédio da edição de medidas provisórias com força de lei. As mais importantes peças legislativas sobre finanças e orçamento são também de iniciativa privativa do Presidente.

É fato, pois, que o Poder Legislativo não mais detém o monopólio da função de impor normas gerais à obediência dos cidadãos. Há efetiva co-participação do Executivo em razão de sua co-responsabilidade na condução do desenvolvimento econômico e social da nação. Governa-se hoje por intermédio da legislação. Em razão de cada vez mais o Estado intervir nas relações econômicas e sociais, sublinha-se a importância de os governos não poderem prescindir de instrumentos legislativos para elaboração de legislação de emergência e sem a imediata deliberação pelo Poder Legislativo sobre tais medidas. Todavia, essa necessidade não se pode transformar em usurpação da função legislativa pelo Poder Executivo. Cabe, ainda, ao Legislativo, ser o órgão condutor, se não da elaboração legislativa, ao menos da política legislativa.

À evidência, não há como negar que o Presidente da República atua efetivamente como agente - para não dizer chefe - da função precípua do Legislativo que é a de legislar. Se os poderes constituídos pudessem delegar circunstancialmente funções uns aos outros, nulo seria o princípio da separação de poderes. No entanto, espera-se também que o Estado-social exerça sua função legiferante com efetividade, pois 'acima das teorias, dos preceitos rígidos, dos textos veneráveis, estão os fatos incoercíveis e fatais', está a vida para ser tutelada, porém sob o império da lei no Estado Democrático de Direito.

#### **BIBLIOGRAFIA**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio; COMPARATO, Fábio Konder. Quem muito se abaixa... in: Folha de São Paulo, edição de 14 de fev. de 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, Provisórias? In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.53, jun. 2000

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

---

<sup>41</sup> Lawrence H. Chamberlain, *the president, congress and legislation*, p.14.

BUENO, Pimenta. Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5.ed. Coimbra: Almedina, [s.a.p.].

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. O Congresso e as delegações legislativas. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CHAMBERLAIN, Lawrence H. The President, Congress and Legislation. New York: Columbia University Press, 1946.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo Legislativo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro, in: Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 28, nº 110, abr./jun. 1991.

GIL, Otto de Andrade. O poder legiferante do presidente da república. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 10, n.38, abr/jun. 1973.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitucion. Barcelona: Ariel, 1965.

LOUREIRO JÚNIOR. Da delegação legislativa. São Paulo: Fadusp, 1968.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição Anotada. São Paulo: Saraiva, 1986.

PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrich Cahen Edit. v.1.

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional. 9.ed. atualizada. São Paulo: Atlas, 2001.

RAMALHO, Carlos Alberto. As medidas provisórias - novo instrumento de direito constitucional. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 11, abr./jun. 1995.

RANGEL, Leyla Castelo Branco. Delegação legislativa. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, Ano 2, n.8, 1965.

RAO, Vicente. As delegações legislativas no parlamentarismo e no presidencialismo. São Paulo: Max Limonad, 1966.

SILVA, José Afonso da. Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional. São Paulo: RT, 1964.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O Estado contemporâneo frente ao Princípio da Indelegabilidade Legislativa, in: Revista Trimestral de Direito Público, n.13, 1996.

SPROESSER, Andyara Klopstock. Direito Parlamentar - Processo Legislativo. São Paulo: ALESP/SGP, 2000

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1995.

TOLEDO, Gastão Alves de. Lei delegada. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, nº 3, abr./jun. 1993.

(\*) Secretário Geral Parlamentar da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo desde outubro/96. Mestrando em Direito Político e Econômico, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP. Procurador-chefe da Assessoria Técnica da Mesa de agosto de 1989 a outubro de 1996.

## O PODER LEGISLATIVO E SUAS ATRIBUIÇÕES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO (\*)

Fernanda Dias Menezes de Almeida (\*\*)

O poder, inesgotável fonte de interesse para as ciências sociais, é tema de consideração necessária especialmente nas áreas do Direito e da Política, indissociável do estudo de assuntos como estruturação do Estado, soberania, governo, legitimidade, entre outros.<sup>1 2</sup>

Para o tema em análise nesta oportunidade, importa o poder como elemento básico do Estado. Talvez o seu mais importante elemento, pois, como ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, é o poder “a causa formal do Estado”, é “a cabeça que dirige o povo, num determinado território, para a consecução do bem comum”.<sup>3</sup> Interessa-nos, assim, dentre os muitos poderes sociais que atuam e interagem na sociedade (poder religioso, militar, econômico, etc.) o poder político do Estado, que se há de entender o que assume a gestão dos interesses gerais da sociedade. Político, portanto, no sentido etimológico do termo, isto é, relativo à “polis”, aos negócios públicos, ao bem geral.

Parece relevante, para nos aproximarmos da separação dos poderes, que, por sua vez, nos levará ao Poder Legislativo e suas funções, adiantar certas características do poder político ou estatal, que devem ser compreendidas para o bom desenvolvimento do tema central.

Em primeiro lugar precisa ser referida a superioridade do poder político em relação aos demais poderes sociais. Isto é mais ou menos óbvio: para reger os destinos do povo, isto é, dos indivíduos e dos grupos em que estes se integram, o poder estatal deve naturalmente ser superior, em sua órbita espacial ou territorial, às decisões individuais e grupais. Há sem dúvida, ínsita nessa supremacia, uma relação de força: o poder político institucionalizado deve ser mais forte que os demais poderes sociais para impor-se a eles, o que não o exime, com vistas à sua legitimidade, de conduzir-se de acordo com a idéia de direito prevalecente na sociedade em que atua.

Seja como for, o certo é que classicamente, no Estado moderno, o poder tem se caracterizado como soberano, vale dizer, como poder que não tem superior, que se auto-determina sem subordinação a qualquer outro poder interno ou externo.<sup>4</sup>

Diz-se, mais, do poder estatal soberano, que é uno e indivisível.

---

<sup>1</sup> Cf. nesse sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o poder e seu controle, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 21, nº 84, out./dez. 1984, p.70.

<sup>2</sup> Cf. Nelson Saldanha, *separação de poderes*, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1981, p.1.

<sup>3</sup> Op. cit., p.70, nota 1.

<sup>4</sup> Não cabe analisar aqui as nuances que diferenciam os diversos conceitos doutrinários de soberania oferecidos pela Teoria Geral do Estado, nem questionar a validade ou a utilidade das concepções clássicas da soberania, diante do processo atual de globalização, o que levaria a uma digressão sobre assuntos importantes, sim, mas sem proveito maior para o enfoque que se dará ao tema central desta exposição.

É uno porque seria contraditória a existência de duas soberanias num mesmo Estado. Como, de fato, coexistirem no mesmo âmbito de jurisdição dois poderes soberanos, se acabamos de ver que a soberania é incompatível com qualquer tipo de subordinação?

É indivisível porque, aplicando-se o poder globalmente ao conjunto de situações fáticas verificáveis no Estado, seria ilógica a existência de várias partes separadas do mesmo poder.

E neste ponto vai se colocar fatalmente a questão, que é paradoxal: se o poder é uno e indivisível, como falar-se na divisão desse poder em poderes?

A pergunta é sugerida em particular pela formulação clássica de MONTESQUIEU, com que se celebrou, em “Do espírito das leis”, a doutrina da separação de poderes. Por que a preferência pela expressão “separação de poderes”, quando tecnicamente teria sido mais adequado falar em “separação de funções”, já que, a rigor, a teoria de MONTESQUIEU se apoia na distinção de três funções estatais e em sua atribuição a três órgãos autônomos?

Como registra NELSON SALDANHA, existem, de fato, fins a que está referida a própria existência do Estado. E para o atendimento desses fins desenvolvem-se no Estado atividades peculiares e distintas, cujo número irreduzível para uns é três, para outros, dois, conforme se entendam diferenciadas as funções de legislar, administrar e julgar, ou se prefira que a função de julgar é apenas um dos aspectos das atribuições administrativas.<sup>5</sup> Não vem ao caso aprofundar agora essa discussão, mas o que é possível concluir, considerando a existência dessas diferentes atividades estatais, é que, tecnicamente, seria mesmo talvez mais apropriado falar em separação de funções.

No entanto, pode-se explicar as razões da preferência de MONTESQUIEU pela designação “separação de poderes”, que não terá sido adotada impensadamente. Na lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ao preferir a palavra “poder”, a que é inerente a idéia de força, o autor da teoria da separação de poderes quis exprimir uma visão da estrutura social que vivifica o esquema jurídico da divisão das funções do poder. Ainda segundo FERREIRA FILHO, MONTESQUIEU identificava na realidade de seu tempo três forças políticas (rei, nobreza e povo), que estariam em tensão “da qual poderia resultar uma luta de morte, mas em cuja conciliação, em cujo equilíbrio, estava a fórmula infalível da liberdade de todos e de cada um.”<sup>6</sup>

Na verdade - e a afirmação que se segue já é até um lugar comum - MONTESQUIEU não estava preocupado em criar uma teoria de base científica. O que ele pretendeu transmitir foi uma receita de arte política para a contenção do arbítrio. Sua intenção era fazer a apologia do governo moderado, em contraposição ao absolutismo monárquico, aproveitando o exemplo da monarquia limitada britânica. O que ele idealizou sob a inspiração do modelo inglês - embora este modelo, como descrito em “Do espírito das leis”, em 1748, já não correspondesse bem à realidade da vida política da Inglaterra, onde já se implantara o parlamentarismo - foi um sistema de freios e contrapesos para evitar os abusos dos detentores do poder. Em passagem célebre, afirmou

---

<sup>5</sup> Op. cit., p.24, nota 2.

<sup>6</sup> *Do processo legislativo*, 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.110.

MONTESQUIEU: “A experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar do poder; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”<sup>7</sup> E essa disposição das coisas, para ele, deveria corresponder à separação das funções legislativa, executiva e judiciária e à sua atribuição a diferentes órgãos.

Mas voltando à pergunta acima formulada, a explicação sobre os motivos que terão levado MONTESQUIEU a falar em separação de poderes justifica sua preferência por essa expressão, mas não abala a noção da unidade e da indivisibilidade do poder soberano.

O que se fez na prática, no plano concreto, foi a identificação das funções do poder político, atribuindo-as a órgãos desse mesmo poder, que não aliena, portanto, a soberania a poderes estranhos. O poder permanece um só, exercido por órgãos seus, a que se cometem cada uma das três funções.

No fundo, trata-se mesmo apenas de uma divisão funcional e orgânica, mas que ganha em MONTESQUIEU um caráter novo e original. Sim, porque antes dele outros pensadores, como ARISTÓTELES ou LOCKE, já haviam identificado diferentes funções estatais. Porém, o que é obra genuína de MONTESQUIEU e angariou um prestígio imenso e duradouro para sua teoria foi a união do princípio da separação de poderes com a idéia de garantir a liberdade individual. A tripartição de poderes, insista-se, é a sua receita de liberdade política para coibir o arbítrio. Uma receita que vai se incorporar indissociavelmente ao constitucionalismo, a partir do século XVIII.

Com efeito, a idéia de Constituição escrita, concebida como instrumento jurídico de limitação do poder, incorpora desde o início o princípio da separação de poderes. As Constituições surgem no ideário político liberal como peças importantes do esquema de salvaguarda das liberdades diante do Estado. Mas não é qualquer Constituição que mereceria esse nome. É o que demonstra a enfática, dramática até, fórmula consagrada no famoso art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.”

É, pois, nesse ambiente de idéias, como partes de um sistema de freios e contrapesos que se tornou dogma de organização política, que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário passam a figurar desde então nas Constituições aclimatadas no Estado de Direito.

E, malgrado teoricamente se tenha procurado situar no mesmo nível os três poderes, o fato é que a visão política iluminista sempre deu maior destaque ao Legislativo. Por isso é que NELSON SALDANHA, aproveitando os termos “idéia” e “crença”, veiculados por ORTEGA y GASSET, conclui que para os homens do século XVIII valeu como idéia o esquema da igualdade de nível entre os poderes; mas a proeminência do Legislativo valeu como crença.<sup>8</sup>

De fato, já foi o Legislativo o primeiro entre os poderes, devendo-se essa posição à estreita vinculação estabelecida pelo pensamento político da época

---

<sup>7</sup> *Do espírito das leis*, Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, p.179-180, v.1.

<sup>8</sup> *Separação de poderes*, op. cit., p.6, nota 2.

entre lei e liberdade, a lei sendo a medida da liberdade. Em mais uma menção a MONTESQUIEU, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.<sup>9</sup>

Do prestígio da lei advinha, portanto, o prestígio do Legislativo, reforçado, de outra parte, pela origem democrática da instituição, representativa da vontade popular.

Mas, como ensina JEAN RIVERO, o valor liberal da lei reside, não na palavra, e sim na substância que esta encerra.<sup>10</sup> Torna-se, assim, necessário conhecer o sentido da lei para o pensamento político do século XVIII.

Para os revolucionários de 1789, influenciados pela filosofia iluminista, a lei representa a expressão necessária da justiça, por ser a expressão da vontade geral. Ora, a vontade geral nunca erra, quando fruto da razão humana suficientemente informada, e quando não desviada do interesse comum por interesses particulares. Nem pode a vontade geral ser opressiva, pois seria absurdo imaginar que o povo pretendesse oprimir a si próprio: sujeitando-se às leis o povo é livre, pois, estas são apenas o registro de sua vontade. Estão aí condensadas algumas das idéias de ROUSSEAU, cujo pensamento muito influenciou o espírito do seu tempo.<sup>11</sup>

Assim, repita-se, a lei, expressão da vontade geral e indissociável de seu conteúdo de justiça, seria a melhor garantia da liberdade.

Nessa ordem de considerações, não é de estranhar, portanto, que os outros poderes gravitassem em torno do poder que fazia a lei, em torno do Legislativo. Embora lhes fosse dado atuar num campo próprio, não estritamente submetido à mera execução da lei, podia-se reconhecer, à época, uma relação de subordinação do Executivo e do Judiciário ao Legislativo que, ditando a lei, dirigia por meio dela a atuação dos demais.<sup>12</sup>

Mas, o Legislativo acaba, com o tempo, por ceder a primazia ao Executivo. Muitos foram os fatores que contribuíram para isto. Sem a intenção de enumerá-los todos, apontem-se os mais comumente lembrados.

De um lado está a deturpação positivista da lei, de que resulta, em parte seu desprestígio. Passou-se a conferir aos órgãos encarregados de elaborá-la o poder de decidir o que fosse direito, como melhor lhes apossesse, independentemente do conteúdo de justiça. A lei, portanto, deixa de ser a medida da justiça, para se tornar apenas o fruto da elaboração regular pelos órgãos competentes. E com isto se torna, não raras vezes, instrumento para a realização de fins políticos, para atendimento de interesses particulares, em detrimento do interesse público.

De outra parte, transformam-se os objetivos do Estado, quando este, de liberal, se torna providencialista. Antes o Estado comportava-se como simples observador do livre jogo das leis naturais, que devia resguardar, sem nele

---

<sup>9</sup> Op. cit., p.179, nota 7.

<sup>10</sup> *Les libertés publiques 1. Les droits de l'homme*, Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.120.

<sup>11</sup> *Do contrato social*, trad. Rolando Roque da Silva, São Paulo: Cultrix, 1975.

<sup>12</sup> Nesse sentido: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *do processo legislativo*, op. cit., p.117, nota 6.

intervir. Agora passa a promotor do bem-estar, acrescentando-se-lhe enorme soma de atribuições para que possa desempenhar seu novo papel.

E o certo é que a lei nem sempre se tem mostrado instrumento adequado para atender às necessidades do “Welfare State”, que requer meios mais flexíveis e céleres para fazer frente à exigência de contínua adequação dos cálculos nos planos econômico e social.

O processo legislativo, naturalmente moroso, porque idealizado para permitir a ampla discussão dos temas a disciplinar, sem dúvida se mostra, em princípio, como garantia para o cidadão, fazendo supor que o produto final, a lei, atenderá ao interesse público. Mas a morosidade retarda, por outro lado, o oferecimento da base legal necessária para que o governo possa enfrentar problemas de solução inadiável com que se vê às voltas a todo momento e acaba por paralisar, com prejuízo para todos, a ação do Executivo.

E o fato é que a lentidão do mecanismo legislativo terminou por atrair a legislação governamental, como registra GEORGES BURDEAU, acrescentando que essa legislação é uma imposição da democracia governante, para atender aos imperativos do Estado de bem-estar.<sup>13</sup>

Assiste-se, assim, ao fim do monopólio legislativo do Parlamento e ao deslocamento da força política para o Executivo, fenômeno acentuado a partir do primeiro pós-guerra e irreversível. Hoje, como regra geral, o Executivo também legisla, seja por delegação do Legislativo, seja fazendo uso de instrumentos próprios, previstos diretamente na Constituição.

Em consideração ao fato de que o Executivo é hoje sempre mais que um mero executor das decisões parlamentares, desenvolvendo o seu próprio programa e definindo os objetivos da política nacional, Constituições como as da França, da Itália e da Alemanha substituíram mesmo a expressão “Poder Executivo” pela expressão “Governo”, mais consentânea com a realidade política de nosso tempo.

Diante da preponderância atual do Executivo, em favor de quem se desequilibra a separação de poderes, cabe indagar qual é hoje o papel do Legislativo.

Foi ele, como visto, despojado, em larga escala, de sua função, talvez a mais característica, ou seja, a de elaborar a lei.

Para ficar com o exemplo doméstico, a Constituição brasileira de 1988, além de permitir, no art. 68, a delegação legislativa ao Presidente da República, em termos que especifica, admite também a expedição de medidas provisórias pela mesma autoridade, conforme previsão do art. 62, “*caput*” e parágrafos. E reserva ainda com exclusividade ao Presidente, no art. 61, §1º, a iniciativa de leis sobre assuntos da maior relevância, sem contar que, nas hipóteses de iniciativa reservada, restringe também a faculdade de apresentação de emendas parlamentares aos projetos oriundos do Executivo, como deflui do art. 63, inciso I.

Registre-se, por oportuno, que a situação não muda no plano estadual, em que, a par das restrições de natureza formal, relativas ao processo

---

<sup>13</sup> *Traité des Sciences Politiques*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, p.415, v. 7.



legislativo, continua muito estreito o campo da competência legislativa e muito reduzido o número de matérias que podem ser disciplinadas pelo legislador estadual.

Não podemos nos esquecer, contudo, que a função de fazer a lei não é, nem nunca foi, a única atribuição do Legislativo. Nem sequer a primeira, historicamente falando. Os parlamentos surgiram como corpos representativos com atribuição de controlar politicamente o rei, aprovando ou rejeitando suas propostas. Só bem mais adiante, em suas vidas, assumiram a função legislativa. Na Inglaterra, por exemplo, considerada a matriz do parlamento, apenas no fim do século XIV o sistema de petição ao monarca contra ofensas aos direitos e aos costumes se transformou em processo legislativo, investindo-se o Parlamento de autoridade para elaborar a lei, que o rei sancionava ou vetava. Até aquela época, o soberano apenas convocava os representantes do povo para conhecer suas opiniões, suas reivindicações. O objetivo das reuniões era, em geral, a obtenção de dinheiro e a concordância na orientação geral do reino, isto é, o controle financeiro e o controle político do governo.

E são exatamente essas primeiras atribuições que podem representar a saída para a recuperação do prestígio perdido pelo Poder Legislativo. Dedicar-se mais à primordial tarefa de representação, assegurando perante as autoridades governamentais a expressão pública das reivindicações e protestos da coletividade; exercer um efetivo controle da vida financeira e da Administração Pública: esta parece ser a fórmula de redenção do Parlamento.

Está hoje, mais do que nunca, na ordem do dia, a preocupação com o controle do poder político. Com razão afirma KARL LOEWENSTEIN que “o atual retrocesso que experimenta a liberdade se reflete na pouca força ou na eliminação das chamadas instituições de controle.”<sup>14</sup> E ao propor uma nova divisão tripartite das funções estatais, em substituição à clássica separação de poderes, que considera ultrapassada para os padrões do nosso tempo, o respeitado jurista e cientista político radica no controle político o núcleo da sua proposição. Sugere ele outra análise da dinâmica do poder, mais de acordo com a sociedade pluralista de massas do mundo contemporâneo, apresentando uma divisão das funções que compreende a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução dessa decisão (*policy execution*) e finalmente o seu controle político (*policy control*).<sup>15</sup>

Esboçando em linhas gerais a construção de LOEWENSTEIN, no marco do sistema constitucional pluralista, a tomada da decisão política fundamental caberia ao governo e ao parlamento, podendo haver a subsequente participação do eleitorado nesse processo.

Quanto à execução da decisão política fundamental, seria igualmente partilhada entre os detentores do poder: o parlamento, que estabelece para a comunidade as regras técnico-utilitárias para a execução; o governo, mediante a atuação administrativa de suas autoridades e funcionários e os tribunais, ao resolver os conflitos concretos de interesses e ao controlar a legalidade da atividade administrativa.

---

<sup>14</sup> *Teoría de la Constitución*, 2.ed., trad. Alfredo Gallego Anabinate, Barcelona: Ariel, 1970, p. 68.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.62.

Finalmente, a função de controle político no Estado constitucional pode dar-se sob dois aspectos. De um lado, pode consistir em fazer depender da atuação concertada necessária dos diversos detentores do poder a concretização de um ato estatal. É o caso, por exemplo, da elaboração da lei nos Estados em que ela dependa necessariamente da participação do Legislativo e do Executivo. O mesmo se diga da hipótese em que a Constituição faça depender de uma confirmação do Legislativo a nomeação para cargos do Executivo ou do Judiciário. De outro lado, o controle pode também consistir em que um detentor do poder impeça a realização de um ato estatal pelo outro, mediante a utilização de técnicas de controle autônomas, que podem ser empregadas discricionariamente, a juízo de seu titular, que delas poderá fazer uso ou não. É o caso, por exemplo, do uso, pelo Presidente da República, da prerrogativa do veto a projetos de lei. Ou, nos regimes parlamentaristas, do uso de moção de desconfiança pelo Parlamento, gerando a queda do Governo, ou da dissolução do Parlamento pelo Governo.<sup>16</sup>

Prefira-se ou não o novo esquema proposto por LOEWENSTEIN, o que parece significativo registrar é que nem o citado autor, nem outros críticos da doutrina de MONTESQUIEU, pretendem substituí-la por um modelo de concentração e ilimitação do poder político. É o mesmo LOEWENSTEIN quem, neste ponto acompanhando MONTESQUIEU, lembra que “o homem racional desconfia por natureza de todo poder ilimitado, e com razão.”<sup>17</sup>

E o certo é que, das diversas formas de controle do poder político, uma das mais utilizadas continua a ser a do “controle por contraste”, que na lição de FERREIRA FILHO, “consiste em manter o poder num âmbito delimitado, em razão de um jogo ou sistema de forças. Presume, portanto, que poderes se antepõem a um poder, e mormente ao poder, impedindo-o de ir além da fronteira estabelecida pelo direito. Gera o sistema de ‘freios e contrapesos’ em que tanto confiavam os liberais. É o governo misto dos antigos, a separação de poderes dos modernos.”<sup>18</sup>

Vale enfatizar - e isto resulta de todo o panorama exposto - que o controle político não se direciona apenas a um dos poderes. Historicamente, visou primeiro ao Governo e depois a cada um e a todos os detentores do poder. Portanto, não é apenas o Executivo que deve ser controlado. Também o Legislativo e o Judiciário podem e devem ser alvo de controles.

No momento, porém, a preocupação está centrada especificamente no exercício do controle político pelo Legislativo sobre a atividade do Executivo, salientando-se que, se bem conduzido, esse controle poderá devolver ao Parlamento o respeito esmaecido de tempos a esta parte.

E vendo as coisas por um ângulo positivo, para o exercício do controle político, a transferência de parte da absorvente função de legislar se afigura antes benéfica para o Legislativo, que da situação deveria tirar proveito. Como disse com propriedade ORLANDO DE CARVALHO, “para retornar ao seu legítimo papel, representativo, o Parlamento moderno necessita realizar sua

---

<sup>16</sup> Para aprofundamento das idéias de Loewenstein: cf. *Teoría de la Constitución*, op. cit., p.63 e ss, nota 14.

<sup>17</sup> *Teoría de la Constitución*, op. cit., p.68, nota 14.

<sup>18</sup> Sobre os diferentes modos básicos de controle do poder, “controle por limitação”, “controle por contraste” e “controle por dominação”, cf. *o poder e seu controle*, op. cit., p.91, nota 1.

reforma, a nosso ver, na direção de despojar-se da massa de legislação que é obrigado a processar, no exame da qual perde tempo e prestígio e permite, pela sua omissão, que o controle político do governo passe a ser exercido por outras entidades”. E completa adiante: “para reconduzir o Congresso à função de controle político, é preciso que se diminua o seu trabalho de rotina, pois ninguém teme o controle de um órgão sobrecarregado de tarefas.”<sup>19</sup>

Sintonizada com a modernidade, a Constituição de 1988, como vimos, reservou um amplo espaço para o Executivo - talvez até amplo demais - no que diz com a participação no processo legislativo. Mas não se descurou de compensar o Legislativo, prevendo e reforçando até, em certa medida, os mecanismos hábeis ao exercício do controle político a ser exercido sobre a Administração Pública.

Assim, no Brasil, continua o Legislativo a ser o poder financeiro, competindo-lhe, mediante controle externo, fazer a fiscalização financeira e orçamentária da Administração (arts. 70 e 71). E, igualmente, a ele cabe o controle político genérico, realizado na atividade diuturna do Congresso Nacional, bem como o controle mais direcionado, que se opera, por exemplo, no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito, que tiveram seus poderes dilatados (art. 58, §3º), ou mediante a convocação de autoridades do Executivo para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições (arts. 50 e 58, §2º, inciso III), ou pela submissão da nomeação de certas autoridades à aprovação prévia do Senado Federal (art. 52, incisos III e IV), ou ainda mediante a apuração dos crimes de responsabilidade nos processos de “impeachment” contra autoridades do Executivo, destacadamente contra o Chefe desse poder (arts. 51 e 52, incisos I e II).

Percebe-se, como visto, que foram postos à disposição do Legislativo instrumentos cujo manejo pode, sim, ensejar um efetivo controle da atividade governamental e administrativa. O que se espera apenas é que, ao fazer uso desse instrumental, evite o Legislativo o açodamento e o exagero que poderão ser tão prejudiciais à sua imagem, quanto a apatia e a omissão. O que se deseja, em verdade, é um controle responsável e equilibrado, que não se desgarre do respeito devido aos direitos fundamentais dos cidadãos e do respeito igualmente devido às instituições políticas próprias do Estado de Direito. Possuem a mesma estatura democrática os Poderes do Estado brasileiro e isto não se deve perder de vista quando irregularidades ou desmandos tiverem de ser investigados e corrigidos. Valoriza-se o Legislativo, não quando se torna palco para estrelismos, mas quando se mostra dinâmico e eficiente no exercício de suas funções. Disto está cada vez mais consciente o cidadão brasileiro, à medida que se avança na solidificação da democracia no país e a memória política passa a influir no resultado das urnas.

(\*) Palestra proferida na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, por ocasião do Simpósio “Atividade Parlamentar e Cidadania”, promovido pela Associação dos Assessores Técnicos Legislativos - Procuradores da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, em 29 de novembro de 2002.

---

<sup>19</sup> *Representação e controle político, reforma do Poder Legislativo no Brasil*, Brasília: Câmara dos Deputados, 1966, p.219-220.

(\*\*) A autora é Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Doutora do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

# OS MECANISMOS ASSECURATÓRIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Juliano Henrique da Cruz Cereijido (\*)

1. Introdução. 2. O grande paradoxo do desenvolvimento sustentável. 3. O desenvolvimento sustentável e a ordem econômica. 4. O desenvolvimento sustentável e a função social da propriedade. 5. Desenvolvimento sustentável e direitos humanos. 6. Os mecanismos instrumentais assecuratórios do desenvolvimento sustentável. 7. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O conceito de desenvolvimento sustentável procura dar guarida a duas forças intrínseca e essencialmente contrapostas: de um lado, a produção e as crescentes necessidades de uma sociedade voltada ao consumo, de outro, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, caracterizado atualmente como um dos direitos fundamentais do homem, na chamada “terceira geração” dos direitos humanos, potencialmente ameaçados por essa mesma atividade produtiva, muitas vezes predatória e desenfreada.

E é exatamente esse fenômeno que procuraremos abordar nesse trabalho, analisado face aos mecanismos constitucionais postos à disposição dos operadores do direito com vistas à sua validade e efetivação. Se a idéia do desenvolvimento sustentável consolidou-se efetivamente como um dos princípios norteadores da política ambiental, não só brasileira (prevista já na Lei nº 6.938/81), mas de todos os países e povos signatários da Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, de outro turno, enraizou-se profundamente no âmago de alguns dos mais tradicionais institutos do direito e da economia.

Nesse ínterim, procuramos sistematizar o desenvolvimento sustentável conjugando o tema com a delimitação dos seus instrumentos assecuratórios, que podem ser divididos em formais e instrumentais.

Na primeira categoria, relativa aos instrumentos assecuratórios formais do desenvolvimento sustentável, incluímos tanto os dispositivos que efetivamente o instituem e o colocam sob a garantia da tutela constitucional, como aqueles que regulamentando outras matérias, fazem com que estas sejam relativizadas e conjugadas com a idéia da proteção ambiental, acolhendo em seu seio princípios que de certa forma, acabam por limitar o próprio alcance de institutos tradicionais e de fruição quase absoluta, como a propriedade privada, ou mesmo minimizam a potencial volúpia da ordem econômica.

Evidentemente serão citados os dispositivos constitucionais mais diretamente relevantes na formação e delineamento da proteção constitucional ao desenvolvimento sustentável, e que mereceram tópico próprio, sem prejuízo da menção à proteção dos direitos humanos, ligados à idéia de qualidade de

vida que, embora de caráter supranacional, foram acolhidos expressamente como princípio nas relações internacionais, através do inciso II do artigo 4º da Carta Magna.

Na categoria dos mecanismos assecuratórios instrumentais, denominamos, sem a pretensão de sermos exaustivos, os principais mecanismos para a defesa do meio ambiente e conseqüentemente do princípio do desenvolvimento sustentável.

## 2. O GRANDE PARADOXO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O princípio ambiental do desenvolvimento sustentável recebe sua proteção e garantia constitucional no artigo 225 da Carta Magna. Este dispositivo impõe, como dever do Poder Público, a preservação do meio ambiente “para as presentes e futuras gerações”.

Como observam CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO e MARCELO ABELHA RODRIGUES<sup>1</sup>, “outro não poderia ser o entendimento da análise do artigo 225”, já que este repetiria o conceito de desenvolvimento sustentado definido pela Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento, ou seja, “aquele que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades”.

Já PAULO DE BESSA ANTUNES<sup>2</sup> ressalta o fato de que os novos ramos do direito, como por exemplo o direito ambiental e o direito dos consumidores, “não significam uma ruptura radical com o direito tal e qual este se estrutura na sociedade capitalista, mas, ao contrário, significam uma tentativa deste direito receber em seu seio novas questões, dando uma solução de compromisso para as mesmas”.

Essa solução de compromisso a que se refere o autor, certamente está relacionada a este grande **paradoxo** que mencionamos em nossa introdução. Se o âmago da questão do desenvolvimento sustentável encontra-se intimamente relacionado com o eterno e contínuo descompasso entre a atividade econômica, potencialmente danosa ao meio ambiente, e o direito constitucionalmente protegido, de tê-lo assegurado tanto às gerações atuais como aquelas ainda por vir, como já dissemos, então deverá o operador do direito encontrar o grande ponto de equilíbrio, que irá assegurar a aplicabilidade da garantia constitucional do artigo 225 da Constituição.

Partindo do pressuposto de que a concepção liberal desenvolvimentista não encontra mais espaço junto à moderna sociedade pluralista, observam CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO e MARCELO ABELHA RODRIGUES<sup>3</sup> que o socorro dos valores ambientais deve ser papel ativo do Estado. Dessa forma, tanto a proteção do meio ambiente quanto o fenômeno desenvolvimentista, onde poderíamos encaixar a livre iniciativa, fariam parte de um objetivo comum, “dado que são interesses convergentes entre si”. Em

---

<sup>1</sup> *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, p.118.

<sup>2</sup> *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, p.24-25.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p.117, nota 1.

seguida citam estes autores artigo de RONALDO MOTA SARDENBERG<sup>4</sup>, que de maneira lúcida aborda o problema:

“A busca e a conquista de um ‘ponto de equilíbrio’ entre o desenvolvimento social, crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade. O critério do desenvolvimento sustentável deve valer tanto para o território nacional na sua totalidade, áreas urbanas e rurais, como para a sociedade, para o povo, respeitadas as necessidades culturais e criativas do país.

A metodologia para a definição dos parâmetros de sustentabilidade se baseia nos princípios da teoria de sistemas. Considera a inter-relação das partes, e destas com o todo, e seus fluxos de entrada e saída. Introduce na análise tradicional dos processos econômicos a dimensão territorial, como suporte físico concreto, do qual fazem parte quer os recursos naturais, quer os resíduos decorrentes de sua exploração.”

Também JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>5</sup>, um dos pioneiros na sistematização da doutrina ambientalista pátria, ao enfrentar o problema do desenvolvimento econômico e meio ambiente, observa:

“São dois valores aparentemente em conflito que a Constituição de 1988 alberga e quer que se realizem no interesse do bem estar e da boa qualidade de vida dos brasileiros. Antes dela, a Lei 6.938, de 31.8.1981 (arts. 1º e 4º) já havia enfrentado o tema, pondo, corretamente, como o principal objetivo a ser conseguido pela política nacional do meio ambiente, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na promoção do chamado desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras.”

Esse ponto de equilíbrio, aparentemente se aproxima da máxima de HEGEL, no sentido de que a tese e antítese geram a síntese. E é exatamente essa síntese o sentido lógico-conceitual do chamado desenvolvimento sustentável, como resultado da integração de duas forças cuja coexistência nem sempre é tranqüila.

### **3. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A ORDEM ECONÔMICA**

Fazendo uma breve regressão histórica, vamos nos situar junto aos primeiros anos do regime militar, época em que a política governamental e o chamado “milagre econômico” empurravam a crescente industrialização. As dimensões continentais do país e os espaços ainda pouco explorados incentivavam os aventureiros que, desbravando os sertões, erguiam vilas e

---

<sup>4</sup> Ordenação territorial e desenvolvimento sustentável, In *Folha de São Paulo*, caderno 1, p.03, 24/04/95 apud Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues, op. cit., p.118, nota 1.

<sup>5</sup> *Direito ambiental constitucional*, p.7-8.

derrubavam as matas. O direito de propriedade cingia-se como barreira intransponível à interferência estatal e as extensas florestas que cobriam os territórios eram vistas como obstáculo ao progresso e à prosperidade da nação.<sup>6</sup>

Fruto da mentalidade da época, o desenvolvimento tinha absoluta prioridade sobre os cuidados com o meio ambiente. A Conferência de Estocolmo de 1972, que traçou os primeiros delineamentos da tutela ambiental enquanto bem da humanidade, nem sequer tinha sido idealizada, e a idéia de desenvolvimento sustentável era ainda uma realidade distante. Todavia, não obstante estivesse o país sob a égide do autoritarismo e de uma franca expansão econômica, é curioso observar que o período foi premiado com legislações que, levando-se em conta a índole desenvolvimentista que imprimiu o esforço governamental junto aos setores econômicos, podem ser rotuladas como essencialmente “revolucionárias”. Constitui exemplo desse período o Código Florestal de 1965, precursor das futuras políticas ambientalistas e que trazia, entre outras disposições, a obrigatoriedade da recomposição da chamada mata ciliar, pelos proprietários, em áreas situadas ao longo dos rios, cursos d’água, lagoas, lagos, reservatórios e mesmo nas nascentes e “olhos d’água”, levando-se em conta determinados parâmetros.<sup>7</sup>

Já a Constituição de 1988 representou um avanço tão inegável na proteção do meio ambiente, que o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>8</sup>, tomando ciência do imperativo em que foi transformada a matéria, comentou:

“As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as de iniciativa privada.”

A nós parece correto o entendimento do grande mestre, quando este submete o desenvolvimento às premissas do direito à qualidade de vida. Se atentarmos ao que dispõe o artigo 170 da Constituição Federal, inserido no Capítulo I de seu Título VII, que tratou dos princípios gerais da ordem econômica, veremos que este submete a livre iniciativa a uma série de

---

<sup>6</sup> A respeito do período, anota o Professor José Eduardo Faria (*Direito e economia na democratização brasileira*, São Paulo: Malheiros, 1993, p.41), ao comentar a nova etapa no processo de desenvolvimento industrial brasileiro, que “entre 1968 e 1973 o país obteve taxas de crescimento superiores às que a maioria dos países industrializados jamais haviam registrado. A indústria de bens de consumo durável eliminou o problema crônico de sua capacidade ociosa e o setor financeiro consolidou-se como o agente financiador do processo de substituição das importações, iniciando-se então uma nova etapa no desenvolvimento industrial brasileiro.”

<sup>7</sup> Embora a preocupação ambiental não seja fenômeno tão recente, é certo que o direito ambiental, sistematizado e consolidado, amparado de forma efetiva pela Constituição, foi conquista nova, dos amplos movimentos sociais surgidos no período de redemocratização do país, fruto de uma demanda reprimida, como anota o Professor José Eduardo Faria (op. cit., p.17-18, nota 6): “A convergência da governabilidade com a democracia é, assim, a etapa na qual o sistema político democratizado após um período de autoritarismo se revela capaz de atender de modo imediato e eficaz o maior número possível de demandas quanto de neutralizar a frustração dos anseios por ele desprezados.”

<sup>8</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p.773.



princípios, entre eles a **função social da propriedade** e a **defesa do meio ambiente**.

No momento em que a ordem econômica passa a ser submetida à defesa do meio ambiente, encontramos claro indício da influência do chamado desenvolvimento sustentável e sua implicação prática nas relações de produção e consumo, adaptada à observação das regras ambientais. Se a ordem econômica está indissolúvelmente associada à propriedade privada, também o está em relação à função social da propriedade e à defesa do meio ambiente.

#### **4. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

Define efetivamente a Constituição Federal, no inciso XXIII do artigo 5º, entre os direitos e garantias fundamentais, que “a propriedade atenderá à sua função social”. Por sua vez, segundo o *artigo 186 da Carta Magna*, a função social somente é cumprida, no caso da propriedade rural, quando esta atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: a) *aproveitamento racional e adequado*; b) *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis*, c) *preservação do meio ambiente*.<sup>9</sup>

Para EROS ROBERTO GRAU<sup>10</sup>, que estudou a problemática da moderna acepção da propriedade, o princípio da função social “impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem”. A obrigação de fazer passa a ser *positiva*, e não simplesmente negativa.

Chegamos, portanto, a mais uma premissa a respeito do desenvolvimento sustentável: a função social da propriedade impõe ao seu titular a *obrigação* de agir de forma a preservar, conservar e mesmo a recuperar, quando degradado, o seu domínio. A exploração da propriedade com vistas à geração de recursos econômicos não pode ser feita à custa da coletividade, que em tese teria também interesse na preservação daquele bem para as presentes e futuras gerações.

E se a moderna noção de propriedade, como delineada constitucionalmente, implica na *obrigação de fazer positiva*, não existirá qualquer inconstitucionalidade na determinação da recuperação, aos proprietários de áreas degradadas.

Entretanto, legislações como o Código Florestal e mesmo a recente Lei nº 9.989/98, do Estado de São Paulo, que tratam da obrigatoriedade da recomposição de áreas degradadas, vêm sendo contestadas sob a alegação

---

<sup>9</sup> Como nota Paulo Affonso Leme Machado (*Direito ambiental brasileiro*, 5.ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p.115), o direito de propriedade, como assegurado na Constituição Federal (art. 5º, XXIII e art. 170, III e VI, CF), estabelece uma relação de domínio com a sociedade: “A propriedade não fica constando simplesmente como um direito e uma garantia individual. Dessa forma, se vê com clareza que inexistente juridicamente apoio para a propriedade que agrida a sociedade, que fira os direitos de outros cidadãos”.

<sup>10</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p.255.

básica da *desapropriação indireta* e da *indevida transferência do Estado exclusivamente ao particular de obrigação solidária*.

Embora pareça clara a intenção do legislador constituinte em conferir especial proteção aos recursos naturais e ao meio ambiente em geral, inclusive sobrepondo tais valores face à ordem econômica, observou ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN<sup>11</sup>, em artigo brilhante, que o risco atual ao modelo brasileiro de tutela do meio ambiente, diante da proteção constitucional dos recursos naturais, surgiria de maneira mais sutil, “como que pela porta dos fundos, operando não à margem do ordenamento, mas sob o seu manto, beneficiando-se da estrutura normativa vigente - ou, melhor, de uma incorreta aplicação do direito posto”. E continua:

“Os degradadores descobriram que, em vez de procederem com atos frontais de desrespeito às normas ambientais existentes, lhes era mais fácil e lucrativo espoliar o meio ambiente simplesmente brandindo seu direito de propriedade fazendo uso da técnica - no mais, absolutamente legítima - da desapropriação indireta.

Em torno dessa matriz patológica de conduta, estima-se que só o Estado de São Paulo tenha sido condenado em mais de 2 bilhões de dólares, montante que certamente daria para adquirir, a preços de mercado, boa parte das unidades de conservação do Brasil!”

Dentro dessa nova sistemática, a função social da propriedade legitimaria certas interferências legislativas, administrativas e judiciais. Poder-se-ia pensar, como adverte ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN<sup>12</sup>, que tais atuações estatais poderiam, em tese, caracterizar desapropriação (direta ou indireta), exigindo, nesse ínterim, indenização. Contudo, adotado e prestigiado o instituto da função social, como foi pela Constituição, *nada seria devido quando o Estado age na direção do mandamento constitucional*:

“Descabido impor ao Poder Público a proteção do meio ambiente (podendo-se falar, inclusive, “em responsabilidade do Estado se este se omitir em sua competência-dever de zelar pelo meio ambiente”) e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, obrigá-lo a indenizar, por mover-se no estrito cumprimento de seu dever maior. (g.n.)

(...)

Exceto quando impede, por inteiro, o uso da integralidade da propriedade, a proteção do meio ambiente, então, nada tira do proprietário privado que antes ele fosse detentor, pois não se pode ofender aquilo que nunca existiu.”

A exploração da atividade econômica, mesmo quando crucial para o desenvolvimento da vida humana, como é o caso da agricultura, deve se circunscrever aos mesmos limites impostos à propriedade urbana, ou seja, deve atender à função social e à defesa do meio ambiente (cf. artigo 170, III e VI da CF). E esta função social é cumprida, como já observamos anteriormente, quando o aproveitamento racional e adequado está intimamente relacionado com a preservação do meio ambiente (cf. artigo 186 da CF). Além

---

<sup>11</sup> Reflexos sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente, In: *Congresso Internacional de Direito Ambiental: 5 anos após a eco-92*, São Paulo: IMESP, 1997, p.11.

<sup>12</sup> Op. cit., p.23, nota 11.

disso, a ordem jurídica, embora reconheça ao proprietário o direito de uso de sua propriedade, “nem por isso assegura-lhe, sempre e necessariamente, o melhor, o mais lucrativo ou mesmo o mais aprazível uso possível”:

A Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade. De outra parte, nenhum imóvel, especialmente os rurais, tem, como única forma de utilização, a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal, remanescendo apenas a terra-nua (ou, melhor, a terra arrasada!). Só muito excepcionalmente, no mundo atual - com seu crescente mercado de plantas ornamentais, piscicultura, essências e ecoturismo -, vamos, nos deparar com áreas em que a única possibilidade de exploração é o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária.<sup>13</sup>

Dessa forma, como admitirmos a procedência da alegação comum de que a proteção, conservação, preservação e recuperação do meio ambiente é obrigação do Estado? De onde decorre esse conclamado direito do particular em poluir, explorar e espoliar o que de fato pertence à coletividade, o bem de “todos” mencionado no artigo 225 da Constituição, ou, por outro lado, nada fazer para conservar ou recriar um ambiente são?

Tomando por exemplo a questão da água, bem considerado estratégico neste século que se inicia, com inegável valor econômico, e que pertence respectivamente à União e aos Estados, por força dos artigos 20, III e 26, I, da Constituição Federal, é imperioso que se tenha em mente que os particulares não podem, por atividades que tenham desenvolvido, deteriorar a sua qualidade ou limitar a sua utilização, ou deixar por sua inércia que estes bens esvaíam-se.

Seria absurdo pensar que o Estado, não obstante o prejuízo advindo para si e para a coletividade, com a contaminação da água por insumos agrícolas e industriais, deva ainda “pagar a conta” para atenuar os efeitos da erosão das camadas superficiais do solo, assoreamento de leitos de córregos e rios, alterações microclimáticas, ataque à fauna e prejuízos à produção agrícola, que são os efeitos causados ao meio ambiente, por exemplo, com a degradação das matas ciliares.

Se atentarmos ao que dispõem os artigos 225 da Constituição Federal e 191 da Constituição do Estado de São Paulo, em um primeiro momento teríamos um impulso inegável em identificar obrigação solidária Estado/particular, quanto às práticas de conservação, preservação e recuperação dos recursos naturais. Entretanto, não entendemos a posição mais correta.

Ao Estado competiria fornecer os meios, sob a forma de *linhas de crédito*, para que o particular, enquanto explorador da atividade econômica decorrente de seu direito de propriedade, jungido ao princípio da proteção do meio ambiente e submetido à função social da propriedade, realize este dever positivo em relação a seu domínio. Tal linha de entendimento, por sinal, encontra sustentáculo explícito, no Estado de São Paulo, junto ao artigo 191 da Constituição Paulista, interpretado de forma coordenada com os artigos 193, XIX, e 205, III, da mesma Constituição.

---

<sup>13</sup> Antônio Herman V. Benjamin, op. cit., p.25, nota 11.

## 5. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DIREITOS HUMANOS

Cabe mencionar que a proteção do meio ambiente, hoje elevada à condição de direito fundamental do homem e da mulher, está inserida na chamada terceira geração dos direitos humanos. Esses valores são protegidos, portanto, não só constitucionalmente, mas também pelo Direito Internacional vigente, especialmente nas Cartas de Direitos e nos Tratados. São os assim denominados direitos humanos de solidariedade internacional, que rompendo as anteriores limitações aos indivíduos, estende sua proteção também aos povos. É a internacionalização dos direitos humanos, com a repressão à escravidão, ao genocídio, à tortura, às discriminações e mais recentemente em defesa das práticas democráticas, da paz, do meio ambiente, do desarmamento, do desenvolvimento, etc<sup>14</sup>:

Quando o artigo 225 da Constituição Federal institui, como direito de todos, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o *dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*, torna patente a correlação entre o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos, enquanto direito dos povos.

Fruto de uma preocupação iniciada com a Conferência das Nações Unidas de 1972, conhecida como Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, a questão do desenvolvimento sustentável têm encontrado eco e proteção junto ao ordenamento jurídico nacional, desde os princípios e mecanismos assecuratórios elencados na Constituição federal às mais variadas legislações de tutela dos recursos naturais e meio ambiente.

A Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente, de 1992, coloca inclusive a questão do desenvolvimento sustentável sob a ótica da cooperação de todos os Estados e também dos indivíduos na tarefa essencial de erradicar a pobreza, de forma a reduzir as necessidades da maioria da população (Princípio 5).

O tom de mero apelo à cooperação entre os Estados na resolução do embate entre a exploração econômica e a necessidade de um modelo de sustentabilidade apta a conferir a todos os meios necessários à preservação ambiental, juntamente com a satisfação das necessidades de desenvolvimento não foi isento de críticas e aparentemente municia a tese da imensa dependência a que já devotam os governos, mesmo os mais centrais, em relação aos poderosos grupos econômicos que sustentam as suas economias e o fluxo de capitais, cada vez mais voláteis.

## 6. OS MECANISMOS INSTRUMENTAIS ASSECURATÓRIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Se a Constituição inseriu de forma indiscutível o princípio ambiental do desenvolvimento sustentável, no artigo 225, que, juntamente com a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII) e a sujeição da ordem econômica ao princípio da defesa do meio ambiente (artigo 170, VI), constituem os

---

<sup>14</sup> *Teoria geral dos direitos humanos*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p.55.

*mecanismos formais* mais eficientes da tutela de tais valores, por outro lado, dotou os operadores do direito também dos *mecanismos instrumentais*.

Vale dizer que tais instrumentos, com a moderna idéia dos *interesses difusos e coletivos*, que representaram, conforme atesta a doutrina, um hiato entre o direito público e privado<sup>15</sup>, foram extremamente potencializados. Prepondera, nesse campo, a atuação do Ministério Público, que não obstante co-legitimado, perdura praticamente solitário na defesa dos direitos transindividuais.

Dentre estes instrumentos para a efetivação da política ambiental destacam-se, sem sombra de dúvida, sob a ótica da atuação concreta, a *ação civil pública* e a *ação popular*.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>16</sup> cita ainda a ação penal, o procedimento civil instaurado “pelo exercício da ação ordinária de reparação de dano”, o mandado de segurança coletivo (desde que as associações tenham, entre suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente), a tutela cautelar, execução específica e mandamento cominatório (cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer), estas últimas previstas na própria lei da ação civil pública. O permissivo constitucional encontra-se assegurado, a esse respeito, no § 3º do artigo 225.

Por sua vez, nós incluímos nesse rol o estudo de impacto ambiental, previsto constitucionalmente no inciso IV do § 1º do artigo 225, exigido “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”. Embora a repartição de competências possa ser entendida como um mecanismo assecuratório formal, permite que indiretamente sejam criados os mecanismos instrumentais para a defesa do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável.

Para exemplificar, o artigo 24 da Constituição Federal institui a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI). Isto faz com que seja possível a criação de outros mecanismos ditos instrumentais, através de legislação infraconstitucional.

Trata-se da implementação de políticas públicas de proteção ambiental, possibilitadas pela repartição de competências. Estas, ao criarem os mecanismos concretos de atuação e fiscalização ambiental, fazem com que estes passem a ser considerados instrumentais.

## **7. CONCLUSÃO**

Concluimos nossa exposição, observando que certamente o desenvolvimento é desejável, contudo pode e deve ser implementado com a observância das normas ambientais.

---

<sup>15</sup> Não obstante já existam autores que refutam tal idéia, observando que o fenômeno pode ser compreendido dentro da esfera do próprio direito público.

<sup>16</sup> Op. cit., p.219-226, nota 5.

7.1. A compatibilização entre produção, consumo e desenvolvimento, face à preservação ambiental, existe desde o advento da Lei Federal nº 6.938/81, que embora anterior à Constituição de 1988, foi recepcionada e instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Essa Lei traz como um primeiro objetivo a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (artigo 4º), numa espécie de movimento precursor ao estatuído no artigo 225 da Carta Magna.

7.2. A qualidade de vida, entendida como valor preponderante, fez com que o legislador constituinte implementasse a noção de desenvolvimento sustentável ou mesmo fizesse com que os conceitos do desenvolvimento, da propriedade privada e da exploração econômica fossem relativizados e conjugados com a idéia da proteção ambiental. Seriam os mecanismos assecuratórios formais do desenvolvimento sustentável.

7.3. Se o artigo 225 da Carta Magna coloca o princípio do desenvolvimento sustentável sob sua proteção, por outro lado faz com que, nos artigos 170 e 186 a atividade econômica tenha que se adequar a algumas premissas básicas que vão, por sua vez, conduzir a este princípio.

7.4. A noção de propriedade privada, adstrita à obrigação do atendimento da função social, pelo inciso XXIII do artigo 5º, faz com que passe a existir ao titular do domínio a obrigação não só de preservá-lo, mas também recuperá-lo quando degradado ou tornado impróprio à continuidade da produção.

7.5. Entendemos, no que diz respeito à recuperação de áreas degradadas, que ao Estado competiria fornecer unicamente as linhas de crédito para que o particular realize este dever positivo em relação ao seu domínio.

7.6. Doutrinariamente, acreditamos que ao lado dos mecanismos assecuratórios formais do desenvolvimento sustentável, encontram-se os mecanismos que qualificamos como instrumentais, potencializados pela moderna noção de interesses difusos e coletivos.

7.7. A ação civil pública (seja através da ação principal, da tutela cautelar ou da execução específica e mandamento cominatório), ao lado da ação popular, constituem os meios mais efetivos de atuação concreta na defesa do meio ambiente e na busca do desenvolvimento sustentável, embora a doutrina cite ainda a ação penal, o procedimento civil instaurado “pelo exercício da ação ordinária de reparação de dano” e o mandado de segurança coletivo. A este rol, certamente não exaustivo, juntamos o estudo de impacto ambiental.

7.8. Por fim, outros mecanismos são admissíveis, desde que possam ser reputados instrumentais e atuem concretamente na proteção ambiental. Isso seria possível através da repartição constitucional de competências, que permite à União, Estados e Distrito Federal legislarem sobre proteção do meio ambiente (artigo 24, VI), observados, naturalmente, os próprios limites extraídos da interpretação da Constituição como um organismo único.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Direito Ambiental: Doutrina, Legislação e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexos sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental. 5 ANOS APÓS A ECO-92. São Paulo: IMESP, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO, Mônica de. Meio Ambiente, Desenvolvimento e Constituição. In: Advocacia Pública e Sociedade, ano II, nº 3. Figueiredo, Guilherme José Purvin de (org.). Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.287-300.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Direito Ambiental Constitucional. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a História Social dos Direitos Humanos. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. In: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: C.E. da P.G.E., 1998.

TRUJILLO, Eulalia Moreno. La Proteccion Juridico-Privada del Medio Ambiente y La Responsabilidad por su Deterioro. Barcelona: JM Bosch, 1991.

(\*) O autor é Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Coordenador da área de Administração e Serviços Gerais e da Revista Jurídica 9 de Julho, com especialização na área de interesses difusos e coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

# SEPARAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: DESENVOLVIMENTO NO ESTADO BRASILEIRO

Maurílio Maldonado (\*)

1. Evolução do conceito de Separação dos Poderes enquanto doutrina. 2. Evolução do conceito de Separação dos Poderes enquanto princípio constitucional no Direito Brasileiro. 3. Sistema de Freios e Contrapesos. 4. O Controle na Constituição Federal de 1988. 4.1. Controle do Poder Executivo exercido em relação ao Legislativo. 4.2. Controle do Poder Executivo exercido em relação ao Judiciário. 4.3. Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo. 4.4. Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Executivo. 4.5. Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Executivo. 4.6. Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Judiciário. Bibliografia.

## 1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO DOCTRINA

Em primeiro lugar estaremos verificando a evolução do conceito de Separação dos Poderes enquanto doutrina.

A história da separação dos poderes é a história da evolução da limitação do poder político, objetivo fundamental da doutrina da separação dos poderes.

Conforme acentua o jurista português NUNO PIÇARRA<sup>1</sup>, esta doutrina remonta à Grécia e Roma antigas.

O autor lusitano identifica as origens da idéia da separação dos poderes no conceito de constituição mista de ARISTÓTELES em sua obra *Política*, segundo o qual:

“(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.”<sup>2</sup>

Com efeito, é o caráter de síntese da constituição mista, expressando a visão de ricos e pobres, que leva ARISTÓTELES a entendê-la como a melhor constituição, vez que, misturando formas de governos (oligarquia e democracia), poderia se chegar ao meio-termo, ideal de toda a ética aristotélica.

---

<sup>1</sup> *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional - um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 31.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 33.



É neste ponto que, continua PIÇARRA, se insere o conceito aristotélico de constituição média ou governo médio que é basicamente um meio de assegurar ou manter, mas também fomentar por via institucional a classe média numa sociedade:

“A constituição mista atende, antes de mais, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objectivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Neste sentido, constituição mista não é mais do que um sistema “político-social pluralmente estruturado”.<sup>3</sup>

Assim, PIÇARRA extrai do pensamento aristotélico a idéia de *equilíbrio ou balanceamento das classes sociais* que virá, segundo o irmão d'além mar, a ser associada à doutrina da separação de poderes, numa fase já adiantada de sua evolução, através da sua participação no exercício do poder político.

Sobre este aspecto, devemos dizer que a idéia de equilíbrio (balança) nos induz a uma associação imediata à teoria de freios e contrapesos. É o que faz, por exemplo, A. P. SOARES DE PINHO em estudo apresentado à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro para habilitação à docência livre de Direito Constitucional - o qual veremos em detalhes mais adiante - que identifica também nas formas de governo de ARISTÓTELES a origem do sistema de freios e contrapesos.<sup>4</sup>

Desde já, esclarecemos, todavia, que as idéias não são antagônicas como veremos adiante, pelo contrário.

De outra parte, gostaríamos de registrar que a noção de separação dos poderes se nos afigura anterior a ARISTÓTELES. Com efeito, notamos vestígios da vetustez das idéias em apreço no próprio ARISTÓTELES, que, ao comentar polêmica existente acerca do mérito da constituição de SÓLON, diz:

“Os que o consideram um bom legislador argumentam que ele: a) acabou com a oligarquia absoluta; b) pôs um ponto final na escravização do povo; c) estabeleceu a tradicional democracia ateniense combinando de modo correto a constituição. Explicam que essa combinação contém um elemento oligárquico (**o Conselho do Areópago**), um elemento aristocrático (**a escolha de magistrados**) e um elemento democrático (**o sistema judicial**).

78. A verdade é que, desses três, Sólon encontrou os dois primeiros - o conselho e a seleção dos magistrados - já prontos, e simplesmente se absteve de aboli-los.”<sup>5</sup> (destacamos)

E não é só, na mesma obra ARISTÓTELES esclarece o caráter plural das autoridades do Estado:

“Por ‘constituição’ entendo a organização das **várias autoridades**, e em particular da autoridade suprema, que está acima de todas as outras. Mas é preciso deixar claro que, em todos os casos, o corpo

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 35.

<sup>4</sup> *Freios e contrapesos do Governo na Constituição brasileira.*

<sup>5</sup> Aristóteles, *Política*, in: *os pensadores*, São Paulo: Nova Cultural, 2000, p.206.

*dos cidadãos é soberano; a constituição é a soma total da politeuma.*<sup>6</sup> (destacamos)

Em Roma, ainda segundo PIÇARRA<sup>7</sup>, POLÍBIO e CÍCERO retomam a idéia da constituição mista de ARISTÓTELES com uma ligeira diferença: *enquanto o modelo aristotélico é “interno” - todas as classes têm acesso a todos os órgãos constitucionais, “misturando-se” em todos eles -, o modelo polibiano é “separador” - cada classe apenas tem acesso ao órgão constitucional que lhe é destinado.*<sup>8</sup>

Após a utilização da tradição da constituição mista na Idade Média para defender a limitação do poder real pelos direitos das ordens ou estamentos, se desenvolveu na Inglaterra a *idéia de que a melhor forma de governo consistia num esquema constitucional em que o Rei, Lordes e Comuns repartissem entre si o poder político* (Monarquia mista).<sup>9</sup>

O desenvolvimento das instituições representativas inglesas, lança a Inglaterra a um Estado constitucional sem praticamente ter passado pelo absolutismo. Isso se justifica pelo fato de que a doutrina da separação dos poderes surgiu na Inglaterra, século XVII, diretamente ligada à idéia de *rule of law*, primeira forma histórica do que viria a ser o Estado Constitucional ou de Direito, que tem como um dos elementos essenciais a separação dos poderes.

Em contraposição a estas idéias, a partir do conceito de soberania em BODIN (1576, *Les six livres de la Republique*) e da doutrina de HOBBS, desenvolveram-se as idéias absolutistas<sup>10</sup>, que justificavam filosoficamente a concentração dos poderes nas mãos de um soberano, limitado, este último, apenas pelo direito natural, do ponto de vista filosófico, mas, na prática, apenas pela sua razão ou vontade **e não pelo direito**.

À vontade do soberano se confundia com a vontade do Estado, como exemplifica a célebre frase atribuída a LUÍS XIV, *l'Etat c'est moi*. Esta concentração de poderes levou à degeneração, às arbitrariedades e ao abuso do poder. Adicionada à ascensão econômica da Burguesia, inicia-se o término da Idade Moderna:

*“Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental, sobretudo em França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos.*

*Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semidespóticas.*

(...)

---

<sup>6</sup> Ibid., p.221.

<sup>7</sup> Op. cit., p.36, nota 1.

<sup>8</sup> Op. cit., p.40, nota 1.

<sup>9</sup> Nuno Piçarra, op. cit., p.41-62, nota 1.

<sup>10</sup> Vide Ari Marcelo Sólon, *teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*, p.30-37.

*Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.”<sup>11</sup>*

Este é o caldo de cultura para o desenvolvimento sistematizado da doutrina da separação dos poderes como técnica de limitação do poder levado a cabo por LOCKE e MONTESQUIEU.

Efetivamente a doutrina da separação dos poderes encontrará em LOCKE e MONTESQUIEU seus grandes sistematizadores; o inglês, pioneiro, através do *Segundo tratado sobre o governo civil* e o francês no célebre “*Do Espírito das Leis*”.

LOCKE, considerado o fundador do empirismo - doutrina segundo a qual todo o conhecimento deriva da experiência - vai desenvolver na obra acima, o que NORBERTO BOBBIO considera a primeira e mais completa formulação do Estado Liberal, que constitui, ainda, a justificação *ex post facto* da Revolução Gloriosa na Inglaterra, onde LOCKE fundamenta a legitimidade da deposição de JAIME II - ao qual LOCKE se opunha, refugiado na Holanda - por GUILHERME DE ORANGE (chefe de Estado da Holanda) e pelo parlamento com base na doutrina da resistência.<sup>12</sup>

É nesta obra que LOCKE restabelece a conexão entre a doutrina da separação dos poderes e a *rule of law*, concebendo-a como pré-requisito desta última: *para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, a aplicá-la*<sup>13</sup>. Sendo, em decorrência disso, necessária a separação entre legislativo e executivo.

Como bem salienta PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA<sup>14</sup>, o poder supremo para Locke é o **legislativo**, os *demais poderes dele derivam e a ele estão subordinados*. Compete ao poder **executivo**, cuja existência é perene, a aplicação das leis. LOCKE ainda concebe um terceiro poder, que apesar de distinto, não pode ser separado do executivo, ao qual denomina de **federativo**, ao qual incumbe *o relacionamento com os estrangeiros, a administração da comunidade com outras comunidades, compreendendo formação de alianças e decisões sobre a guerra e a paz*.

Nesse passo, ressaltamos que, a despeito de LOCKE não contemplar expressamente, em sua tripartição dos *poderes da sociedade* (Legislativo, Executivo e Federativo), o Poder Judiciário, e, ainda, de referir-se a este como atividade meio do poder legislativo, vislumbramos em seus escritos uma vital

---

<sup>11</sup> Paulo Bonavides, *ciência política*, p.134-136.

<sup>12</sup> Leonel Itaussu Almeida Mello, *clássicos da política*, p.82-83.

<sup>13</sup> W. B. Gwyn, *the meaning of the separation of powers*, New Orleans, 1965, *apud* Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional - um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p.71.

<sup>14</sup> Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema de separação de poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p.241-258.

importância do poder judiciário em sua sistematização das funções de Estado. Vejamos:

*“E por essa maneira a comunidade consegue, **por meio de um poder julgador**, estabelecer que castigo cabe às várias transgressões quando cometidas entre os membros dessa sociedade - que é o poder de fazer leis -, bem como possui o poder de castigar qualquer dano praticado contra qualquer dos membros por alguém que não pertence a ela - que é o poder de guerra e de paz -, e tudo isso para preservação da propriedade de todos os membros dessa sociedade, tanto quanto possível. [...] E aqui deparamos com a **origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas até que ponto se devem castigar** as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, mediante julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde as agressões externas devem ser retaliadas; e em um outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade.[...]”*<sup>15</sup>

É, contudo, MONTESQUIEU, o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado, e, à esteira do que já havia sido preconizado por LOCKE, também aproxima sua formulação da concepção de *rule of law*. E, com a clareza d'água, revela ao mundo os contornos da acepção mais difundida da separação dos poderes:

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

*Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.*

*Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: **o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.**”*<sup>16</sup> (destaques nossos)

É necessário registrar que, apesar de MONTESQUIEU ter conferido ao poder de julgar o status de um dos poderes do Estado, inaugurando a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente, é nítido o caráter secundário atribuído por ele a esse poder. Vejamos a passagem abaixo, onde MONTESQUIEU procura apresentar uma de suas justificativas para a existência da Câmara Alta (corpo legislativo formado por nobres, ao lado do corpo legislativo formado por representantes do povo):

*“Dos três poderes de que falamos, é o **Poder de Julgar**, de certo modo, **nulo. Sobram dois**. E, como estes têm necessidade de um*

<sup>15</sup> John Locke, *two treatises of civil government*, London: Every-man's Library, 1966, p.117-241, tradução de Cid Knipell Moreira, *apud clássicos da política*, p. 90

<sup>16</sup> *Do espírito das leis*, São Paulo: Saraiva, 2000, p.167-168.

*poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito.*<sup>17</sup>.  
(destacamos)

Entretanto, é o temor dos americanos à tirania do legislativo (já presente em LOCKE e MONTESQUIEU), manifestado nos artigos federalistas<sup>18</sup> - na verdade, justificativa *ex post facto* da Constituição que ajudaram a elaborar - que inspirou MADISON, HAMILTON e JAY, em especial os primeiros, tendo em mira as lições de MONTESQUIEU, a alinhavarem a construção de um modelo de separação dos poderes que mitigasse a supremacia do Poder Legislativo, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes, objetivando, na realidade, o fortalecimento do Poder Executivo. Afastando-se, desta forma, do modelo europeu que outorgava ao Legislativo papel proeminente.

HAMILTON ou MADISON<sup>19</sup> até reconheciam - **como desgraça** - que nos governos republicanos o Poder Legislativo predomina necessariamente. Em razão disso, é que serão propostos mecanismos para “equilibrar” - leia-se: deferir maiores poderes ao Executivo - estas forças, **balancear** o peso dos poderes, como os que já existiam, por exemplo na Inglaterra, entre a Câmaras dos Lordes e dos Comuns. Nesse sentido, vale a pena a leitura de emblemática passagem do artigo federalista nº 51:

*“Mas a **desgraça** é que, como nos governos republicanos **o Poder Legislativo há de necessariamente predominar**, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em **dividir a legislatura** em muitas frações e em desligá-las umas das outras, **já pela diferente maneira de elegê-las**, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permite a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas este mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. **Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.**”<sup>20</sup>*

(...)

*Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por conseqüência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o **exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes.**”<sup>21</sup>*

Nesse passo, cumpre destacar, a grande responsabilidade dos Estados Unidos por situar o Poder Judiciário *no mesmo nível político dos outros dois*

---

<sup>17</sup> Ibid., p.173.

<sup>18</sup> O federalista. In *Os Pensadores*, São Paulo: Victor Civita Editor, 1979, caps. XLVII e LI.

<sup>19</sup> Há uma dúvida (segundo a publicação já citada, *Os Pensadores*) acerca da autoria do artigo federalista nº 51, Hamilton ou Madison.

<sup>20</sup> O *federalista*, op. cit., p.131, nota 18.

<sup>21</sup> Ibid., p.130.

ramos do governo<sup>22</sup>, configurando sua moderna função no mundo. Foi através da célebre decisão de JOHN MARSHALL, *Chief-Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso **MARBURY versus MADISON** (1803), que inaugurou o poder da *judicial review* (revisão judicial), segundo o qual **competem ao Poder Judiciário dizer o que é lei**<sup>23</sup>, considerada lei aquele ato legislativo em conformidade com a Constituição, *ato legislativo contrário à Constituição não é lei*<sup>24</sup>.

Afirmou-se, assim, o poder daquela corte para a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo, principiando o sistema de controle da constitucionalidade (difuso).

Esta decisão é tão crucial para a caracterização das atribuições do Poder Judiciário e para o reconhecimento de sua vital importância no concerto das funções do Estado que atribui-se a ela a responsabilidade pela fundação da **doutrina americana da supremacia judicial**.<sup>25</sup>

Interessante notar, ainda, a importância do papel dos Founding Fathers, norte-americanos, no sentido de viabilizar a convolação de uma doutrina em princípio constitucional, de modo que, em 1787, os Estados Unidos da América positivaram em sua Constituição a divisão funcional dos poderes, conferindo, através de sua lei fundamental, o papel de cada um dos poderes - legislativo (art. 1º), executivo (art. 2º) e judiciário (art. 3º) - na conformação das funções político-constitucionais básicas.

Da mesma forma que a divisão de MONTESQUIEU, conforme ensina Alexandre de Moraes, *tornando-se princípio fundamental da organização política liberal*, é transformada em *dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789<sup>26</sup>:

*“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a **separação de poderes** estabelecida **não tem constituição.**”* (destacamos)

Assim é que a formulação da doutrina da separação dos poderes, como técnica para a limitação do poder, é posta em prática nas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII - Revolução Gloriosa, Inglaterra 1688/89, Independência Norte-Americana, 1776, e Revolução Francesa, 1789 - em resposta aos abusos e iniquidades resultantes, entre outros fatores, da concentração de poderes nas mãos do soberano, típica do Absolutismo da Idade Moderna. Vale lembrar que essa era marca o início do Estado de Direito.

## **2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO**

---

<sup>22</sup> Paulo Fernando Silveira, *freios e contrapesos (checks and balances)*, p.94.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.90.

<sup>24</sup> Leonard Baker, *John Marshall - A life in law*, Easton Press, 1990, v.2, p.407, apud Paulo Fernando Silveira, *op. cit.*, p. 91, nota 22..

<sup>25</sup> Vide C. Herman Pritchett, a supremacia judicial de Marshall a Burger, in *ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos*, editado por M. Judd Harmon, Rio de Janeiro: Forense Universitária, [s.a.p.], p.145-162.

<sup>26</sup> *Direito constitucional*, p.354.

Para demonstração da evolução do conceito de separação dos poderes, enquanto princípio constitucional no Brasil, reproduziremos os textos relativos, acrescidos de comentários. No tocante ao período de 1824 a 1946, ou seja, da Carta Imperial de 1824 à Constituição de 1946, resgatamos já citado estudo do Professor Doutor A. P. SOARES DE PINHO<sup>27</sup>, enriquecido de uma análise da Constituição de 1937, da lavra do Professor Doutor PAULO BONAVIDES em co-autoria com PAES DE ANDRADE, lançada na obra História Constitucional do Brasil.

*“CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL DE 1824*

*TITULO 3º*

*Dos poderes, e Representação Nacional.*

*Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a constituição offerece.*

*Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.*

*Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.*

*Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio são delegações da Nação.<sup>28</sup>*

*(..).*

*TITULO 5º*

*Do Imperador*

*CAPITULO I.*

*Do Poder Moderador*

*Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.*

*Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.*

*Art. 100. Os seus Titulos são “Imperador Constitucional, e Defensor perpetuo do Brazil” e tem o Tratamento de Magestade Imperial.*

*Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador*

*I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43.*

*II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império.*

*III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.*

*IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.*

---

<sup>27</sup> *Freios e contrapesos do Governo na Constituição brasileira.*

<sup>28</sup> Hilton Lobo e Adriano Campanhole, *Constituições do Brasil*, p. 814.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.<sup>29</sup>

Acompanhando as idéias da época, pelo menos do ponto de vista da forma, a Constituição do Império do Brasil também consubstancia em princípio constitucional a separação dos poderes, dividindo, entretanto, as funções do Estado, em quatro (art. 10).

Adicionou-se, todavia, à clássica tripartição, como vimos na reprodução de dispositivos da Carta Imperial acima transcrito, um quarto poder, o **Moderador** (arts. 98 e seguintes), conferido ao Imperador, ao qual também era confiada a chefia do Poder Executivo (arts. 102 e seguintes), desequilibrando completamente a relação entre os poderes com uma nítida prevalência do Poder Executivo exercido pelo Monarca.

De acordo com A. P. SOARES DE PINHO<sup>30</sup>, o Poder Moderador, teorizado por Benjamin Constant, “seria destinado a estabelecer o equilíbrio entre os demais poderes e exercido pelo Imperador”, ou, ainda, “seria a chave de toda organização política, ou melhor, o fecho da abóbada, a cúpula do governo”.

Neste passo, o autor também oferece seu contributo à compreensão da doutrina da separação dos poderes, demonstrando a presença, na Carta de 1824, da idéia de interpenetração, equilíbrio e harmonia dos poderes e sua importância como técnica de limitação do poder em benefício da liberdade individual. Vejamos:

*“O que pretendemos deixar assinalado é que a **divisão de poderes nunca se dissociou da idéia da sua interpenetração**, do seu **equilíbrio**, da sua harmonia, não podendo ser tida como absoluta e desintegradora.*

*E teve sempre em vista, no consenso unânime dos que a adotaram, a **limitação do poder em benefício da liberdade individual.***

*Nem seria lícito imaginar-se que o Estado, destinado a servir ao homem, e sua criação, fosse organizado e funcionasse de tal modo que o absorvesse e o oprimisse, como ocorre nos regimes absolutistas e totalitários.*

(...)

*A divisão da Assembléa Geral, órgão do Poder Legislativo, em duas Câmaras, como ainda hoje ocorre, já inclui nesse ramo um dos*

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 823.

<sup>30</sup> Op. cit., p.27, nota 27.



*processos de **interpenetração**, exercendo a **ação frenadora através da qual se visa a alcançar o desejado equilíbrio.***<sup>31</sup>

A primeira Constituição da República, a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, consagrou a tradicional tripartição dos poderes, repudiando a monarquia, adotando o presidencialismo norte-americano como solução para a titularidade do Poder Executivo. Esta não foi a única contribuição do modelo norte-americano.

A Constituição dos Estados Unidos da América, indiscutivelmente, representou o mais importante referencial dos constituintes brasileiros. Princípios estruturantes, como a forma federal da organização de nosso Estado, com a conseqüente repartição espacial de competências, foram adotados sob a influência ditada, principalmente, por Rui Barbosa. E quanto à separação dos poderes, assim dispunha:

*“Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmonicos e independentes entre si.”*<sup>32</sup>

O Professor SOARES DE PINHO, bem salienta:

*“(...) além da conservação do princípio da divisão de poderes, surge, também, o da distribuição de competências entre a União e os Estados-membros, de onde decorrem novas limitações e novos freios e contrapesos..”*<sup>33</sup>

(...)

*A vigência da primeira Constituição republicana enseja o funcionamento do **mecanismo do equilíbrio dos poderes, com a atuação recíproca de cada um sobre os demais, na contenção de excessos, mecanismo que vai atuar, igualmente, no campo peculiar do legislativo, na interação exercida pelas duas casas do Congresso Nacional e, ainda, nos três níveis em que se desdobra a federação - União, Estados-membros, municípios.***<sup>34</sup>

A efêmera Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 segue a tradição inaugurada pela primeira Carta da República, e elenca três órgãos da soberania nacional:

*“Art. 3º São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”*<sup>35</sup>

Grandes novidades são introduzidas no Poder Legislativo.

---

<sup>31</sup> Ibid., p.27-28.

<sup>32</sup> Op. cit., p. 753, nota 28.

<sup>33</sup> O Professor Canotilho dá o nome de repartição vertical à separação e interdependência dos órgãos de soberania que visa a delimitação das competências e as relações de controle segundo critérios fundamentalmente territoriais (competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais), a repartição horizontal refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controle e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania. (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p.513),

<sup>34</sup> Op. cit., p. 30, nota 27.

<sup>35</sup> *Constituições do Brasil*, p.683.

O Senado Federal é incumbido do papel de “coordenação dos poderes”, ao qual cumpria, nos termos do art. 88, Capítulo V, da Carta, *manter a continuidade administrativa e velar pela Constituição*. Note-se que o Senado Federal passa a ser tratado fora do capítulo reservado ao Poder Legislativo (Capítulo II), passando a ser um mero colaborador do Poder Legislativo, a teor do disposto no próprio art. 22 da Carta. Vejamos:

“CAPÍTULO II

*Do Poder Legislativo*

(...)

**Art. 22 - O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal.**<sup>36</sup>

Ao mesmo tempo em que a Carta de 1934 retirou do Senado a iniciativa ampla em matéria legislativa (art. 91, I, VII), reservando-a a Câmara dos Deputados, destinou-lhe competências importantes relativas aos assuntos de interesse dos Estados-membros (alíneas *b*, *c* e *d*, do art. 90), conferindo-lhe, ainda, a supremacia para exercitar o sistema de freios e contrapesos (arts. 90, *a a d*, 91, II<sup>37</sup>, III, IV<sup>38</sup> e VII<sup>39</sup>).

Na Câmara dos Deputados é instituída a chamada representação classista. A simples leitura do dispositivo bem explica a inovação, ao nosso ver, já inspirada no corporativismo que grassava na Europa, conforme veremos adiante. Com efeito, dispunha o artigo 23 da Constituição de 1934:

*“A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante systema proporcional e suffragio universal, igual e directo, e de representantes eleitos pelas organizações profissionaes, na forma que a lei indicar.”*<sup>40</sup>

A Constituição de 1937, outorgada por GETÚLIO VARGAS, silencia em relação ao princípio da separação dos poderes, e como bem diz Soares de Pinho, o silêncio é *bem expressivo*.

Existem, todavia, previsões do **Poder Legislativo**, artigos 38 e seguintes, **do Poder Judiciário**, artigos 90 e seguintes, e, emblematicamente, **do Presidente da República**, o qual, consoante o artigo 73 é a **autoridade suprema do Estado e coordena a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país.**<sup>41</sup>

Ao indicar o Presidente da República como autoridade suprema, obviamente a Constituição não poderia falar em equilíbrio ou harmonia. Seu artigo 75, alínea “b”, conferia ao Presidente da República a prerrogativa de

---

<sup>36</sup> Ibid., p.691.

<sup>37</sup> O inciso II do art. 91 conferia ao Senado a suspensão da execução de atos normativos que exorbitassem o poder regulamentar do executivo.

<sup>38</sup> A suspensão das leis, atos, deliberações ou regulamentos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (Corte Suprema, art. 76, II, b e c), em sede de controle difuso, como ainda hoje ocorre, figurou pela primeira vez nas atribuições do Senado.

<sup>39</sup> Aqui o Senado funciona como Casa revisora, no estilo da tradicional formulação Câmara Alta revendo a produção da Câmara Baixa.

<sup>40</sup> *Constituições do Brasil*, op. cit., p. 691.

<sup>41</sup> Ibid., p.611.

dissolver a Câmara dos Deputados em caso da não aprovação por aquele órgão de medidas tomadas durante estado de guerra ou emergência.

Como bem observa SOARES DE PINHO, nem mesmo a competência deixada ao Judiciário para declarar “a inconstitucionalidade de lei” e, aparentemente, mantida, poderia exercer-se de modo terminativo.<sup>42</sup> Vejamos o que dispõe o artigo 96:

“Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, **poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.**” (destaques nossos)

Outra inovação da chamada “polaca”<sup>43</sup>, de nítida inspiração do corporativismo fascista e português<sup>44</sup>, é a “substituição” do Senado Federal por um Conselho Federal, composto de representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República, e, ainda a criação de um Conselho da Economia Nacional para colaborar com o Poder Legislativo, composto por representantes dos vários ramos da produção nacional, obreiros e patronais<sup>45</sup> (artigos 38, 46, 50, 57 e 61).

Nesse passo, registramos as procedentes críticas de PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE:

*“A competência dos três Poderes na Constituição de 1937, era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembléias Legislativas dos Estados.*

*Era o Senado sem voto popular, constituído já à época, dos senadores biônicos que recebiam a designação de “conselheiros”.*

---

<sup>42</sup> *Freios e contrapesos do Governo na Constituição brasileira*, p.37.

<sup>43</sup> Denominação pejorativa de “polaca” à Constituição de 1937, transmitia o conhecimento de conteúdo e de ideologia do texto, aurido na Carta polonesa, de origem totalitária e fascista, e construída por Pilsudski (Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *história constitucional do Brasil*, p. 345).

<sup>44</sup> Em nossa história, como a primeira Constituição que não saiu da representação popular, a Carta de 10 de novembro de 1937 não se contentou com os movimentos direitistas da Alemanha e da Itália, vindo buscar no corporativismo português, até à denominação de “Estado Novo”, para tentar definir o regime (op. cit., p. 340, nota 43).

<sup>45</sup> Ao Conselho da Economia Nacional competia o exercício de importantes funções normativas, participando, inclusive do próprio processo legislativo. Com efeito dispunha o artigo 61 da Constituição: “b) estabelecer normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos; c) editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria da produção ou entre associações representativas de duas ou mais categorias; d) emitir parecer sobre todos os projetos, de iniciativa do Governo ou de qualquer das Câmaras, que interessem diretamente à produção nacional; (grifo nosso) (Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole, *Constituições do Brasil*, p. 608).

*Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta constitucional. Esta, todavia deixava a brecha para esses abusos, quando em seu artigo 91, ressaltava as restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados.*

*A competência dos três Poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração - o Presidente da República.<sup>46</sup>*

Após o término da ditadura VARGAS, o país se reconcilia com a democracia e em 1946 promulga sua nova Constituição. E dentre outros importantes avanços, o Brasil reata-se com a melhor tradição consagrada do princípio da separação dos poderes:

*“CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946*

*Art. 36. São Podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.*

*§ 1º O cidadão investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.*

*§ 2º É vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições.<sup>47</sup>*

É o constituinte de 1946 que inaugura a técnica de redação utilizada nas constituições posteriores para enunciar o princípio, substituindo a idéia de coordenação entre os poderes, presente na Carta de 1934, por harmonia, conforme, aliás, constava das constituições anteriores. Assim descreve o período o Professor SOARES DE PINHO:

*“(...) a adoção do sistema bicameral, seguindo a tradição do nosso direito público, permite às duas casas competentes do Congresso Nacional **exercer recíproca ação frenadora**, evitando excessos ou precipitações na elaboração legislativa.*

*O mesmo ocorre em se tratando da atividade dos três poderes, cujos abusos e **extralimitações encontram os indispensáveis freios e contrapesos à disposição de cada qual e dos membros da comunidade nacional.**<sup>48</sup>*

Destaque-se da técnica empregada na afirmação do princípio pelo legislador constituinte de 46, a expressa vedação do exercício concomitante de funções distintas pelo mesmo cidadão (§ 1º, art. 36).

A Constituição do último período autoritário, formalmente, não inovou com relação à Constituição democrática de 1946 no que se refere ao princípio da separação dos poderes.

Registre-se, tão somente, a introdução, através do artigo 58 da Constituição de 1967 (art. 55 da Emenda nº 01/69), do famigerado instituto do decreto-lei, que na prática, em virtude, principalmente, da previsão de sua aprovação por decurso de prazo, em face da omissão do Congresso Nacional, conferia competência legislativa plena ao chefe do Poder Executivo.

---

<sup>46</sup> *História Constitucional do Brasil*, p.345.

<sup>47</sup> *Constituições do Brasil*, p. 482

<sup>48</sup> *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*, p.41.

“Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. (op. cit., Constituições do Brasil, Constituição de 1967, p. 401, nota 45).

§ 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§ 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

#### CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967

Art. 6º São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.<sup>49</sup>

#### EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 01, DE 1969

Art. 6º São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.<sup>50</sup>

A chamada Constituição Cidadã, formalmente também não inova ao enunciar sua sujeição ao princípio da separação dos poderes, reafirmando a necessidade da independência e harmonia entre eles. Ficaram suprimidas do enunciado, todavia, as vedações expressas da delegação de competência e da acumulação de funções em diferentes poderes.

#### “CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

<sup>49</sup> *Constituições do Brasil*, p.280 e p.383, nota 45.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p.256.

## TÍTULO I

### *Dos Princípios Fundamentais*

*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”<sup>51</sup>*

A despeito, entretanto, da excessiva participação do Poder Executivo no processo legislativo, inclusive com a possibilidade da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, com força de lei,<sup>52</sup> e também da concentração exagerada de matérias reservadas ao legislador federal, por força da repartição vertical (entre União, Estados e Municípios) de competências, adotadas pelo constituinte de 88, a limitação do poder no Brasil experimentou uma importante evolução, em especial com o reforço do papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos, da tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, C.F.).

Assim, o princípio da separação dos poderes sai fortalecido do último processo constituinte popular de 1988, considerando, como dissemos, a adoção de importantes sistemas de controle jurídico do poder, que, conforme adverte Nuno Piçarra, passam a constituir o núcleo essencial, o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo<sup>53</sup>. É o que veremos ao final de nosso trabalho. Antes, contudo, aprofundaremos o estudo no que toca ao Sistema de Freios e Contrapesos.

### **3. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS (CHECKS AND BALANCES)**

Como dissemos, de início, A. P. SOARES DE PINHO identifica nas formas de governo de Aristóteles a origem do sistema de freios e contrapesos.<sup>54</sup>

JOHN H. GARVEY e T. ALEXANDER ALEINTKOFF<sup>55</sup> ensinam que o *balance* (contrapesos, equilíbrio) surge na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero) equilibrando (balanceando) os projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns (originados do povo), *a fim de evitar que leis demagogas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas*. Na verdade, o objetivo implícito era conter o povo, principalmente contra as ameaças aos privilégios da nobreza.

MONTESQUIEU é explícito ao justificar a necessidade do bicameralismo, Câmaras Alta e Baixa - lembrando nesse passo que o famoso livro Décimo Primeiro do Espírito das Leis, onde se encontra a formulação da

---

<sup>51</sup> *Constituições do Brasil*, p.15, nota 45.

<sup>52</sup> “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, 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.”

<sup>53</sup> *Constituições do Brasil*, p. 258-259, nota 45.

<sup>54</sup> *Freios e contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*, p.45.

<sup>55</sup> *Modern constitutional theory: a reader*, St. Paul: West Publishing, 1991, p.238, apud Paulo Fernando Silveira, *freios e contrapesos (checks and balances)*, p.99.

tripartição dos poderes do autor, é dedicado à análise da “Constituição” da Inglaterra:

“Existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras.

Se elas ficassem confundidas entre o Povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesse em defender a liberdade, porquanto a maioria seria contra elas.

A participação dessas pessoas na Legislação deve pois estar proporcionada às demais vantagens que têm no Estado. Ora, isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas.”<sup>56</sup>

Identifica-se também na evolução do modelo político inglês, duas outras importantes ferramentas iniciais do sistema de freios e contrapesos. O veto e o *impeachment*. O primeiro, inicialmente concebido, no modelo do *King in Parliament*, enquanto ato do Rei em cooperação e aperfeiçoamento do processo legislativo, passa a exprimir a *negative voice*, expressando, tão somente, a oposição do Rei que não mais participa do processo legislativo, apenas o **controla**, podendo impedir que a legislação entre em vigor através do veto. O *impeachment*, por sua vez, é mecanismo jurídico que permite o controle do parlamento sobre os atos executivos dos Ministros do Rei. O *Parlamento não executa, mas controla o exercício da função executiva*.<sup>57</sup>

O “check”, segundo o juiz mineiro PAULO FERNANDO SILVEIRA, surgiu<sup>58</sup> quando o Justice MARSHAL declarou sua “opinion”, lançada no famoso caso Marbury x Madison, em 1803 - conforme acima abordamos -, que o Poder Judiciário tinha a missão constitucional de declarar a inconstitucionalidade - e, portanto tornar nulos - dos atos do Congresso, quando, a seu exclusivo juízo, tais lei não guardassem harmonia com a Carta Política. Pela doutrina do *Judicial Review*, o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos<sup>59</sup>.

Assim, do empirismo britânico, da racionalização de MONTESQUIEU e do pragmatismo norte-americano, exsurge o que, como já dissemos, será o principal elemento caracterizador do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

#### 4. O CONTROLE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Desta forma, dividido o poder e individuados seus órgãos, assim como superada a idéia da prevalência de um sobre o outro, através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles, admitindo-

---

<sup>56</sup> *Do espírito das leis*, p.173.

<sup>57</sup> Sobre o assunto, vide Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional - um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p.59-62 e 79-83.

<sup>58</sup> Nuno Piçarra ensina que a doutrina dos *checks and balances* surge, por completo, na Inglaterra (op. cit., p.83, nota 57).

<sup>59</sup> *Freios e contrapesos (checks and balances)*, p.99. Sobre Marbury v. Madison vide também p. 85-94.

se, inclusive a interferência entre eles<sup>60</sup>, ganha força a idéia de **controle** e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um. Aí estão presentes os elementos essenciais caracterizadores do moderno conceito do princípio da separação dos poderes.

Deste conceito, com o fito de darmos continuidade aos nossos estudos, destacamos a idéia de **CONTROLE**, aqui entendido *tanto o exercício como o resultado de funções específicas que destinam a realizar a contenção do poder do Estado, seja qual for sua manifestação, dentro do quadro constitucional que lhe for adscrito*<sup>61</sup>.

Destacado o conceito de controle de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (Interferências entre poderes do Estado, p.14-19); proferido em profundo estudo, valemo-nos, também, da classificação idealizada pelo autor para a análise de exemplos de controle da Constituição do Brasil de 1988. Vejamos:

*“Sob o critério objetivo as funções de controle podem ser agrupadas em quatro modalidades básicas: 1 - controle de cooperação; 2 - controle de consentimento; 3 - controle de fiscalização e 4 - controle de correção. (destacamos)*

De acordo com esta classificação:

1 - Controle de cooperação:

*“O controle de cooperação é o que se perfaz pela co-participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro.*

*Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado.”*

2 - Controle de consentimento:

*“O controle de consentimento é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder.*

*Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aqui escendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.”*

3 - Controle de fiscalização:

---

<sup>60</sup> Celso Bastos adverte no sentido de que hodiernamente os órgão estatais não exercem simplesmente funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções (legislativa, judiciária e executiva) em sentido material. (*Curso de Direito Constitucional*, p.345).

<sup>61</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Interferências entre Poderes do Estado*, in: *Revista de Informação Legislativa*, p. 13.



*“O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro.*

*Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.”*

#### 4 - Controle de correção:

*“O controle de correção é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro.*

*Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.”*

Passemos aos exemplos constitucionais pátrios destes controles.

### **4.1. Controle do Poder Executivo exercido em relação ao Legislativo**

A previsão constitucional da possibilidade do VETO do Poder Executivo à elaboração legislativa é exemplo mais difundido de forma de controle da atividade típica do Poder Legislativo por parte do Executivo. No ordenamento pátrio temos:

“Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1.º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

(...)

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;” (destaques nossos)

O veto, como já vimos, constituiu marco histórico na conformação do sistema de freios e contrapesos.

O veto foi concebido como instrumento de cooperação entre Legislativo e Executivo (no modelo *King in Parliament*), como, inclusive, defende que ainda o seja, atualmente, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>62</sup>.

Ousando discordar do autor da classificação utilizada, e considerando que o veto, pelo menos, momentaneamente, impede que a lei entre em vigor, classificá-lo como forma de controle mais rigorosa, talvez uma situação *sui generis*, um *controle de correção* não necessariamente terminativo, ou, pelo menos, como controle de fiscalização, vez que, indiscutivelmente, constitui modalidade de controle preventivo de constitucionalidade de norma.

Parecem-nos mais próximas da idéia do *controle de cooperação* as previsões constantes dos incisos III e IV acima transcrito, ou seja, a iniciativa facultativa de legislação - registre-se, absurdamente ampla, ao nosso ver -, bem como sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para execução da lei.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ainda aponta como *controle de cooperação* a competência do Presidente da República de nomear um terço dos membros do Tribunal de Contas da União (op. cit., p.14-15, nota 61).

#### **4.2. Controle do Poder Executivo exercido em relação ao Judiciário**

Em primeiro lugar, aproveitando as observações acima, referimo-nos à possibilidade do veto (art. 84, V) do chefe do Poder Executivo a propostas legislativas de iniciativa do Poder Judiciário. Assim como, valendo também para o Poder Legislativo, é bom lembrar que a possibilidade do veto alcança a lei orçamentária, encontrando limite, todavia, ao nosso ver, na autonomia administrativa e financeira garantida pela Constituição no art. 99.

Vislumbramos mecanismo de controle, talvez *controle de fiscalização*, na possibilidade prevista no § 4º do art. 103 da Constituição, de ser proposta pelo Presidente da República perante o Supremo Tribunal Federal, ação declaratória de constitucionalidade diante da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de norma, nos termos do art. 14, III, da Lei nº 9.868/99, especialmente em face do efeito vinculante da declaração de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, conforme previsto no § 2º do art. 102 da C.F.

Parece-nos, também, que a faculdade atribuída ao Presidente da República no art. 84, XII, da CF, para a concessão de indulto e comutação de penas, pode ser utilizada como forma de *controle de correção* da atividade jurisdicional, quando não motivada a decisão, apenas pelo juízo de conveniência e oportunidade, mas inspirado, o Chefe do Executivo, pelo caráter controvertido, juridicamente, da sentença condenatória judicial.

#### **4.3. Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo**

O exemplo de controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo não poderia ser outro senão o mais importante: o **controle da constitucionalidade** das leis produzidas pelo Legislativo. Aqui o Poder

---

<sup>62</sup> Op. cit., p.14-15, nota 61.

Judiciário, no exercício de sua função típica (Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição - art. 102, *caput*), exerce o *controle de correção*, determinando inclusive a suspensão da execução de lei inconstitucional. O controle da constitucionalidade experimenta importante incremento com a Carta de 1988, através da previsão do *controle concentrado* (via de ação) de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, ação direta de inconstitucionalidade - ADIN - e a ação declaratória de constitucionalidade - ADECON; § 1º, a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF; art. 103, § 2º, ADIN por omissão).

Outro exemplo, *controle de cooperação*, é também a possibilidade da deflagração do processo legislativo (arts. 93 e 96, II da CF).

#### 4.4. Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Executivo

Sobre os exemplos deste controle, reportamo-nos, também, ao **controle de constitucionalidade**, em especial às observações do item anterior, esclarecendo que se o Poder Executivo concorre para a inconstitucionalidade, através da sanção da norma, figurará no pólo passivo da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade).

Ainda no campo do controle de constitucionalidade, destacamos que talvez a única aplicação que restou viável da chamada ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) por omissão, após as decisões do Supremo Tribunal Federal, balizando a aplicação do instituto<sup>63</sup>, é justamente a contida na parte final do disposto no § 2º, 103 da CF, dirigida aos **órgãos administrativos**, o quais serão **compelidos** a adotar providências de sua alçada para conferir plena eficácia à norma constitucional no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de responsabilidade. Sendo que ao Poder Executivo compete precipuamente o exercício da função administrativa (função típica), identificamos principalmente nele o alvo deste (art. 103, § 2º, *in fine*) *controle de correção* exercido pelo Poder Judiciário.

Outra interferência interessante, inclusive porque envolve os **Poderes Judiciário e Legislativo** interagindo no exercício de controle **sobre o Poder Executivo**, é a decorrente do que estabelece o art. 52, parágrafo único, *verbis*:

“Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23/99)

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

(...)

Parágrafo único - Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a

<sup>63</sup> STF - Pleno - ADIN nº 1458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 162/877.

condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”

Neste caso de *controle de correção*, os membros do Poder Executivo podem inclusive ser punidos com a perda do mandato, conforme acima descrito. É o famoso processo de *impeachment*, que na sistemática constitucional pátria é exercida pelo Poder Legislativo, Senado Federal, com a participação - aí em sede de *controle de cooperação* - do Poder Judiciário, através do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.5. Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Executivo

Como fruto do desenvolvimento do princípio da separação dos poderes, e, mesmo da concepção dos regimes representativos, o parlamento passou a se caracterizar pelo exercício da dupla missão, **legislar e fiscalizar**<sup>64</sup>, de modo que hodiernamente, não se nos afigura correto tratar o dever de fiscalizar do Poder Legislativo como exercício de função atípica. O poder-dever de *controle de fiscalização* conferido ao Legislativo foi amplamente consagrado na Constituição de 1988.

Os exemplos de previsões constitucionais de controle do Poder Legislativo sobre o Executivo, são inúmeros, alguns, inclusive já tratados acima, como no caso de *impeachment*, *controle de correção*.

O art. 49 traz outros importantes exemplos, aos quais **procedemos ao enquadramento à classificação utilizada** neste trabalho. Vejamos.

Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**

---

<sup>64</sup> O controle de fiscalização, na Constituição de 1988, é atribuição maciçamente cometida ao Poder Legislativo; como é sabido, tornou-se característica dos regimes representativos a dupla missão parlamentar de legislar e de fiscalizar. **De certa forma, essas duas atribuições estão estreitamente vinculadas, pois é inegável que o Legislativo deve dispor de todas informações necessárias para desempenhar-se de sua função típica.** (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Interferências entre poderes do Estado*, p. 15).

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; **CONTROLE DE CORREÇÃO**

(...)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; **CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO**

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; **CONTROLE DE CONSENTIMENTO**

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares. **CONTROLE DE CONSENTIMENTO.**

Outro exemplo interessante de controle realizado pelo Poder Legislativo em face do Executivo, agora na modalidade de *controle de cooperação* - oferecido, também, por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO no trabalho citado -, *está a função, atribuída ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, de integrar, cada um com dois de seus respectivos membros, escolhidos por eleição, o Conselho da República, órgão do Poder Executivo.*

#### **4.6. Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Judiciário**

O Poder Judiciário também está sujeito ao controle do Poder Legislativo. Assim ocorre quando das deliberações do segundo sobre as proposições legislativas de iniciativa do primeiro, nos termos do *caput* do artigo 48 da CF.

Outro importante instrumento de controle do Poder Legislativo, que também pode recair sobre o Poder Judiciário, o *controle de fiscalização* exercido através das Comissões Parlamentares de Inquérito, previsto no § 3º do art. 58 da CF, encontra exemplo na memória recente de nossa história, pela ação do Poder Legislativo federal na chamada CPI do Judiciário.

#### **BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA MELLO, Leonel Itaussu. Clássicos da Política, v.1., organizado por Francisco C. Weffort. São Paulo: Ática, 2001.

ARISTÓTELES. Política. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BASTOS, Celso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES MARTINS DA COSTA, Paula Bajer. Sobre a Importância do Poder Judiciário na Configuração do Sistema da Separação dos Poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 8, janeiro-março 2000, nº 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.240-258.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista. In: Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. Revista de Informação Legislativa, nº 103/13. Brasília: Senado, 1989.

PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional - Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PRITCHETT, C. Herman e outros. A Supremacia Judicial de Marshal a Burger. In: Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos. Editado por M. Judd Harmon. Rio de Janeiro: Forense Universitária, [s.a.p.].

SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e Contrapesos (Checks and Balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOARES DE PINHO, A. P. Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira. Niterói: [s.c.p.], 1961.

SOLON, Ari Marcelo. Teoria da Soberania como problema da norma jurídica e da decisão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

(\*) O autor é Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Diretor-Presidente do Instituto do Legislativo Paulista. Procurador-Chefe no período 1997/2001. Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP.