

MICHEL TEMER

ELEMENTOS
DE **DIREITO**
CONSTITUCIONAL

25^a edição



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



MALHEIROS
EDITORES

Capítulo III

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS

1. Introdução. 2. Órgãos de controle. 3. Formas de controle da constitucionalidade. 4. Os meios de controle (repressivo) da inconstitucionalidade. 4.1 Via de exceção; 4.2 Via direta: 4.2.1 Competência para o julgamento da representação de inconstitucionalidade; 4.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade; 4.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 4.2.4 Ação declaratória de constitucionalidade; 4.2.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 5. O pedido de cautelar nas representações por inconstitucionalidade.

1. Introdução

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão.

Pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando a Constituição o ponto mais alto do sistema normativo. É nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Aquele, ao inovar a ordem jurídica infraconstitucional, haverá de obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Se um deles for agravado, abre-se espaço para o controle da constitucionalidade daquele ato normativo cujo objetivo é expelir, do sistema, o ato agravador.¹

Por isso, tais atos são presumidamente constitucionais até que, por meio de fórmulas previstas constitucionalmente, se obtenha a declaração

1. No caso *Marbury versus Madison*, o Juiz Marshall sustentou a célebre tese da supremacia da Constituição, dizendo que os atos do Congresso a ela contrários deveriam ser tidos por nulos, inválidos e inefcazes.

de inconstitucionalidade e a retirada de eficácia daquele ato ou a concessão de eficácia plena (no caso de inconstitucionalidade por omissão).

A ideia de controle está ligada, também, à de *rigidez* constitucional.

De fato, é nas Constituições rígidas que se verifica a superioridade da norma magna em relação àquela produzida pelo órgão constituído. O fundamento do controle, nestas, é o de que nenhum ato normativo – que necessariamente dela decorre – pode modificá-la.²

Da rigidez constitucional “resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma”.³

Esta lealdade se dá obrigatoriamente em dois níveis: o formal e o material. Formalmente, a norma é compatível com a Constituição se sua elaboração obedeceu ao rito procedimental estabelecido pelo poder constituinte originário.

Portanto, não tem relação com o conteúdo da norma, mas com o processo legislativo.

A norma será materialmente constitucional se inovar o ordenamento jurídico de forma a não afrontar o que diz a Constituição, ou seja, se o conteúdo da norma for compatível com o Texto Magno.

2. Órgãos de controle

A doutrina indica a possibilidade de controle por meio de órgãos distintos: por *órgão político* e por *órgão jurisdicional*.

O controle por *órgão político* assenta-se na ideia de que o órgão controlador deve ocupar posição superior no Estado e deve ser distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Essa concepção ganhou força na França, onde a Constituição do ano VII, por inspiração de Sieyès, criou o Senado Conservador com a finalidade de decretar a inconstitucionalidade de atos legislativos.

A tentativa mais eficaz, feita naquele país, foi com a criação do Conselho constitucional, da Constituição de 1958.⁴

2. Como consequência da teoria das Constituições rígidas, surge o que se denomina *suprallegalidade constitucional* (Wilson Accioli, *Instituições de Direito Constitucional*, p. 45).

3. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed., Malheiros Editores, 2011, p. 267.

4. O art. 62 dessa Constituição determinou que as decisões desse Conselho não eram recorríveis e que se impunham a “todos os poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais”.

O controle mais conhecido e aplicado é aquele efetivado por *órgão jurisdicional*.

Sustentam muitos que esta atividade adquire color eminentemente político dado que seu objetivo último é a retirada da eficácia do ato normativo.⁵

Não nos parece que esse desempenho do Judiciário não seja exclusivamente jurisdicional. Como veremos, o Judiciário se cinge a *declarar* a inconstitucionalidade. Realiza a mesma atividade desenvolvida em outras questões postas à sua apreciação. Isto é, diz o direito aplicável a uma controvérsia, em caráter definitivo.

Não há controvérsia mais séria do que o saber se o ato normativo consoa, ou não, com o texto constitucional. Nesse momento o Judiciário está “dizendo o direito” no mais expressivo dos litígios ocorrentes no Estado: o confronto entre a manifestação de um órgão constituído (atos normativos) e a manifestação anterior do poder constituinte (Constituição).

Pode inexistir interesse pessoal e mesmo material em jogo. Mas o Judiciário não tem a missão constitucional de solucionar conflitos individuais ou coletivos, apenas. Tem, também, a de manifestar-se sobre o direito infraconstitucional que pode permanecer no sistema, porque a este não vulnera. Trata-se de interpretação de normas, de apreciação do Direito, atividade decorrente da jurisdição.

A circunstância de a decisão interessar à coletividade não transmuda a função do órgão. Todas as decisões por ele proferidas interessam à comunidade, dado que visam à pacificação das relações sociais. Daí entendermos que a função de declarar a inconstitucionalidade de ato normativo pelo STF é jurisdicional.

O controle por órgão jurisdicional é o adotado no Brasil. A ele se adiciona controle político feito por outro órgão: o Senado Federal, como veremos adiante.

3. Formas de controle da constitucionalidade

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

5. Ronaldo Porto Macedo escreveu magnífico trabalho, ainda não publicado, em que busca demonstrar a natureza legislativa dessa atividade do Judiciário.

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 incumbe do exame prévio da constitucionalidade.

E nada impede que durante a discussão e votação se argúa a inconstitucionalidade, podendo provir, desse argumento, a rejeição.

Também se controla *preventivamente* por meio de atuação do Chefe do Executivo. O art. 66, § 1º, não deixa dúvida a esse propósito. Preceitua: “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...”.

Convém salientar que esse controle prévio visa, como dissemos, a impedir a inserção, no sistema, de preceito vulnerador da Constituição.

O texto constitucional se refere a controle de constitucionalidade de “lei ou ato normativo”. Isto é, de atos perfeitos, acabados, enquanto o controle prévio se refere a projetos. Portanto, atos inacabados.

Anote-se mais. Nem todos os projetos de atos normativos se submetem, constitucionalmente, a esse controle preventivo. Inocorre, por exemplo, no caso de medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos. Decretos são atos a cujo procedimento o constituinte não impôs fórmulas de apreciação formal.

O controle *repressivo* – este, sim – é viabilizado por dois meios distintos: a via de exceção e a via de ação. Tanto para suprimir normas inconstitucionais (ação) como suprir omissão (inação). Exercita-os o Judiciário.

4. Os meios de controle (repressivo) da inconstitucionalidade

O controle repressivo jurisdicional pode realizar-se por duas vias distintas. Pela via indireta, também chamada de *controle difuso*, via de exceção; ou pela via direta, também conhecida como *controle concentrado*, via de ação.

4.1 Via de exceção

Na *via indireta*, o objeto principal da ação não é a declaração de inconstitucionalidade da norma, questão incidental no processo, mas a solução do caso concreto. Pleiteia-se, no caso da via de exceção, o direito ao não-cumprimento de norma que o indivíduo acredita inconstitucional. A decisão sobre a obrigatoriedade, ou não, do cumprimento da norma passa pela decisão de ser, ou não, a norma, inconstitucional.

Caberá ao juiz da ação decidir a questão que lhe foi colocada. Para atingir este fim, precisa, obrigatoriamente, resolver sobre a constitucionalidade da norma.

Portanto, qualquer indivíduo com direito lesado, ou ameaçado de lesão, estará legitimado a provocar o Judiciário sobre a questão. Qualquer membro do Judiciário, competente para decidir o caso concreto, está legitimado a declarar a inconstitucionalidade da norma questionada.

No entanto, o art. 97 da Constituição Federal exige que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só seja declarada pelos tribunais pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial. De qualquer forma, o efeito desta decisão é sempre *inter partes*.

Ou seja, o interessado defende-se da aplicação da lei inconstitucional, mas, ainda que declarado inconstitucional, este ato normativo continua válido em relação a terceiros, contra quem continua a produzir efeitos normais. A declaração não anula a lei, só impede sua aplicação ao caso concreto.

Por se tratar de questão envolvendo norma constitucional, o caso pode chegar até o STF, o qual exerce o “controle terminal”,⁶ que se opera depois de esgotadas as instâncias inferiores.

Se a decisão chegar ao STF em razão de recurso, aquela Corte deve remeter eventual declaração de inconstitucionalidade, derivada da apreciação do caso concreto, ao Senado Federal, para que este suspenda a execução da lei, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.⁷

O art. 52, X, autoriza o Senado “a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Terá o Senado autorização constitucional para negar a retirada da eficácia do ato normativo após a declaração efetivada pelo Supremo Tribunal Federal? Terá ele a possibilidade de retirar parcialmente a eficácia de uma lei se o STF a declarou, no seu todo, inconstitucional?

A nosso perceber, pode. O Senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo STF. A ex-

6. Antônio Vitorino, “Proteção Constitucional e Proteção Internacional dos Direitos do Homem: Concorrência ou Complementaridade?”, p. 76.

7. Entendemos, em face do princípio federativo, que, se a matéria questionada diz respeito a confronto entre lei municipal e a Constituição Estadual, ou entre lei estadual e a Constituição Estadual, pode e deve o Tribunal de Justiça, após declarar a inconstitucionalidade, remeter essa declaração à Assembleia Legislativa, para que esta suspenda a execução da lei (evidentemente, nos Estados em que as Constituições confirmam essa competência à Assembleia).

pressão “no todo ou em parte”, que se encontra no art. 52, X, não significa que o Senado suspenderá parcial ou totalmente a execução da lei ou decreto de acordo com a declaração de inconstitucionalidade, parcial ou total, efetivada pelo STF.

O Senado Federal não é mero órgão chancelador das decisões da Corte Suprema. Qual é exatamente o papel do Senado no controle da constitucionalidade?

A nosso ver, existe discricção do Senado ao exercitar essa competência. Suspenderá, ou não, a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, de acordo com o seu entendimento. O simples fato de o art. 52, X, possibilitar a suspensão *parcial* ou *total* da lei revela essa discricionariedade. Seja: se o STF declarar a inconstitucionalidade de lei, por inteiro, faculta-se ao Senado a possibilidade de suspendê-la em parte. De fato, haverá hipótese em que a Corte Suprema terá declarado a inconstitucionalidade por maioria de um ou dois votos, remanescendo, portanto, fundada dúvida sobre a provável constitucionalidade. Se em dado instante mudar a composição do Supremo ou a convicção de alguns de seus Ministros relativamente ao tema, a declaração, em nova ação, será de constitucionalidade.

As expressões “no todo” ou “em parte” são utilizadas em outros dispositivos constitucionais. Por exemplo, no art. 66, § 1º. Tratando-se da possibilidade de veto, por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público, concede ao Presidente da República a possibilidade de veto total ou parcial. Significa, no caso deste preceito, que a Constituição deixa à discricção do Chefe do Executivo a dimensão do veto. Assemelha-se à competência conferida ao Senado Federal no art. 52, X.

4.2 *Via direta*

Outra forma de controle é a *via direta*, na qual a norma, em tese, será questionada. Não há caso concreto, mas interpretação em abstrato. As ações previstas como controle concentrado são quatro: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

4.2.1 *Competência para o julgamento da representação de inconstitucionalidade*

Essa competência é privativa do STF, verdadeira Corte Constitucional, dado que o art. 102, I, estabelece competir-lhe processar e julgar *ori-*

Capítulo III

OS ESTADOS FEDERADOS

1. Introdução. 2. A autonomia estadual. 3. Competências dos Estados. 4. Autoridades próprias dos Estados. 5. A eleição do governador, do vice-governador e dos deputados. A escolha dos magistrados. 6. O Poder Constituinte dos Estados. 7. Intervenção do Estado no Município.

1. Introdução

O Brasil é Federação desde 15 de novembro de 1889. O Decreto n. 1, como ato constituinte, fixou que as antigas Províncias ficariam constituindo os “Estados Unidos do Brasil”.

Assim se mantiveram até a Constituição vigente, registrando-se desnaturamento da Federação no período que mediou entre 1937 e 1945, quando o Dec.-lei 1.202, de 8.4.39, dispôs sobre a administração dos Estados e dos Municípios, preceituando, no art. 1º, que “os Estados, até a outorga das respectivas Constituições, serão administrados de acordo com o disposto nesta lei”.

Afora esse momento histórico, sempre se buscou a preservação da autonomia estadual mediante a possibilidade de os Estados editarem suas próprias Constituições e, portanto, se auto-organizarem. Isto porque a autonomia estadual, de grau político, é um dos pressupostos da Federação.

Nos dias que correm, a Constituição vigente preserva aquela autonomia. Porém, com muitas limitações, como passaremos a examinar.

2. A autonomia estadual

É mais autônomo ou menos autônomo, politicamente, o ser que tenha maior ou menor capacidade para dispor a respeito de suas competên-

cias por meio de autoridades locais. Na medida em que cerceios exteriores àquele ser impeçam ou reduzam sua autocondução, a autonomia é limitada.

O Estado federado detém competências próprias (arts. 25, § 1º, e 155); autoridades próprias (arts. 27, 28 e 125). Tais autoridades – do Legislativo, do Executivo e do Judiciário – decidem a respeito dos negócios locais.

Por outro lado, a autonomia estadual é realçada por outro dispositivo constitucional: o art. 34.

Já vimos, ao tratarmos da intervenção federal nos Estados, autorizada pelo aludido art. 34, que tal circunstância é fator que ressalta a autonomia dos Estados.

A necessidade de previsão constitucional para a União intervir significa a igualdade entre ela e os Estados. Fossem desiguais, existisse a subordinação dos Estados à União, não se cogitaria de autorização constitucional expressa.

Essa previsão constitucional é demonstração inequívoca da autonomia estadual.

Se o constituinte estabeleceu a autonomia estadual, toda interpretação que nesse tema se faça levará em conta esse prestígio constitucional.

A Constituição de 1988 concedeu maior autonomia aos Estados.

Diferentemente, a Constituição anterior concentrou poderes na União. Raul Machado Horta¹ lembra que “alargaram-se consideravelmente os instrumentos da ação federal. A repartição de competências concentrou no domínio da União os grandes poderes nacionais de decisão (...) uma exigência do Estado moderno, intervencionista ou dirigista, na área do constitucionalismo ocidental, quando se localizaram no centro do poder nacional, que é a União, as apreciáveis atribuições que integram os poderes federais”.

3. Competências dos Estados

O art. 25, § 1º, confere aos Estados “as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Desse dispositivo se extrai a ideia de que as competências dos Estados não estão enumeradas no texto constitucional. Para identificá-las é preciso saber quais os poderes que *explícita* ou *implicitamente* não lhes são vedados.

Em primeiro lugar fica-lhes proibido dispor sobre as competências da União (arts. 21 e 22) e as dos Municípios (art. 30). Nada podem dispor,

1. “Tendências do Federalismo brasileiro”, *RDP* 9/7.

também, a respeito das competências tributárias da União e dos Municípios. A tais competências o Estado não tem acesso. É o que dispõe *implicitamente* a Constituição.

Explicitamente se lhes nega a possibilidade de organizar-se e reger-se por normas que vulnerarem os princípios mencionados no inc. VII do art. 34.

Ainda se lhes proíbe, *explicitamente*, criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma das pessoas de direito público interno (art. 19, III).²

“Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar”; e “recusar fé aos documentos públicos” (art. 19, I e II).³

Exemplificadas as vedações *implícitas* e *explícitas* impostas aos Estados e tendo presente a afirmação de que a Constituição não enumera (salvo hipótese que se verá mais adiante) as competências dos Estados, chega-se à conclusão de que a eles pertence o *resíduo*, o *resto*, a *remanescência* daquilo que não foi conferido à União ou aos Municípios. Daí falar-se em competências *residuais* ou *remanescentes* como titularizadas pelos Estados.

Bem examinado o texto constitucional, verifica-se que aos Estados compete, *residualmente*, dispor sobre matéria administrativa (seus servidores e a organização da Administração Pública local). Entre essa matéria elenca-se a financeira. Também compete aos Estados a disposição sobre os seus agentes políticos (definição de responsabilidades etc.).

Mas, ao lado das residuais, o Estado ainda é senhor de *competências expressas*, *competências em comum*, *competências concorrentes* e *competências suplementares*.

São expressamente conferidas aos Estados as competências tributárias, como a do art. 145 (instituição de impostos, taxas e de contribuição de melhoria) e as do art. 155 (instituição de impostos sobre transmissão *causa mortis* e doação de bens ou direitos, operações relativas ao ICMS e o IPVA).

Em síntese, o Estado federado titulariza competências *residuais*, *expressas*, *em comum*, *concorrente* e *suplementar*.

2. José Afonso da Silva e Raul Machado Horta classificaram didaticamente esses princípios sob a fórmula de princípios constitucionais sensíveis, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos. Conferir os trabalhos “O Estado-membro na Constituição Federal”, RDP 16/15, e *Autonomia do Estado-membro*.

3. José Afonso da Silva, “O Estado-membro na Constituição Federal”, RDP 16/15. Anoto que o trabalho mencionado se refere à Constituição de 1967.

Em comum são as competências que o Estado titulariza juntamente com a União, o Distrito Federal e os Municípios (art. 23). São, no geral, competências de natureza programática.

Concorrente é a competência do Estado exercida ao lado da União e do Distrito Federal. É competência que visa à edição de *leis* sobre as questões elaboradas no art. 24. Diferentemente daquelas *em comum*, que podem cingir-se a atos concretos da Administração.

Finalmente, a competência *suplementar*, que decorre da *concorrente*. Explico. Nas competências concorrentes a União pode editar apenas *normas gerais*. Mas o Estado pode *suplementar* essa atividade da União. Ou seja: o Estado pode – em atenção, naturalmente, às suas peculiaridades locais – legislar sobre *normas gerais* nos claros deixados pelo legislador federal. E, inexistindo lei federal sobre tais normas, o Estado as expedirá sem limitação, plenamente.⁴

4. Autoridades próprias dos Estados

Os Estados têm governo próprio. Possuem órgãos de governo – Legislativo, Executivo e Judiciário – próprios. São autoridades locais: o governador, os deputados estaduais e os magistrados. São autoridades que decidem a respeito de assuntos locais sem nenhuma ingerência de autoridades externas.

Com efeito, existem matérias sobre as quais dispõe o Legislativo estadual; a execução do disposto nessa lei cabe ao Poder Executivo estadual e, ocorrendo litígio nesse particular, será ele solucionado, em caráter definitivo, pelo Judiciário local. É a Constituição que fornece amparo para essas ideias, as quais são realçadas pela previsão de recurso extraordinário, aludido no art. 102, III, “a” a “c”, da CF, e pelo recurso especial, previsto no art. 105, III, “a” a “c”.

A leitura desse dispositivo indica a impossibilidade de extrapolar os limites decisórios estaduais em matéria de peculiar interesse do Estado.⁵

O que dele se vê é a possibilidade de levar a questão decidida no plano estadual para fora deste, para um órgão estranho ao Estado, quando a decisão afetar a Constituição, tratado ou lei federal (do tipo nacional). Só é possível a utilização do recurso extraordinário ou do recurso especial quando a decisão contraria dispositivo da Constituição, contraria ou nega vigência

4. Veja-se, a propósito, o trato dessa questão no capítulo: *O Estado Federal*.

5. Retratando essa afirmação constitucional a Súmula 280 do STF assentou que: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

a tratado ou lei federal, declara a inconstitucionalidade desses atos normativos, considera válida lei ou ato do governo local contestados em face da Constituição ou de lei federal e, numa última hipótese, quando der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro tribunal ou o STJ.

Verifica-se – para insistir na ideia – que as questões estaduais não envolvidas de interpretação da Constituição Federal ou de ato normativo federal (tratado ou lei) não ensejarão a manifestação de órgão externo ao Estado.

Feitas estas considerações, indiquemos quais são as autoridades próprias dos Estados Federados: os *deputados* (previsão do art. 27); o *governador* e *vice-governador* integrantes do Executivo (previsão do art. 28 da CF) e os *magistrados estaduais* (previsão do art. 125).

Os deputados compõem a Assembleia Legislativa, órgão do Poder Legislativo estadual. São representantes do povo domiciliado eleitoralmente naquele Estado. Representam aquele povo e sua função – no cumprimento de missão constitucional – é satisfazer, nos limites da competência do Estado federado, as aspirações daquele povo.

O governador e o vice-governador compõem o Poder Executivo estadual, cujo objetivo é executar, administrar, dar, o que formulou o legislador estadual, seja o constituinte, seja o ordinário.

Os magistrados, integrantes de órgãos da Justiça estadual, compõem o Poder Judiciário estadual.

O órgão de cúpula do Judiciário estadual é o Tribunal de Justiça, a ele cabendo a iniciativa da lei de organização judiciária local. Nada impede, assim, que essa lei crie tribunais de *alçada* em função do valor ou da natureza da causa, tanto mais que a eles se refere o art. 93, III.

É função do Judiciário local aplicar a lei para solucionar litígios, buscando soluções definidas, ou, ainda, validar uniões relativas ao matrimônio (como é o caso dos juízes de paz).

Assim, o governo estadual não é exercido apenas pelo governador, chefe do Executivo. Este é uma das autoridades próprias do Estado.

O governo estadual é desempenhado por todas as autoridades locais: as do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

5. A eleição do governador, do vice-governador e dos deputados. A escolha dos magistrados

O governador e o vice-governador do Estado são eleitos por meio de sufrágio universal e voto direto e secreto. O vice-governador é eleito em

Capítulo V

AS ESPÉCIES NORMATIVAS

1. Espécies normativas. 2. Emendas à Constituição. 3. Processo de criação da Emenda à Constituição. 4. Lei complementar e lei ordinária. 5. Processo de criação da lei complementar e da lei ordinária. 6. Peculiaridades do processo de criação da lei ordinária. 7. Leis delegadas. 8. Processo de criação da lei delegada. 9. Medidas provisórias. 10. Processo de criação da medida provisória. 11. Decreto legislativo. 12. Processo de criação do decreto legislativo. 13. Resoluções. 14. Processo de criação das resoluções.

1. Espécies normativas

Vêm arroladas no art. 59 da CF. São: I – emendas à Constituição; II – leis complementares à Constituição; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; e VII – resoluções.

2. Emendas à Constituição

Examinemos a emenda à Constituição.

Sabemos que há um escalonamento de normas. A lei se submete à Constituição, o regulamento se submete à lei, a instrução do Ministro se submete ao decreto, a resolução do Secretário de Estado se submete ao decreto do Governador, a portaria do chefe de seção se submete à resolução secretarial. Há hierarquia de atos normativos, e no ápice do sistema está a Constituição. A emenda à Constituição é, enquanto projeto, um ato infraconstitucional: só ingressando no sistema normativo é que passa a ser preceito constitucional e, daí, sim, da mesma estatura daquelas normas anteriormente postas pelo constituinte.

Como é que ela pode ingressar no sistema alçando-se à condição de norma constitucional? Na medida em que seja produzida segundo uma for-

ma e versando conteúdo antes posto pelo constituinte. Tanto isto é verdade que o art. 60, §§ 1º e 4º, fixa vedações de natureza *circunstancial* e vedações de natureza *material*.

Com efeito, no § 4º do art. 60 encontramos a expressão: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais”. São matérias intocáveis pelo legislador constituinte. Em outras palavras, a rigidez constitucional, nessas matérias, ocupa grau máximo.

De outro lado, no § 1º, encontram-se as vedações *circunstanciais*. Na circunstância do estado de sítio ou na circunstância do estado de defesa ou, ainda, na intervenção federal, não se pode modificar a Constituição Federal. Em outras palavras: o legislador reformador, que tem assento no Congresso Nacional, submete-se aos ditames constitucionais; submete-se àquilo que antes positivou o legislador constituinte ordinário, aquele que criou o Estado, aquele que estabeleceu a Constituição.

A emenda constitucional, por sua vez, só pode ingressar no sistema se obedecer a *processo* determinado, o qual vem arrolado no art. 60, I a III, e §§ 2º e 3º.

Assim, projeto de emenda só pode converter-se em norma constitucional se obediente a processo legislativo especialmente previsto e abrigando conteúdo não destoante do texto constitucional.

Evidentemente, se uma emenda constitucional trazer modificação, por exemplo, do sistema tributário, vulnerando princípios, ou em desobediência à forma determinada para sua produção, não se admite sua introdução na Constituição. Se vier a introduzir-se, é passível de declaração de inconstitucionalidade.

Convém notar que o texto constitucional abriga vedações explícitas e implícitas.

As *explícitas* são aquelas já mencionadas.

As *implícitas* são as que dizem respeito à forma de criação de norma constitucional bem como as que impedem a pura e simples supressão dos dispositivos atinentes à intocabilidade dos temas já elencados (art. 60, § 4º, da CF).

3. Processo de criação da Emenda à Constituição

Têm a *iniciativa* do projeto de emenda à Constituição: o Presidente da República (art. 60, II); os Deputados e Senadores, devendo a proposta,

neste caso, ter assinatura de 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 60, I) ou mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, cada uma manifestando-se pela maioria relativa de seus membros (art. 60, III).

A proposta de emenda é discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Considera-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 dos votos dos membros de cada uma das Casas (art. 60, § 2º).

Inexiste *sanção* no caso de Emendas Constitucionais. A decisão é, soberanamente, do Congresso Nacional, que exerce a representação popular e dos Estados, na reformulação da estrutura estatal.

Votado e aprovado o projeto, passa-se à *promulgação*, efetivada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o número de ordem sequente a anteriores emendas.

Sobre a *publicação* o Texto Constitucional silencia. Há de entender-se, entretanto, que essa competência é do Congresso Nacional.

4. Lei complementar e lei ordinária

A segunda espécie normativa é a lei complementar à Constituição, que analisaremos juntamente com a lei ordinária. A lei complementar à Constituição foi, durante muito tempo, e ainda é, por muitos doutrinadores, tida por norma intercalar entre a Constituição e a lei ordinária, ou seja, como uma norma que ocupa uma posição de prevalência constitucional, como uma norma à qual se submete hierarquicamente a lei ordinária. Muitos sustentaram que a lei complementar, escalonada no art. 59, vinha antes da lei ordinária e, por isso, seria hierarquicamente superior. Outros sustentaram e chegaram a indicar no Texto Constitucional algumas hipóteses em que a lei ordinária se submeteria à lei complementar.

Na verdade, para o desate desta questão, é preciso saber o que é *hierarquia* para o Direito.

Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade, numa norma superior. A lei é hierarquicamente inferior à Constituição porque encontra nesta o seu fundamento de validade. Aliás, podemos falar nesse instrumento chamado lei, porque a Constituição o cria. Tanto isto é verdade que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar que uma lei é inconstitucional, está dizendo: “aquilo que todos pensaram que era lei, lei não era”, dado que *lei* é instrumento criado pelo Texto Constitucional. Pois bem, se hierarquia assim se conceitua, é preciso indagar: lei ordinária,

por acaso, encontra seu fundamento de validade, seu engate lógico, sua razão de ser, sua fonte geradora, na lei complementar? Absolutamente, não!

A leitura do art. 59, III, indica que as leis ordinárias encontram seu fundamento de validade, seu ser, no próprio Texto Constitucional, tal qual as leis complementares que encontram seu engate lógico na Constituição. Portanto, não há hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária.

Pode surgir a seguinte indagação: por que o constituinte estabeleceu, de um lado, a lei complementar e, de outro lado, a lei ordinária? Qual a razão dessa distinção? Não seria efetivamente em razão de hierarquia?

A resposta está no seguinte: o constituinte estabelece documento que é sintético. São as sumas, são as vigas mestras do sistema. O desdobramento para o cumprimento da Constituição deve ser observado pelo legislador infraconstitucional. Portanto, num *sentido amplo*, todas as leis, todas as espécies normativas, são complementares à Constituição. Isto é, se os limites constitucionais não forem obedecidos, não podem ingressar no sistema. Assim, quando se diz complementar – em sentido lato – significa desdobramento de norma constitucional.

Mas o constituinte criou espécie determinada e a rotulou de lei complementar.

Qual a diferença entre ela e a lei ordinária?

A diferença reside em dois pontos bem claros.

O primeiro é o âmbito material de sua abrangência. Com efeito, em vários dispositivos o constituinte prescreve: “lei complementar disporá sobre isto ou aquilo”. “A criação de Estado depende de lei complementar.” Poder-se-ia objetar: “mas todas as demais matérias contidas na Constituição também dependem de lei e o legislador estabelece normas, preceitos, também sobre estas matérias”. É que, no tocante às leis complementares, em razão do disposto no art. 69 da CF, são aprováveis por maioria absoluta, o que se opõe à maioria simples.

É do confronto entre o art. 69 e o art. 47 da CF que se apura a distinção entre *maioria simples* e *maioria absoluta*. O art. 47 fornece os parâmetros para esta distinção ao estipular: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros.” Se há 100 integrantes numa Casa Legislativa e 51 estão presentes, há o que se chama de *quorum*. Uma lei ordinária é aprovável, segundo o art. 47, por 26 votos, isto é, mais da metade dos presentes à sessão.

Já, entretanto, o art. 69 exige a “maioria absoluta”. Qual é a maioria absoluta, nesse exemplo? É o número de 51 membros. É “mais da metade” dos

integrantes da Casa Legislativa, esclarecendo-se que essa metade é entendida como o primeiro número inteiro subsequente obtido depois da divisão.

Isto significa que a aprovação de lei complementar demanda manifestação de vontade mais qualificada do que a manifestação de vontade que se exige para aprovação de uma lei ordinária (26 votos têm uma expressão, 51 votos têm outra expressão, têm outro significado). E por que o constituinte estabeleceu esta distinção? É porque, na verdade, valorizou estas matérias. Deu-lhes maior relevo. Sendo essas matérias relevantíssimas (ao modo de ver do constituinte), estabeleceu fórmula que exige uma aprovação especial, manifestação mais significativa.

Portanto, a lei complementar se suporta nestes dois pontos: no âmbito material predeterminado pelo constituinte e no *quorum* especial para sua aprovação, que é diferente do *quorum* exigido para aprovação da lei ordinária.

A distinção entre a lei ordinária e a lei complementar reside no *âmbito material* expressamente previsto, que, por sua vez, é reforçado pela exigência de um *quorum* especial para a sua aprovação.

A lei ordinária tem outro campo material. Qual é o campo material da lei ordinária?

Podemos chamar de campo residual. Isto é: campo que não foi entregue expressamente ao legislador complementar, nem ao editor do decreto legislativo e das resoluções.

É por exclusão, pois, que se alcança o âmbito material da lei ordinária.

Não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas.

5. Processo de criação da lei complementar e da lei ordinária

Têm *iniciativa* dos projetos de lei complementar e de lei ordinária: o Deputado, o Senador, Comissão da Câmara dos Deputados, Comissão do Senado Federal, Comissão do Congresso Nacional, o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores, o Procurador-Geral da República e os cidadãos (*iniciativa popular*) (art. 61).

A *discussão* se opera na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (arts. 64 e 65).

A *votação*, visando à aprovação, no caso da lei ordinária, se dá por maioria simples (art. 47); no caso de lei complementar, por maioria absoluta (art. 69).

A *sanção* é da competência do Presidente da República (art. 66) tanto no caso da lei complementar como da lei ordinária.

A *promulgação* cabe ao Presidente da República. Ressalva-se a hipótese em que haja veto com sua subsequente rejeição. Nesse caso, se a lei não for promulgada dentro de 48 horas pelo Presidente da República, o Presidente do Senado a promulgará e, se este não o fizer no prazo de 48 horas (contadas a partir do escoamento do prazo de 48 horas conferido ao Presidente da República), a promulgação competirá ao Vice-Presidente do Senado (art. 66, § 7^a). O mesmo procedimento será seguido no caso de sanção tácita, se, após 48 horas, o Presidente não promulgar a lei.

A *publicação*, tanto da lei complementar quanto da lei ordinária, caberá a quem a tenha promulgado.

6. Peculiaridades do processo de criação da lei ordinária

Não se pode estudar o processo de criação da lei ordinária sem atentar para procedimentos diversos que a Constituição estabelece.¹

São eles: a) leis de tramitação sem prazo; b) leis de tramitação com prazo, em regime de urgência.

Quanto aos projetos de leis de tramitação *sem prazo*, para sua apreciação, o processo legislativo aplicável é aquele já escrito no tópico anterior.

Quanto aos projetos de lei ordinária de tramitação *com prazo a iniciativa* é do Presidente da República, pois é este que pode enviar ao Congresso Nacional projetos de lei fixando prazo para sua apreciação: 45 dias pela Câmara dos Deputados mais 45 dias pelo Senado Federal. Estes os termos em que se processa a discussão, sendo certo que, se houver emendas no Senado, a sua apreciação se fará no prazo de 10 dias pela Câmara dos Deputados. Esse prazo de 10 dias significa que o prazo fixado em 90 dias pode dilatar-se a 100. Esses prazos, por sua vez, não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional. Significa que se interrompem para prosseguir a contagem após o recesso.

Quando há fixação de prazo a votação há de ser feita naquele período. Caso contrário, o projeto será incluído na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos até que se ultime a votação. É fórmula coercitiva estabelecida para obrigar o Congresso a apreciar expressamente o projeto de lei.

1. Eugênio Doin Vieira, no mestrado da PUC-SP, ofereceu, como trabalho final da disciplina “Direito Constitucional”, magnífico estudo sobre o assunto.

A *sanção* e a *promulgação* serão feitas nos termos descritos no tópico anterior.

7. *Leis delegadas*

As leis delegadas derivam de exceção ao princípio da indelegabilidade de atribuições.

A lei delegada, prevista no art. 59, IV, e depois no art. 68 da Constituição, é exceção ao princípio da indelegabilidade de atribuições de um Poder para outro Poder. No art. 68, o constituinte afirma: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”. É uma *delegação “externa corporis”*, ou seja, para fora do corpo do Poder Legislativo.

Delegar atribuições, para o constituinte, significa retirar parcela de atribuições de um Poder para entregá-lo a outro Poder.

Delegação de atribuição, segundo o Texto Constitucional, se verifica com o deslocamento de parcela de atribuição do Legislativo, por vontade deste, para outro Poder, o que se dá na delegação *externa corporis*. Na que autoriza o Presidente da República a editar lei. Delegação de atribuições é, efetivamente, a transferência de parte da atividade legislativa ao Presidente da República.

A delegação ao Presidente da República se faz por meio de resolução do Congresso Nacional (art. 68, § 2º).

Por outra parte, só é possível delegar ao Presidente da República se este solicitar. Em outras palavras: o Legislativo não pode *obrigar* o Presidente da República a legislar.

Ainda são indelegáveis os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional (aqueles arrolados no art. 49); os de competência exclusiva da Câmara dos Deputados (arrolados no art. 51); os de competência exclusiva do Senado Federal (arrolados no art. 52) e as leis sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a legislação sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos, eleitoral e sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento. São indelegáveis, também, as matérias reservadas à lei complementar.

8. *Processo de criação da lei delegada*

Somente mediante a *iniciativa solicitadora* do Presidente da República é que se pode deflagrar o processo de criação da lei delegada mediante a expedição de resolução autorizadora por parte do Congresso Nacional.