

A LEI NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 21 | p. 124 | Out / 1997
Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 4 | p. 145 | Mai / 2011
DTR\1997\543

Clémerson Merlin Cléve

Área do Direito: Geral

Sumário:

- 1.Generalidades - 2.O papel da lei na Constituição de 1988 - 3.A estrutura da lei na Constituição Federal de 1988 e a possibilidade do exercício da função legislativa pelo Poder Executivo - 4.As medidas provisórias e o controle da atividade legislativa do Poder Executivo - 5.Formas de exercício da função legislativa pelo Poder Executivo - 6.Concretização do Direito constitucional objetivo e inércia do Poder Legislativo - 7.A título de conclusão

Começo a presente exposição agradecendo o convite que me foi formulado pelo Dr. Geraldo Brindeiro e pela Dra. Yedda de Lourdes Pereira. Certamente, o meu nome inclui-se entre os expositores deste Congresso em função da generosidade dos amigos integrantes do Ministério Público Federal. Fui procurador da República por algum tempo, situação que me permitiu, sobre conhecer a gravidade das funções pelo Ministério Público exercitadas após a promulgação da Constituição de 1988, o inaugurar laços de afeto e respeito com seus componentes que o tempo só tem conseguido aprofundar.¹

Devo agradecer, também, o fato de, numa circunstância como esta, falar sobre um tema, para mim, bastante caro, desafiador, nos dias de hoje, de ensaios de reflexão tentados por não poucos juristas.

Refiro-me à atividade normativa do Estado contemporâneo. A matéria envolve a configuração da lei na Constituição Federal de 1988, a definição de sua causa e de sua estrutura, bem como a investigação da atividade legislativa do Poder Executivo. Neste último ponto, trata-se de discorrer a respeito da necessidade de um controle mais rígido sobre o exercício, pelo Executivo, da função normativa. Finalmente, cumpre dizer algo sobre o lento processo de concretização do direito constitucional objetivo, assunto que está profundamente ligado à inércia do Poder Legislativo no que tange aos comandos de legislar plasmados na Lei Fundamental.

1. Generalidades

A história da humanidade registra que a lei sempre foi entendida desde uma perspectiva material. *Na antigüidade, Aristóteles, Sócrates e Platão definiram a lei em virtude de seus atributos de justiça.*² Na Idade Média, o pensamento tomista procurou encontrar os atributos da normatividade no cumprimento do bem comum e no entendimento de que a lei estaria professando uma espécie de justiça. Bem por isso, a lei não se confundia com o instrumento de criação do direito, sendo antes encarada como um repositório da consciência do justo.³

Esse tipo de concepção *material* da lei entra em colapso com o nascimento do Estado moderno, instância que, segundo Weber e Poulantzas,⁴ monopoliza o exercício da violência física. É este Estado, monopolizador da violência, o responsável pela transformação da lei em uma manifestação de poder. A lei, enquanto manifestação de poder, passa a ser encarada como uma expressão de comando de alguém que exerce o domínio.

No momento em que surgem as revoluções burguesas e começa a delinear-se o Estado de Direito, a noção de lei como comando que decorre de um lugar definido no quadro da estrutura sóciopolítica é apropriada. O poder político que é absolutamente atomizado no período medieval vem a ser, posteriormente, galvanizado pelo Príncipe, no Estado absolutista e, depois, pelo corpo legislativo, no Estado de Direito.

Analisando o pensamento dos filósofos iluministas que antecederam as revoluções burguesas, pode-se encontrar tentativas de manutenção do conceito de lei proveniente do Estado Absolutista.

uma fórmula capaz de justificar a existência de um comando. Não obstante, o comando terá agora como pressuposto a noção de igualdade, fazendo emergir, portanto, verdadeira idéia material de lei. *Constata-se que, em Locke,* ⁵*Monstesquieu* ⁶*ou Rousseau,* ⁷conquanto a lei não possa ser definida pela sua materialidade, ela tem como pressuposto um determinado conteúdo. Exatamente porque a lei expressa um comando genérico e abstrato, no caso de Rousseau, configurando, a sua generalidade, mecanismo de limitação do arbítrio (pensamento de Mostesquieu), ela é tributária de uma técnica, de um artifício criado pela doutrina política moderna para ter na lei um instrumento de defesa da liberdade. Embora o conteúdo da lei não se identifique com esta última, a liberdade configura pressuposto da própria lei. Não há lei sem liberdade.

Com efeito, nos primeiros momentos da sociedade burguesa necessitava-se de segurança e unidade jurídicas, valores possibilitadores do exercício da autonomia da vontade e da liberdade de circulação de mercadorias ou de comércio. Este é o momento em que ocorre a identificação do direito com o Estado. O direito reside na lei produzida pelo Estado.

No quadro da evolução do pensamento jurídico atual, não é possível aceitar um conceito universal de lei. É necessário ter em vista o conceito de lei aplicável a esta ou àquela ordem jurídica. Cumpre, por isso mesmo, empreender esforços para a compreensão do sentido da lei no universo constitucional brasileiro definido a partir da Constituição Federal de 1988.

Já tive ocasião de trazer esse dado em seminário realizado na UNB, aqui mesmo em Brasília, coordenado pelo Prof. Gilmar Ferreira Mendes. A Constituição Federal utiliza a expressão lei no *caput* do art. 5.º - "Todos são iguais perante a lei" - com o sentido de ordem jurídica. Todos são iguais perante a ordem jurídica. Logo mais, no art. 5.º, XXXIX, o constituinte utiliza a expressão lei com sentido de ato legislativo votado pelo Parlamento, especificamente, lei ordinária - "Não há crime sem lei anterior que o defina". No art. 5.º, XXXV, a lei aparece com o sentido de qualquer norma jurídica, até, se for o caso, de Emenda Constitucional - "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". Já no art. 173, § 3.º, a lei emerge como qualquer ato legislativo - "A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade".

Como se vê, a leitura da Constituição exige o conhecimento do significado da palavra "lei" residente em cada artigo da Constituição. *De qualquer maneira, para o Direito constitucional brasileiro a lei configura sempre um mecanismo de criação do direito decorrente da atividade do Estado.* Não há lei sem atividade do Estado. A lei é, necessariamente, ato que decorre do exercício da função legislativa exercitada pelo Poder Legislativo propriamente dito - Congresso Nacional - ou, eventualmente, por outro poder, como é o caso do presidente da República (leis delegadas ou medidas provisórias).

O que foi afirmado até aqui ainda não foi suficiente para identificar o núcleo do conceito de lei no marco da Constituição de 1988. Para tanto, cumpre realizar um breve passeio sobre a caminhada da teoria constitucional a respeito dessa importante matéria.

A doutrina constitucional, através de esforços teóricos incriveis, ensaiou diversas aproximações ao conceito de lei. A primeira tentativa foi *da idéia de lei com conteúdo*, originária da Alemanha, mais precisamente, da doutrina dualista oitocentista germânica, representada por Laband e retrabalhada por Jellinek. ⁸A história alemã, como se sabe, não experimentou um processo revolucionário como a francesa. Na Alemanha, houve um processo de transição em que a monarquia manteve os seus poderes legitimados pela tradição, mas, ao mesmo tempo, as classes burguesas conseguiram controlar o aparato estatal por meio da conquista do Parlamento. Logo, a teoria alemã teve de criar um mecanismo que evitasse conflitos, por um lado, entre o monarca e as forças políticas que o apoiavam e, por outro, entre o monarca e a burguesia instalada no Parlamento.

Dentro desse contexto, constrói-se a teoria dualista do direito para a qual a lei é o ato votado pelo Parlamento destinado à *criação de regras de direito*. Pouco importa se a regra jurídica é geral, abstrata ou impessoal, porque a lei não é definida a partir de sua estrutura. Se o ato legislativo interfere na esfera pessoal dos cidadãos, nomeadamente na esfera da liberdade e da propriedade, trata-se de uma regra de direito que somente pode ser votada pelo Parlamento. Todos os demais atos normativos que não tratassem dos problemas relativos ao território da liberdade e da propriedade não estariam a depender da atividade do Parlamento, podendo ser editados pelo monarca. Logo, a organização do Estado, do funcionalismo, a disciplina da administração pública, todas essas questões estão fora do universo das regras de direito veiculadas por atos legislativos votados pelo Parlamento. Constituem, bem por isso, campo livre destinado à atividade normativa do

monarca.

Por conseguinte, na Alemanha do oitocentos, a lei era definida pelo seu *conteúdo*. Se o ato proveniente do Poder Público interferisse na esfera subjetiva dos cidadãos, especialmente no âmbito da liberdade e da propriedade, teríamos a exigência de um ato legislativo. A lei, então, só poderia tratar de regras de direito. O campo restante ficaria por conta da atividade normativa do monarca.

A segunda tentativa é a que decorre dos processos revolucionários burgueses, especificamente da experiência francesa. É a *idéia de lei sem conteúdo*, ou melhor, sem um conteúdo necessário, embora tributária de uma estrutura e origem determinadas. Nesse sentido, a lei não se define pelo seu conteúdo - regra de direito - como na Alemanha.

Segundo a corrente francesa, defendida por Carré de Malberg,⁹ calcada nas idéias iluministas de Montesquieu, Rousseau e Locke, é necessário, para assumir o regime típico da lei, que o ato provenha do Legislativo (*origem*) e tenha as características de generalidade, abstração e permanência (estrutura).

No entanto, apesar do conteúdo não fazer parte da definição da lei, é pressuposto desta última, uma vez que o Parlamento e a generalidade são garantias da liberdade. No momento em que o voto era censitário e a classe burguesa conseguia controlar todo o Parlamento, era natural que as casas legislativas, apoiadas nas concepções políticas e jurídicas derivadas do liberalismo, votassem somente *leis de arbitragem*.¹⁰ Por outro lado, também era natural que este tipo de lei conseguisse proteger a liberdade e a propriedade, como queria, afinal, a classe burguesa emergente.

O que surpreende é que o Parlamento, castelo da classe ascendente, em virtude do processo de democratização pela qual passa o mundo ocidental, converte-se no lugar do debate político. Se em uma primeira fase os parlamentares, enquanto provenientes de uma determinada classe, discutiam para encontrar, através da razão, a lei adequada e justa, em uma segunda fase, em que o Parlamento passa a ser composto por representantes de todas as classes sociais, devido ao sufrágio universal, a lei aparece simplesmente como manifestação da *vontade política*, como bem assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho.¹¹

É realmente inusitado constatar que o processo de democratização pelo qual passa o Estado contemporâneo acaba conduzindo os juristas à criação de teorias positivistas do direito, ou seja, cada vez menos a lei está ligada a um determinado pressuposto de ordem material, e cada vez mais seu regime independe do seu conteúdo.

Enfim, a lei aceita ser nada mais do que forma. Forma de veiculação de uma decisão política emanada pelo Parlamento, composto por representantes de todas as classes sociais. A lei, neste ponto, configura o resultado de uma intensa luta política. O fator de democratização da sociedade que consegue trazer legitimidade para o universo político, paradoxalmente quebra a legitimidade do universo jurídico, porque o direito vai se distanciando de exigências de cunho material. O momento culminante deste processo foi, sem dúvida, aquele que presenciou o nascimento da *Teoria Pura do Direito*, elaborada por Hans Kelsen.

A terceira idéia que cumpre referir nesta exposição, é a *da lei independente do conteúdo, mas vinculada a determinado regime jurídico*. É fato que o Estado contemporâneo vive mudanças radicais. Após a primeira guerra mundial e, principalmente, depois da segunda, o Estado mínimo que se preocupava simplesmente com a produção da ordem jurídica, com a segurança interna e com as relações externas, sofre um processo que, ao seu cabo, favorece o nascimento do Estado providência ou do Estado social. Neste tipo de Estado, o Poder Público, como todos sabem, precisa agir cada vez mais. Uma série de matérias deixadas à regulação derivada da autonomia da vontade (liberdade contratual), passam a ser dependentes da atividade do Poder Público.

Com o tipo de Estado que emerge no mundo ocidental no presente século, a lei não mais se encaixa com os conceitos anteriores. Não se concilia com a *idéia de lei com conteúdo* porque a lei contemporânea não tem nenhum compromisso prévio com determinado conteúdo e também não se concilia com a idéia de lei definida a partir de sua estrutura - generalidade e abstração - porque o Estado agora utiliza a lei não apenas como mecanismo de arbitragem, mas também para alcançar determinados objetivos concretos. Hoje, bem por isso, a lei votada pelo Parlamento é, muitas vezes, uma lei transitória, criada para resolver determinada questão respeitante apenas a uma singular conjuntura. Uma lei-objetivo¹² à medida em que dirigida à solução de uma questão concreta,

atingindo apenas determinados grupos.

O exemplo típico desta nova linha de lei é a medida provisória recentemente editada para solucionar as dificuldades pelas quais passa o Sistema Financeiro Nacional (Proer). Ela é geral, mas voltada para um determinado grupo, as pessoas jurídicas integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Não é uma *lei de arbitragem* (Manoel Gonçalves Ferreira Filho), pois tem um objetivo concreto dentro da política econômica traçada pelo governo federal. É um ato legislativo que não se coaduna com a idéia de lei com conteúdo, professada pela doutrina germânica oitocentista e nem com a idéia iluminista da lei definida pela origem parlamentar e pela estrutura (generalidade, abstração).

Com efeito, exigiu-se, nos últimos tempos, um renovado esforço doutrinário voltado à elaboração de um adequado e contemporâneo conceito de lei. Um conceito que alcance dar conta da nova conjuntura histórica. A verdade, porém, é que nem todos os juristas caminharam nesse sentido. Apanhe-se os livros de Direito constitucional e perceber-se-á um certo desconforto dos constitucionalistas. Dizem alguns: "Não, mas isso não é lei!" - E no entanto é. "Isso não é direito!" - E no entanto é. - "O direito está em crise" Afinal, o que significa isso? Ora, este desconforto decorre, simplesmente, da descoberta indesejada de que a realidade jurídica não está se ajustando mais aos velhos conceitos ditados pela teoria constitucional dos séculos XVIII, XIX e do início do século XX.

Uma última idéia de lei reflete a busca de um conceito capaz de dar conta da atividade normativa do Poder Público no Estado contemporâneo. *É a idéia de lei independente de conteúdo, embora vinculada a determinado regime jurídico.* Aceita-se que em determinadas circunstâncias o Estado possa legislar não com o objetivo de estabelecer regras de arbitragem, mas com o fim de estabelecer regras de impulso. Está a utilizar os conceitos elaborados pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.¹³ Admite-se, também, a legitimidade dos atos definidos como leis-objetivo, ou seja, aqueles que buscam resolver circunstâncias concretas, sendo, a um tempo lei e execução de lei. Atos que trazem, em seu universo, ao mesmo tempo, por via de consequência, características da lei e do ato administrativo de cumprimento da lei.

As *leis-objetivo* foram chamadas, em um primeiro momento, de leis-medida, na linguagem de Carl Schmitt.¹⁴ Foi a teoria de Ernest Forsthoff¹⁵ que ousou admitir que aquelas leis não eram simplesmente medidas, mas atos legislativos emanados do órgão estatal exercente da função legislativa, ainda que esta função não estivesse monopolizada pelo Poder Legislativo.

Deveras, dentro do quadro constitucional brasileiro, e certamente foi isso que entendeu o constituinte de 1988, não podemos definir a lei nem pelo seu conteúdo, nem pela sua estrutura e origem, mas tão-somente pelo seu regime jurídico. A lei consubstancia uma decisão veiculada por um ato legislativo previsto na Lei Fundamental da República. No caso da Carta brasileira, previsto no art. 59, da CF/1988. É que vigora no direito constitucional brasileiro o *princípio da tipicidade* dos atos legislativos: - apenas os atos elencados no art. 59 constituem-se em atos legislativos.

Advirta-se, porém, e desde logo, que a adoção do critério formal pelo sistema constitucional brasileiro não implica estar a lei autorizada a veicular qualquer conteúdo. Não se está a defender o descompromisso da lei com o conteúdo. Muito pelo contrário, afirma-se somente que a lei não pode ser definida pela sua estrutura ou origem, bem como pela sua matéria. É que embora a lei não possa ser definida pela sua substância - *regra de direito* -, o seu conteúdo será sempre aquele e apenas aquele autorizado pela Constituição. É dizer, o universo da lei é tributário de uma idéia de justiça deduzida do texto constitucional.

Logo, é perfeitamente possível afirmar que, no direito constitucional brasileiro, a lei injusta é potencialmente inconstitucional. A razão disto reside no fato de que a brasileira é uma Constituição que, além de organizar os Poderes, e isso é tudo o que faziam as velhas Constituições oitocentistas e novecentistas (Constituições estatutárias), incorpora um universo de regulação da sociedade. É justamente no espaço de regulação da sociedade que reside a singularidade das Constituições contemporâneas, em cujo campo se insere a brasileira. Ora, este espaço adota um conjunto de princípios (plasmadores de valores fundamentais) que consubstanciam os *standards* de justiça defendidos no contexto da sociedade brasileira deste final de século. Temos, portanto, uma Constituição Material residente no território discursivo da Constituição formal.

Então, ainda que a lei seja definida pelo seu regime jurídico e, por isso mesmo, também pela sua forma, ela só poderá veicular o conteúdo que do ponto de vista dos princípios gerais, está pré-determinado pela Constituição. Isto não significa que o ato de legislar se confunde com o de

executar. A atividade do legislador não é uma espécie de execução da Constituição. O fato dos atos legislativos dependerem de determinado conteúdo previamente plasmado na Constituição não retira do legislador a liberdade de configuração normativa, adverte José Joaquim Gomes Canotilho.¹⁶

Note-se que a Constituição brasileira oferece um capítulo inteiramente dedicado aos princípios fundamentais. Lamentavelmente, os nossos operadores jurídicos ainda não se utilizam dos princípios constitucionais como seria desejável. É indiscutível que um discurso calcado na principiologia constitucional é mais progressista e capaz de atender melhor aos reclamos e exigências da formação social brasileira contemporânea.

Constata-se que embora o ato legislativo não seja mera execução da Constituição e o legislador tenha um campo livre, a lei encontra-se limitada de certo modo (delimitação do campo de liberdade do legislador) em função de uma série de princípios que, plasmados na Constituição, indicam o *conteúdo possível* do direito brasileiro. Por outro lado, esta limitação intensifica-se a partir do momento em que desacredita-se no Parlamento como lugar da garantia das liberdades. Com os horrores presenciados no século XX, todos aprenderam que o legislador não é digno de total confiança. Especialmente a partir da segunda guerra mundial, a confiança antes depositada no legislador transferiu-se para o constituinte. A confiança depositada na lei transferiu-se para a Constituição. Aliás, mais do que para a Constituição, transferiu-se, talvez, para os órgãos exercentes de jurisdição constitucional. Com efeito, a Constituição, ela mesma é garantida pelo exercício da jurisdição constitucional deferida seja ao Poder Judiciário, seja ainda às Cortes Constitucionais criadas no presente século no mundo ocidental.

Então, pode-se dizer, de um modo genérico, que a lei, na experiência constitucional brasileira, é definida por seu regime jurídico e por sua forma. Logo, lei é todo ato normativo revestido de forma de lei. Por sua vez, possuem forma de lei aquelas espécies previstas no art. 59, da CF/1988, em *numerus clausus* (*apenas aquelas, salvante a hipótese de recepção de espécies pretéritas com a mesma força*), já que vigora no sistema constitucional brasileiro o princípio da tipicidade dos atos legislativos.

2. O papel da lei na Constituição de 1988

Neste ponto, cumpre dizer algo a respeito do papel da lei no contexto da Constituição Federal de 1988. Logo em seguida a discussão respeitante à estrutura da lei na Constituição Federal de 1988 desafiará alguma sorte de consideração.

Em um primeiro momento, como foi afirmado, a lei assumia uma função de arbitragem. Bem por isso, a lei tinha um papel essencialmente conservador. Seu fim era regular as relações sociais já cristalizadas. A visão de lei do Estado mínimo é a da lei como instrumento de conservação. Sim, porque conquistado o aparelho de Estado, cabia à classe hegemônica manter as concepções políticas e jurídicas adequadas aos seus interesses.

Em um segundo momento, coincidente com a emergência do Estado social, a lei aceita perceptíveis alterações em sua estrutura. Manifesta-se o fenômeno das *leis-objetivo*. É neste momento que a lei, ademais de ser instrumento de conservação, adquire o caráter de instrumento de reforma. A lei assume o papel reformador porque interfere na realidade jurídica para alterá-la. O Estado, por uma série de razões, vê-se obrigado a abandonar a posição de guardião do status quo, aceitando o papel de agente da história. Assumindo renovado papel, toma a lei como instrumento de atuação transformadora.

Instrumento de conservação ou de reforma, a lei é também um instrumento de integração da sociedade. A lei conforma um corpo simbólico que integra as pessoas que habitam determinado território, inserindo-as num mesmo universo de valores (a comunidade), condenando-as, ademais, à inteligência de que são partícipes de um mesmo destino.

Por outro lado, em uma sociedade pluralista, como a brasileira, a lei não veicula uma vontade geral, mas uma vontade política provisória. Provisória porque decorrente de compromissos e negociações alcançados no seio do Parlamento e do Poder Executivo. A lei configura, então, o último momento de um processo: o da cristalização, da condensação das relações de força que se fazem representar no seio do Estado. Por sua vez, esta relação de forças é sempre provisória e instável. É por isso que, atualmente, o mundo vai sofrendo o influxo do que a doutrina chama de *inflação legislativa* ou

motorização legislativa. Os Estados contemporâneos possuem uma vocação legiferante impressionante, nomeadamente aqueles Estados regedores de sociedades não estratificadas, como é o caso da brasileira. Custa para o jurista acompanhar as alterações que vêm se processando, todos os dias, na seara dos vários ramos do direito. Imagine-se como ficam os cidadãos em relação a isso.

Na Constituição Federal de 1988, a lei não é necessariamente um instrumento de conservação ou de reforma porque pode assumir ambos os papéis dependendo da correlação de forças imperante no momento. No entanto, a lei será sempre um instrumento de integração que condensa as relações de força presente no seio político, para utilizar a linguagem de Nicos Poulantzas.¹⁷

3. A estrutura da lei na Constituição Federal de 1988 e a possibilidade do exercício da função legislativa pelo Poder Executivo

Eventualmente instrumento de conservação ou de reforma, mas sempre de integração, a lei assume na Constituição Federal de 1988 determinada estrutura. Qual seria esta estrutura? Ora, a estrutura é sempre dependente do papel assumido pela lei.

Se a lei desempenha um papel de arbitragem, evidentemente que a sua estrutura é tributária do pensamento moderno iluminista: será genérica, abstrata e permanente. Se, ao contrário, a lei é uma *lei objetivo*, de impulsão, será um ato legislativo que não poderá ser definido por nenhuma das características anteriores. Não será geral, não será abstrata e não terá, necessariamente, compromisso com a permanência. Poderá o legislador preferir uma lei de efeitos concretos, incidente não sobre a universalidade das pessoas, mas sim sobre determinado grupo específico.

A Constituição Federal de 1988 admite a *lei de arbitragem*, como admite, em determinadas circunstâncias, a lei de impulsão.¹⁸ Da finalidade da lei, repita-se, decorrerá a sua estrutura. Isto significa que qualquer uma das estruturas são aceitáveis, no contexto da Constituição Federal de 1988.

Se a Constituição Federal de 1988 admite as *leis-medida* é porque entende que elas são necessárias e que, em face da morosidade do processo legislativo e da composição política e não-técnica do Parlamento, determinados atos devem decorrer do exercício da função legislativa exercitada pelo próprio Poder Executivo. Aqui está a razão pela qual a Constituição Federal de 1988 manteve a previsão da lei delegada, originária de emenda à Constituição Federal de 1946, tendo substituído o Decreto-lei por outro Decreto-lei, a medida provisória, valendo-se aqui das experiências constitucionais italiana e espanhola a respeito da matéria.

Portanto, o fato do constituinte admitir que o Executivo possa legislar é perfeitamente compatível com a teoria constitucional do Estado democrático contemporâneo. Não se pode imaginar que, no último quartel de século, quando a sociedade, muitas vezes, exige pronta manifestação legislativa, o Executivo pudesse ficar a mercê da demora da votação de uma lei em virtude do processo legislativo que envolve um número expressivo de parlamentares. O que se agrava no caso brasileiro, em que o Legislativo sobre ser bicameral, comporta um processo legislativo que atribui idênticos poderes a ambas as casas. Então, era realmente necessário que o constituinte autorizasse o Poder Executivo a editar, em determinadas circunstâncias, atos com força de lei - as medidas provisórias.

4. As medidas provisórias e o controle da atividade legislativa do Poder Executivo

Se o constituinte de 1988 não pode ser criticado pelo fato de ter acreditado que o Poder Executivo não iria exagerar na utilização das medidas provisórias (e tem exagerado), certamente que pode ser criticado pelo fato de não ter estabelecido limites explícitos ao exercício da atividade legislativa por este poder.

Decalcando o regime jurídico das medidas provisórias, constata-se que o constituinte teve o cuidado de colocar determinadas matérias não apenas sob *reserva de lei*, mas já algumas sob reserva de lei votada pelo Parlamento, ou seja, sob reserva de lei votada pelo Congresso Nacional. Pode-se retirar da Constituição de 1988 o princípio da reserva de lei do Parlamento. Com efeito, como ninguém desconhece, todas as matérias previstas no art. 68, § 1.º, da CF/1988 são insuscetíveis de tratamento por via de lei delegada ou de medida provisória. Ou seja, quanto a elas não basta a lei (o ato legislativo); é necessário mais, que o ato legislativo seja votado pelo Congresso Nacional. Dai porque referidas matérias não podem ser objeto de medidas provisórias e de leis delegadas.

As medidas provisórias não configuram uma espécie de delegação. Garcia de Enterría assevera que as medidas provisórias consubstanciam delegação automática, ocorrente sempre que se manifestem os pressupostos (previstos na Constituição) necessários para tal delegação.¹⁹ Não se pode concordar com a tese. Ora, a medida provisória é simplesmente a manifestação de uma competência, uma atribuição constitucional deferida, pelo constituinte ao Poder Executivo.

As matérias tratadas pelo art. 68, § 1.º estão protegidas pelo princípio da reserva de lei do Parlamento porque o constituinte buscou uma proteção mais efetiva de acordo com sua importância. Colocando-as sob esta reserva, não apenas da lei (porque a medida provisória também é lei), somente a lei votada pelo Congresso pode regulá-las. São aquelas que, entre outros, envolvem direitos individuais, como, por exemplo, a disciplina penal e tributária: criação de novos tributos, majoração de alíquotas etc.

É necessário que os tribunais realizem um efetivo controle da constitucionalidade das medidas provisórias em relação a três pontos. Em primeiro lugar, o controle dos pressupostos - relevância e urgência - admitido pela jurisprudência italiana e espanhola. Um segundo controle trata das matérias susceptíveis de tratamento por medida provisória e, finalmente, um terceiro, incursionando sobre o conteúdo versado pelas medidas provisórias.

5. Formas de exercício da função legislativa pelo Poder Executivo

Viu-se que o direito constitucional brasileiro admite um conceito de lei não tributário do compromisso com a *estrutura* ou com o respectivo conteúdo, mas sim vinculado a determinado regime jurídico e ao princípio da tipicidade decorrente do que está plasmado no art. 59, da CF/1988. Viu-se igualmente que o Direito brasileiro admitiu o exercício da função legislativa pelo Poder Executivo.

No mundo contemporâneo, nos Estados Democráticos de Direito, o Poder Executivo legisla seja em virtude de (i) *delegação nominada* (a lei delegada); seja em virtude de (ii) atribuição constitucional sem delegação (a medida provisória ou o Decreto-lei); (iii) seja ainda em virtude de delegação informal ou inominada, conhecida nos Estados Unidos da América e experimentada no Brasil durante a primeira República (regulamentos delegados).²⁰

A primeira hipótese de exercício de atividade legislativa pelo Executivo confunde-se com a *delegação nominada* porque tal delegação confere ao ato normativo do Executivo natureza de ato legislativo. Este tipo de delegação pode ser encontrado nas Constituições do pós-guerra, especialmente nas da França, Portugal, Espanha, Itália e também do Brasil. O Brasil adotou a lei delegada valendo-se da experiência italiana. A Constituição italiana admite a delegação em seu art. 76.

A segunda espécie de delegação é a *inominada*. Por delegação inominada ou informal entende-se aquela autorizada pelo Parlamento, mas que, todavia, implica produção pelo Executivo de ato normativo sem força de lei. É o que acontece nos Estados Unidos. O Congresso, por exemplo, vota uma lei estabelecendo determinados parâmetros, standards e permite que esta lei, eminentemente principiológica, tenha seus comandos complementados pelo Poder Executivo, em face da utilização do poder regulamentar. O Poder Executivo norte-americano legisla (no sentido material da expressão), então, em face de uma delegação informal.

O Brasil experimentou uma espécie de delegação informal na Constituição de 1891, quando a ordem jurídica brasileira não conhecia ainda os decretos-lei e as leis delegadas. Há, inclusive, nos seus Estudos de Direito Público, belíssimo art. de Victor Nunes Leal, grande jurista, sociólogo e Ministro do Supremo Tribunal Federal, a respeito desta espécie de delegação.²¹

A delegação informal não se confunde com a nominada por duas razões. Na primeira, o beneficiário não será necessariamente o governo ou o presidente da República, podendo ser qualquer órgão do Estado. A segunda é que o ato normativo praticado pelo órgão beneficiário não terá forma de lei, mas de dec. regulamentar, não obstante este tipo de delegação possa estar prevista no texto constitucional. É o caso da atual Constituição alemã. Normalmente, no entanto, não há referência expressa na Constituição, tratando-se de forma de ampliar o poder regulamentar do Executivo, a exemplo dos Estados Unidos, da França no contexto da Constituição de 1946 e do Brasil na primeira república.

O direito brasileiro atual não admite os regulamentos delegados uma vez que já prevê a lei delegada

e a medida provisória. Admite, então, somente os regulamentos de execução. A respeito desta matéria é importante dizer que conquanto o direito constitucional brasileiro aceite apenas os regulamentos de execução, a prática administrativa brasileira tem demonstrado o descomprometimento com este postulado constitucional. Estude-se a atividade regulamentar do Poder Executivo, nas três esferas da Federação brasileira, e ver-se-á que esse poder sempre que pode extrapola os limites constitucionalmente definidos, ou seja, extrapola o território do que seria aceitável em termos de regulamento de execução.

Tem-se, portanto, verdadeiros regulamentos *praeter legem* que, na maioria das vezes, são insusceptíveis de censura por via do controle abstrato de constitucionalidade. Isto porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou-se no sentido de que em se tratando de regulamento autônomo é possível a ação direta de inconstitucionalidade exatamente porque essa espécie de regulamento não é admitida no direito brasileiro. Porém, tratando-se de regulamento que venha a desenvolver comandos normativos inscritos em uma lei, mesmo havendo violação de preceito legal ou excesso do poder regulamentar, não há inconstitucionalidade, mas ilegalidade. Tratando-se de ilegalidade, a matéria é insusceptível de censura em sede de controle abstrato da constitucionalidade.

A deficiência do sistema jurídico brasileiro neste particular pode ser suprida com a adoção de duas medidas alternativas: a criação de uma ação direta de ilegalidade (seria pensável a atribuição de competência ao STJ), ou então, através da mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal. Defende-se aqui pelo menos a flexibilização dessa consagrada e pacificada jurisprudência. É notório que o Poder Executivo tem abusado do poder regulamentar, ficando a ordem jurídica sem instrumento objetivo de censura.

Como já afirmado, o sistema jurídico brasileiro comporta, ainda, uma atuação normativa do Executivo que pode ser designada como *atribuição constitucional sem delegação*. O direito constitucional contemporâneo conhece, pelo menos, quatro fórmulas distintas de atribuição constitucional sem delegação: a fórmula das leis de quadro, a dos decretos-leis (caso da medida provisória brasileira), o expediente da separação dos domínios materiais da lei e do regulamento (previsão da Constituição Francesa de 1958) e, finalmente, a técnica dos regulamentos de execução (comum a todos os Estados, da atribuição de competência regulamentar). Os Estados contemporâneos adotam, no mínimo, uma dessas fórmulas. É o exemplo do Brasil que contempla o Dec.-lei, a medida provisória e o poder regulamentar.

A técnica das leis de quadro é simples. Fica o Poder Legislativo autorizado apenas a editar leis principiológicas, sendo certo que a atividade de desenvolvimento dos preceitos legais (atividade de concretização) fica a cargo do Poder Executivo. É similar ao que ocorre no Brasil em relação à divisão de competência entre a União e os Estados membros, no que concerne às matérias compartilhadas (competência concorrente). A União edita normas gerais e os Estados exercem a competência supletiva ou suplementar. A diferença é que, no caso das leis de quadro, o Poder Executivo completa os comandos não através da lei e sim por meio do regulamento (caso da França). É possível, no entanto, que a complementação se dê por via do Decreto-lei, como é o caso de Portugal.

A técnica das leis de quadro apresenta inúmeras variações: há o modelo português, o espanhol, o italiano etc. O brasileiro é tributário dos dois últimos. Curioso é o modelo francês de separação entre os domínios da lei e do regulamento. Nesse sistema, a Constituição estabelece o rol de matérias susceptíveis de tratamento apenas por via da lei - as dispostas no art. 34 da Constituição de 1958; todas as demais matérias são objeto de tratamento por meio de regulamento. Não há dúvida de que o modelo implica um sensível enfraquecimento do Legislativo, o que ocorre sem sombra de dúvida na França.

O direito brasileiro admite o poder regulamentar enquanto atividade normativa, mas não legislativa (no sentido formal). No que tange à atividade legislativa do Executivo, adotamos as leis delegadas, pouco utilizadas. Já as medidas provisórias, porque utilizadas de modo exagerado, necessitam de regulamentação, seja através da edição de lei complementar disciplinando os limites do instituto (art. 59, parágrafo único, da CF/1988), seja ainda por emenda constitucional que restrinja seu uso. No entanto, urgente é que o Poder Judiciário fiscalize com maior rigor as medidas provisórias, inclusive, quanto à presença dos pressupostos constitucionais e à susceptibilidade de tratamento da matéria por medida provisória. O Judiciário brasileiro, lamentavelmente, tem se mostrado tímido em relação a

este tema, o que pode ser uma das causas do uso desmedido desta medida pelo Executivo.

Este é o quadro da atividade normativa do Poder Público na Constituição Federal de 1988. Há uma adequação às exigências do Estado Democrático de Direito, embora seja necessária a reforma do art. 62, da CF/1988, que dispõe sobre a medida provisória, ou a adoção da prática do controle jurisdicional mais rigoroso das mesmas.

6. Concretização do Direito constitucional objetivo e inércia do Poder Legislativo

O último tem que trato, e com ele encerro a exposição, é o concernente à concretização da vontade constitucional. Cumpre concluir o discurso discorrendo a respeito da inércia do Poder Legislativo, nomeadamente nos casos em que o silêncio encontra-se interdito em face de disposição constitucional.²²

Tem-se visto que, muitas vezes, o Congresso Nacional legisla demais em certas matérias deixando, curiosamente, de lado outras que estão a exigir um comando normativo que as integre. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 é uma *Const. dirigente* (Canotilho) no sentido de que estabelece uma série de imposições legislativas. Não se está a referir às normas definidoras de competências legislativas, pois quanto a estas parece certo que apenas autorizam o Legislativo a legislar, dependendo, a sua atuação, de um inevitável juízo político. Está a se referir aos deveres de legislar previstos concretamente em muitos artigos da Constituição Federal de 1988. Deveres que podem ser satisfeitos pelo Legislativo em virtude de iniciativa sua ou, em outras vezes, em virtude de iniciativa do Executivo (hipóteses, por exemplo, de iniciativa reservada de lei, mas não apenas nestas).

Em relação à inércia legislativa, que remédio contemplava a ordem jurídica brasileira até 1988? Admitia os remédios oferecidos pelo sistema democrático, apenas. Se o Congresso não legislasse, seria necessário sua renovação na próxima eleição ou a realização de manifestações políticas. Ora, este tipo de remédio exige um alto grau de consciência política, que, como todos admitirão, é incompatível com a sociedade pós-moderna. A sociedade pós-industrial exacerba a limites extremos o individualismo, de modo que não seria pensável sustentar a censura da inércia legislativa apenas na consciência política dos cidadãos. A verdade é que a cidadania, em todo o mundo, lamentavelmente, vai dando lugar simplesmente a uma certa visão de consumo. Este fenômeno é constatável em localidades já contaminadas pela mentalidade pós-moderna, nomeadamente, São Paulo, Rio de Janeiro e Curitiba. Sob outro ângulo, esse tipo de consciência cívica não é exigível de sociedades pré-modernas, encontráveis em boa parte do território nacional onde as pessoas ainda estão lutando pela sobrevivência. Parece não ser razoável sustentar a defesa da integridade constitucional unicamente na consciência cívica de pessoas que ainda gastam sua energia lutando simplesmente pela sobrevivência no duro cotidiano ainda conferido pelo Brasil a boa parte de seus cidadãos.

A verdade é que o país precisa não apenas de mecanismos políticos, mas também de mecanismos jurídicos para dar conta da inércia do legislador. Ora, que instrumentos jurídicos seriam esses? O constituinte de 1988 previu, como se sabe, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Foi muito criticado por não ter ido além quando poderia tê-lo feito. Criticado, depois, foi também o Supremo Tribunal Federal pela célebre decisão responsável pela assimilação do Mandado de Injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O fato é que temos remédios para combater a ação do Estado quando este esteja impedido de agir. Basta, neste caso, que o Judiciário fulmine o ato lesivo. Agora, se o Poder Público mantém-se inerte no campo legislativo quando não poderia fazê-lo, que tipo de medida judicial pode-se esperar? Uma atividade judicial substitutiva? O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, substituindo-se ao Congresso Nacional, editando o comando faltante em face da omissão inconstitucional?

Sabe-se que foram propostas pouco mais de vinte ações diretas de inconstitucionalidade por omissão até agora. A sua pouca utilização é ilustrativa do descrédito que a medida conseguiu alcançar. Os operadores jurídicos aceitam que se trata de medida inútil. Mesmo assim, defende-se, nesta exposição, não ser aceitável autorizar o Poder Judiciário a substituir-se ao legislador para colmatar lacuna constitucional voluntária com proposta de criação de uma espécie de medida provisória judicial, ou seja, mantida a inércia legislativa e ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário baixaria uma espécie de medida provisória *judicial* para suprir a omissão do Congresso Nacional. Ora, propostas dessa natureza são absolutamente incompatíveis com o princípio da separação dos poderes (cláusula pétrea inclusive) inscrito, de modo solene,

Constituição Federal de 1988.

Ainda que o princípio da separação dos poderes tenha sofrido alterações radicais no presente século, especialmente, nos últimos anos, não se pode chegar a ponto de admitir-se uma medida provisória judicial. Primeiro porque o expediente acabaria com a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, ou seja, do Poder Judiciário (o foco da discussão política seria deslocado do Congresso Nacional para o Judiciário). Segundo, porque as críticas que, atualmente, são endereçadas ao Poder Legislativo seriam transferidas para o Judiciário. Terceiro, porque o expediente quebraria, como afirmado, o modelo de organização de poderes divididos plasmado na Constituição Federal de 1988. Logo, essa idéia é impensável.

Mas qual seria, então, o remédio? A solução mais sensata, e neste passo caminha-se na esteira do pensamento de Canotilho²³ e da Profa. Ana Cândida Cunha Ferraz (que possui um livro bellissimo sobre os processos informais de mutação constitucional),²⁴ é a soma de mecanismos jurídicos e políticos. Esta parece constituir a solução (para o problema da inércia do legislador) compatível com o princípio da separação dos poderes.

De que modo isso funcionaria? Não se está a referir ao mandado de injunção, mas à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A decisão do Supremo Tribunal Federal, declaradora do estado de omissão, poderia desencadear, automaticamente, - esta é a proposta - importantes mecanismos políticos, a exemplo da ação direta interventiva. É bom lembrar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ação direta interventiva, não nulifica o ato impugnado. Simplesmente autoriza o presidente da República a baixar decreto suspendendo a execução do ato ou a decretação da intervenção federal no Estado. Experimenta-se já, então, no direito brasileiro o expediente de somar ao processo judicial - ação direta interventiva - conseqüências de natureza política.

Defende-se, portanto, *de lege ferenda*, o somatório de mecanismos jurídicos e políticos de defesa da integridade da Constituição para o problema da inércia inconstitucional dos Poderes Públicos. Neste caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhecesse a inconstitucionalidade por omissão (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) poderia desencadear a transferência de competência legislativa, por exemplo. Se a competência é da União, ocorreria a transferência para os Estados-membros; ou até simples autorização para que os Estados-membros pudessem legislar sobre dada matéria. Os Estados ficariam autorizados a legislar durante o período em que a União se mantivesse em silêncio. Se a competência é privativa da União, poderia ocorrer a transferência da matéria para o campo da competência concorrente, autorizados os Estados a exercitarem a competência suplementar. Poderia operar-se também a transferência da iniciativa privativa ou reservada para o campo da iniciativa comum, permitindo a apresentação de projeto de lei por parlamentar ou pela população (iniciativa popular).

Na mesma linha, se o Supremo declara a inconstitucionalidade por omissão, seria pensável permitir-se o desencadeamento do mecanismo já previsto na Constituição Federal para os projetos de iniciativa do presidente da República com pedido de apreciação em regime de urgência. Deste modo, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão ficaria o Congresso Nacional obrigado a apreciar a matéria em regime de urgência, sobrestado o andamento dos demais projetos.

Este é, sem dúvida, um caminho que precisa urgentemente ser estudado. O Estado Democrático de Direito desafia os constitucionalistas a encontrarem uma solução para o grave problema da inconstitucionalidade por omissão, todavia sem quebra do princípio da separação dos poderes. Mantido, entretanto, o quadro atual, talvez seja necessária a provocação do Supremo Tribunal Federal para que adote novas modalidades de decisão no curso das ações diretas, o que tem sido arduamente defendido, por exemplo, pelo Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes.²⁵ Este tema também já foi tratado pelo Dr. Castilho Neto,²⁶ no exercício da atividade de Advogado-Geral da União, quando teve a possibilidade de propugnar pela declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, em sede de controle abstrato de omissão parcial.

7. A título de conclusão

Para concluir, considere-se que a lei, o estado de Direito, os direitos, assim como os conceitos jurídicos elaborados pela doutrina, estão passando por um processo de mutação impressionante. Essa situação de desconforto que o operador jurídico sente quando percebe que os velhos conceitos aprendidos na faculdade e experimentados no foro não dão mais conta da realidade, exige um repensar a respeito do direito. Na verdade, os juristas de hoje participam, ainda que

involuntariamente, de um processo de constituição do direito novo, seja no campo jurisdicional, como membros do Ministério Público, seja como advogados, juizes ou acadêmicos. A atividade jurídica exige, atualmente, um novo perfil para o jurista. Tenho dito que a ordem jurídica brasileira, tal qual está organizada, é uma das mais modernas do mundo. Afinal, os institutos adotados no direito brasileiro quando comparados com os de outros países colocam os brasileiros em certa situação de vantagem. O país necessita, todavia, de uma atividade renovada dos operadores jurídicos. Uma nova consciência jurídica precisa nascer, especialmente comprometida com a Constituição e com os seus valores.

Concorde-se que, jamais em nosso país, a democracia, o Estado Democrático de Direito e o direito exigiram tanto do juristas. Certamente que o papel dos juristas é de extrema importância no último quartel do século XX. Parece que tal papel precisa de um norte que está justamente na defesa intransigente da Lei Fundamental contra a tendência da fraude constitucional e da inércia inconstitucional. Propugna-se pela defesa da Lei Fundamental como única possibilidade de criação de uma civilização brasileira comprometida com o universo da cidadania. Para tanto, os operadores jurídicos precisam de uma certa utopia. Uma utopia concreta. Não basta querer, é preciso também fazer. E para fazer é necessário superar o ceticismo de hoje, maior inclusive que aquele de poetas como Fernando Pessoa. Afinal, dizem alguns que não é possível fazer nada, porque "tudo depende do que não existe". Mas, se "*tudo depende do que não existe*" (Fernando Pessoa. O peso de haver o mundo. Poesias coligadas) certamente é preciso fazer o que ainda não existe. Acredito que o que não existe no mundo jurídico ainda virá em face da atividade dos novos juristas comprometidos com a Constituição. Muito obrigado.

(1) Conferência realizada no *Simpósio de Direito Constitucional e Infraconstitucional*, promovido pela Procuradoria-Geral da República, entre os dias 11 e 13 de dezembro de 1995. O presente texto constitui degravação da exposição oral feita pelo autor. Não possui, portanto, a estrutura, a profundidade, nem o rigor metodológico de um texto escrito.

(2) CARRÉ DE MALBERG, Raimond. *Teoria general del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

(3) AFONSO VAZ, Manuel. *Lei e reserva de lei*. Tese de doutoramento, 1992, p. 75.

(4) POULANTZAS, Nicos. *O poder, o Estado, o socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

(5) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 43.

(6) MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1973.

(7) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.* p. 49.

(8) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

(9) CARRÉ DE MALBERG, Raimond. *Op. cit.* p. 309.

(10) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*

(11) *Idem*.

(12) GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. RT, 1990, p. 183. O autor prefere a expressão "normas-objeto".

(13) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 32.

(14) Sobre este assunto, consultar, especialmente, CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.* p. 613.

-
- (15) *Idem*.
- (16) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 209-238.
- (17) POULANTZAS, Nicos. *Op. cit.*
- (18) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*
- (19) ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Ed. RT, 1990.
- (20) CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- (21) NUNES LEAL, Victor. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- (22) CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- (23) CANOTILHO, J. J. G., *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- (24) CUNHA FERRAZ, Anna Cândida de. *Processos informais de mudanças da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- (25) MENDES, Gilmar Ferreira. "A doutrina constitucional e o controle da constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro". *Revista de Direito Administrativo* 02:266-76, São Paulo, 1993.
- (26) CASTILHO NETO, Arthur de. "Reflexões críticas sobre a ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal". *Revista da Procuradoria Geral da República* 02: 11-39, Brasília, 1993.