Carlos Roberto de Alckmin Dutra

**A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no
processo legislativo e no controle de constitucionalidade**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Doutor Elival da Silva Ramos

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**São Paulo
2014**

Carlos Roberto de Alckmin Dutra

A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no
processo legislativo e no controle de constitucionalidade

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor na área de concentração: Direito do Estado.

Orientador: Professor Titular Doutor Elival da Silva Ramos

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2014

Nome: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin.

Título: A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade.

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor na área de concentração: Direito do Estado.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Às queridas Carla e Geórgia, com amor!

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Elival da Silva Ramos pela valiosa orientação em mais essa etapa de pós-graduação. Sou muito grato à minha esposa e à minha filha, pela paciência e apoio, mesmo tendo privado de ambas muitos momentos em família para me dedicar aos estudos. Também merecem minha gratidão os eminentes Professores, os funcionários e os colegas do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, bem como os Deputados, Procuradores e colegas da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, enfim, os amigos, pelo apoio e incentivo. A todos, muito obrigado!

RESUMO

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade.** 2014. 277 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A presente tese tem por finalidade demonstrar a necessidade de que as leis sejam elaboradas com qualidade formal, no que tange aos aspectos de redação e estruturação interna, de modo a permitir a devida compreensão do texto — e, igualmente, da norma nele contida — por parte tanto dos aplicadores da lei como dos cidadãos. Pretende-se demonstrar a existência de um dever constitucional de elaborar a legislação com clareza, coerência e logicidade. Esse múnus, inerente ao Estado de Direito, é materializado nos princípios da segurança jurídica (CF, art. 1º) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). No Brasil, há norma específica (CF, art. 59, parágrafo único) a prever a edição de lei complementar destinada a disciplinar a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis (Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998). A metodologia utilizada é essencialmente dogmática, mediante a análise do direito positivo brasileiro. Utilizam-se eventuais enfoques zetéticos a partir da Ciência da Legislação, da Sociologia do Direito e da Ciência Política. Propõe-se, também, a ampla análise de doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras. O capítulo 1 destina-se a introduzir o tema, com a finalidade de demonstrar que, embora as leis sejam objeto de vontade política, estão, também, sujeitas a limitações quanto ao procedimento para a sua elaboração, ao seu próprio conteúdo e à sua redação e estruturação. No capítulo 2, estuda-se a Ciência da Legislação, seu desenvolvimento e suas ramificações, em especial a Legística de caráter formal e sua contribuição para o aperfeiçoamento da produção legislativa. No capítulo 3, examina-se a evolução da Ciência da Legislação no Brasil, que culminou com a previsão contida no parágrafo único do artigo 59 da Constituição e na LC 95/98, editada em seu cumprimento. Considera-se a LC 95/98 em diversos aspectos: seus destinatários, efeitos, momento de aplicação, bem como as consequências de sua inobservância — durante o processo legislativo e depois de aprovada a lei. No capítulo 4, aborda-se a inconstitucionalidade das leis, mediante o exame da evolução de cada uma de suas espécies (material, formal, orgânica e, afinal, finalística), com especial enfoque à inconstitucionalidade finalística decorrente de má-formação interna ou estrutural da lei. No capítulo 5, estuda-se o controle de constitucionalidade sob os aspectos formal e estrutural da lei no direito estrangeiro (Estados Unidos, França, Canadá, Espanha, Portugal, Itália e Alemanha). O capítulo 6 enfoca o tema central — a inconstitucionalidade finalística intrínseca ao ato normativo, decorrente de severa deficiência redacional ou estrutural interna —, demonstrando-se que não basta a mera inobservância aos critérios de Legística materializados na LC 95/98 para causar a inconstitucionalidade da lei: é necessário que a imperfeição seja de tal monta a ponto de vulnerar os princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica. Esses princípios são analisados enquanto parâmetros para a aferição da constitucionalidade das leis no que tange aos aspectos de clareza, coerência e logicidade de sua redação e estruturação. Por fim, no capítulo 7 analisa-se a prática do controle de constitucionalidade com fundamento em regras de Legística.

Palavras-chave: Legística. Processo legislativo. Elaboração legislativa. Redação das leis. Controle de constitucionalidade. Inconstitucionalidade finalística. Segurança jurídica. Devido processo legal.

ABSTRACT

DUTRA, Carlos Roberto Alckmin. **The constitutional requirement of formal quality of the law and its reflections on the legislative process and constitutionality control.** 2014. 277 f. Thesis (Ph.D.) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

This thesis aims at demonstrating the need for laws to be written with formal quality, regarding the aspects of wording and internal structure in order to allow the proper understanding of the text – and, likewise, of the legal norm contained in it – both on the part of law enforcers and citizens. The thesis intends to demonstrate the existence of a constitutional duty of writing legislation with clarity, coherence and logicity. This *munus*, which is inherent to the rule of law, is materialized in the principles of legal certainty (Federal Constitution, article 1) and the due process of law (Federal Constitution, article 5, LIV). In Brazil, there is a specific legal norm (Federal Constitution, article 59, sole paragraph) providing for the issuance of a Complementary Law aimed at regulating the elaboration, wording, amendment and consolidation of laws (Complementary Law n. 95 of February 26, 1998). The methodology used is essentially dogmatic by analyzing the Brazilian positive law. Eventual zetetic approaches from the Legislation Science, Sociology of Law and Political Science are used. The comprehensive analysis of doctrine and national and foreign jurisprudence is also proposed. Chapter 1 aims at introducing the theme with the purpose to demonstrate that, although the laws are the subject to political will, they are also subject to limitations as to the procedure for their elaboration, to their own content and their wording and structuring. In chapter 2, Legislation Science is studied, as well as its development and ramifications, especially formal Legistics and its contribution to the improvement of legislative production. In Chapter 3, the evolution of Legislation Science in Brazil is examined, and it culminated with the provision contained in the sole paragraph of article 59 of the Constitution and the LC 95/98, published in compliance with it. The LC 95/98 is taken into consideration in several respects: its recipients, effects, time of application, as well as the consequences of its non-observance – during the legislative process and after the law passed. Chapter 4 addresses the unconstitutionality of laws by examining the evolution of each one of its kinds (material, formal, organic and, at last, finalistic), with special focus on finalistic unconstitutionality deriving from internal or structural malformation of the law. In Chapter 5, the constitutionality control under formal and structural aspects of the law in foreign Law (United States, France, Canada, Spain, Portugal, Italy and Germany) is studied. Chapter 6 focuses on the central theme – the finalistic unconstitutionality intrinsic to the normative ruling derived from wording or internal structural deficiency – demonstrating that the mere failure to follow the criteria of Legistics materialized in LC 95/98 is not enough to cause the unconstitutionality of the law. It is necessary that the imperfection is of such magnitude as to violate the constitutional principles of due process of law and rule of law. These principles are analyzed as parameters for gauging the unconstitutionality of laws in relation to aspects of clarity, coherence and logicity of their wording and structure. Finally, in Chapter 7, the practice of constitutionality control is analyzed on the grounds of Legistics rules.

Keywords: Legistics. Legislative process. Constitutionality control. Finalistic unconstitutionality. Procedural due process of law. Rule of law.

RÉSUMÉ

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **L'exigence constitutionnelle de qualité formelle de la loi et ses réflexes dans le processus législatif et dans le contrôle de constitutionnalité.** 2014. 277 f. Thèse (Doctorat) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2014.

La thèse ici présentée a pour objectif démontrer que les lois doivent être élaborées avec de la qualité formelle, en ce qui concerne les aspects de rédaction et structuration interne, de façon à permettre la bonne compréhension du texte – et, également, de la norme y comprise – de la part des applicateurs de la loi, ainsi comme des citoyens. On a l'intention de démontrer l'existence d'un devoir constitutionnel, selon lequel la législation doit être élaborée avec clarté, cohérence et logique. Ce devoir, inhérent à l'État de Droit, est matérialisé dans les principes de la sécurité juridique (CF, art. 1^{er}) et du bon processus légal (CF, art. 5^{er}, LIV). Au Brésil, il y a de la norme spécifique (CF, art.59, paragraphe unique) à prévoir l'édition de loi complémentaire destinée à discipliner l'élaboration, la rédaction, l'altération et la consolidation des lois (Loi Complémentaire n.95, du 26 février 1998). La méthodologie utilisée est essentiellement dogmatique, moyennant l'analyse du droit positif brésilien. On utilise des éventuels points de vue zététiques à partir de la Science de la Législation, de la Sociologie du Droit et de la Science Politique. On propose, aussi, une large analyse de doctrine et jurisprudence nationales et étrangères. Le premier chapitre sert à présenter le thème, avec la finalité de démontrer que, malgré que les lois soient un objet de volonté politique, elles sont aussi assujetties à des limitations par rapport à la procédure de leur élaboration, à leur propre contenu et à leur rédaction et structuration. Dans le 2^e chapitre, on étudie la Science de la Législation, son développement et ses ramifications, spécialement la Légistique d'aspect formel et sa contribution pour le perfectionnement de la production législative. Dans le 3^e chapitre, on examine l'évolution de la Science de la Législation au Brésil, qui a culminé avec la prévision contenue au paragraphe unique de l'article 59 de la Constitution et dans la LC 95/98, éditée en son exécution. On considère la LC 95/98 sous divers aspects : ses destinataires, effets, moment d'application, bien comme les conséquences de son inobservance – pendant le processus législatif et après l'approbation de la loi. Dans le 4^e chapitre, on aborde l'inconstitutionnalité des lois, moyennant l'évolution de chacune de ses espèces (matérielle, formelle, organique et, enfin, finalistique), en soulignant l'inconstitutionnalité finalistique consécutive de la mauvaise formation interne ou structurelle de la loi. Dans le 5^e chapitre, on étudie le contrôle de la constitutionnalité sous les aspects formel et structurel de la loi dans le droit étranger (États-Unis, France, Canada, Espagne, Portugal, Italie et Allemagne). Le 6^e chapitre souligne le thème central – l'inconstitutionnalité finalistique intrinsèque à l'acte normatif, conséquent d'un fort déficit rédactionnel ou structurel interne -, démontrant que la simple inobservance aux critères de Légistique matérialisés dans la LC 95/98 ne suffit pas pour causer l'inconstitutionnalité de la loi : il est nécessaire que l'imperfection soit d'une telle importance, au point de vulnérer les principes constitutionnels du bon processus légal et de la sécurité juridique. Ces principes sont analysés autant que paramètres pour la vérification de la constitutionnalité des lois par rapport aux aspects de clarté, cohérence et logique de leur rédaction et structuration. Enfin, dans le 7^e chapitre, on analyse la pratique du contrôle de constitutionnalité en ayant comme base les règles de Légistique.

Mots-clés: Légistique. Processus législatif. Élaboration législative. Rédaction des lois. Contrôle de constitutionnalité. Inconstitutionnalité finalistique. Sécurité juridique.

RIASSUNTO

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **L'esigenza costituzionale della qualità formale della legge e i suoi riflessi sul processo legislativo e sul controllo di legittimità costituzionale**. 2014. 277 f. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Legge, Università di San Paolo, San Paolo, 2014.

La presente tesi ha la finalità di dimostrare la necessità di elaborare le leggi con qualità formale riguardo agli aspetti della redazione e della strutturazione interna, in modo tale da favorire la dovuta comprensione del testo e, allo stesso modo, della norma in esse contenuta, sia da parte degli esecutori della legge che dei cittadini. Si intende dimostrare l'esistenza di un dovere costituzionale di elaborare la legislazione con chiarezza, coerenza e logicità. Tale *munus*, intrinseco allo Stato di Diritto, è materializzato nei principi della certezza del diritto (Costituzione Federale del Brasile, articolo 1° – CF, art. 1°) e del dovuto processo legale (CF, art. 5°, LIV). In Brasile esiste una norma specifica (CF, art. 59, paragrafo unico) che prevede l'edizione di una legge complementare destinata a disciplinare l'elaborazione, la redazione, l'alterazione e il consolidamento delle leggi (Legge Complementare numero 95, del 26 febbraio 1998 – CF 95/98). La metodologia utilizzata è essenzialmente dogmatica, mediante l'analisi del diritto positivo brasiliano. Eventuali approcci zetetici sono stati utilizzati a partire dalla Scienza della Legislazione, dalla Sociologia del Diritto e dalla Scienza Politica. Il primo capitolo si destina a introdurre il tema, con la finalità di dimostrare che, nonostante le leggi siano oggetto della volontà politica, sono anche soggette a delle limitazioni riguardo alla procedura per la loro elaborazione, al loro contenuto stesso e alla loro redazione e strutturazione. Nel secondo capitolo si studia la Scienza della Legislazione, il suo sviluppo e le sue ramificazioni, specie la Legistica di carattere formale e il suo contributo per il perfezionamento della produzione legislativa. Nel terzo capitolo si analizza l'evoluzione della Scienza della Legislazione in Brasile, la quale ha giunto l'apice con la previsione contenuta nel paragrafo unico dell'articolo 59 della Costituzione Federale e nella LC 95/98, editata nel suo adempimento. Si esamina la legge LC 95/98 su diversi aspetti: i suoi destinatari, effetti e momento di applicazione, nonché le conseguenze della sua inosservanza – durante il processo legislativo e dopo la sua approvazione. Nel quarto capitolo si discute l'incostituzionalità delle leggi, mediante l'analisi dell'evoluzione di ognuna delle sue specie (materiale, formale, organica e di finalità), con speciale enfasi sull'incostituzionalità per finalità risultante da un'incorretta formazione interna o strutturale della legge. Nel quinto capitolo si discute il controllo di legittimità costituzionale sotto gli aspetti formale e strutturale della legge nel diritto estero (Stati Uniti, Francia, Canada, Spagna, Portogallo, Italia e Germania). Il sesto capitolo mette a fuoco il tema centrale — l'incostituzionalità per finalità intrinseca all'atto normativo, risultante da una seria deficienza redazionale o strutturale interna. Si dimostra che non basta la mera inosservanza dei criteri di Legistica materializzati nella LC 95/98 per causare l'incostituzionalità della legge: è necessario che tale imperfezione sia così importante da rendere vulnerabili i principi costituzionali del dovuto processo legale e della certezza del diritto. Tali principi sono analizzati come parametri per l'attribuzione della costituzionalità alle leggi riguardo agli aspetti di chiarezza, coerenza e logicità della loro redazione e strutturazione. Infine, nel settimo capitolo si analizza la pratica del controllo di legittimità costituzionale basato su regole di Legistica.

Parole-chiave: Legistica. Processo legislativo. Elaborazione legislativa. Redazione delle leggi. Controllo di legittimità costituzionale. Incostituzionalità finalistica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O SURGIMENTO DA CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO E DA LEGÍSTICA ENQUANTO CIÊNCIAS VOLTADAS AO ESTUDO DA ELABORAÇÃO DA LEIS	17
2.1 O cenário mundial.....	17
2.1.1 A crise da lei	17
2.1.2 O surgimento da Ciência da Legislação e da Legística	20
2.1.2.1 Primeiro período: as primícias iluministas de uma “Ciência da Legislação”	23
2.2.1.2 Segundo período: a “crise da lei” no Estado Social e o debate sobre a autonomia de uma “Ciência da Legislação”	24
2.2.1.3 Terceiro período: nascimento da Ciência da Legislação no contexto terapêutico da “crise da lei”	25
2.1.2.4 Quarto período: a consolidação da Ciência da Legislação como complexo metódico e praxiológico da gestão de programas legislativos.....	26
2.1.3 O Programa “Legislar Melhor” na Comunidade Europeia.....	27
2.2 Definição de “Ciência da Legislação” e de “Legística”	32
2.3 A inconveniência da constitucionalização das regras de Legística	33
3 A CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO NO BRASIL	37
3.1 Evolução dos métodos de qualificação da legislação no cenário nacional.....	37
3.2 A eficácia da norma prevista no parágrafo único do artigo 59 da Carta Federal	41
3.3 A natureza das regras de Legística contidas na LC 95/98	42
3.4 A LC 95/98 poderia figurar como norma-parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos? Análise da natureza das leis complementares	47
3.5 Efeitos da regulamentação da matéria de Legística por lei ordinária	58
3.6 Destinatário e âmbito de aplicação imediatos das normas contidas na LC 95/98: o legislador, no curso do processo legislativo	60
3.7 A ilicitude decorrente da inobservância da LC 95/98 no curso do processo legislativo e os instrumentos endo-processuais destinados a evitá-la ou a saná-la	62
3.7.1 Negativa de seguimento do projeto por ato do Presidente da Casa Legislativa	63
3.7.2 Análise do projeto pelas Comissões de Constituição e Justiça.....	65
3.7.3 Veto apostado pelo Chefe do Poder Executivo	69
3.7.4 Controle preventivo de natureza jurisdicional da ilegalidade decorrente da violação da LC 95/98.....	71
3.8 A Lei Complementar federal n. 95, de 26 de fevereiro de 1998: análise de seus dispositivos	79
3.8.1 Breve histórico.....	79

3.8.2 Delimitação do âmbito material de aplicação da LC 95/98: Capítulo I – disposições preliminares	81
3.8.3 Técnicas de elaboração, redação e alteração de leis: Capítulo II.....	82
3.8.4 Consolidação das leis: Capítulo III.....	93
3.8.5 Disposições finais: Capítulo IV	93
3.8.6 Dispositivos cujo teor não se adequa ao campo material de aplicação da LC 95/98 (§ 1º do art. 8º e art. 18).....	93
3.8.6.1 § 1º do artigo 8º.....	93
3.8.6.2 Artigo 18	96
3.9 Aprovação de projeto de lei em dissonância com os termos da LC 95/98: efeitos em relação à lei aprovada	102
3.9.1 Correção da imperfeição ou inconstitucionalidade pelo próprio legislador, por meio de lei posterior	102
3.9.2 Análise da possível configuração de inconstitucionalidade por desrespeito à LC 95/98	104
4 A INCONSTITUCIONALIDADE.....	111
4.1 Inconstitucionalidade: o vício e a natureza da sanção	111
4.2 As espécies de vícios de inconstitucionalidade	123
4.2.1 A inconstitucionalidade material e a inconstitucionalidade formal.....	123
4.2.2 A inconstitucionalidade orgânica ou por incompetência.....	132
4.2.3 A inconstitucionalidade finalística ou decorrente do desvio de poder legislativo	138
5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB O ASPECTO FORMAL E ESTRUTURAL INTERNO DAS NORMAS NO DIREITO ESTRANGEIRO	148
5.1 Nos Estados Unidos	148
5.2 Na França.....	162
5.3 No Canadá	171
5.4 Na Espanha	176
5.5 Em Portugal	184
5.6 Na Itália	186
5.7 Na Alemanha	190
6 A INCONSTITUCIONALIDADE FINALÍSTICA INTRÍNSECA AO ATO NORMATIVO EIVADO DE SEVERA DEFICIÊNCIA REDACIONAL OU ESTRUTURAL INTERNA, POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA	195
6.1 Noções preliminares: a Legística como instrumento qualificador da produção normativa	195
6.2 Normas-parâmetro para a aferição do vício de inconstitucionalidade da norma gestada sem a observância das regras de Legística.....	201

6.2.1 Normas expressas no próprio texto constitucional (CF, art. 150, § 6º, e art. 165, § 8º).....	201
6.2.2 Os princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica (CF, art. 1º) como parâmetros para aferição da inconstitucionalidade finalística intrínseca decorrente de severa deficiência redacional ou estrutural interna do ato normativo	206
6.2.2.1 O princípio do devido processo legal	206
6.2.2.2 O princípio da segurança jurídica	210
6.2.3 Caracterização da inconstitucionalidade finalística intrínseca decorrente de severa deficiência redacional ou estrutural interna da norma jurídica, por violação aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica	218
7 A PRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM FUNDAMENTO EM REGRAS DE LEGÍSTICA.....	230
7.1 O dever de homogeneidade temática	230
7.2 Leis sem conteúdo normativo: as leis meramente autorizativas.....	238
7.3 Leis eivadas de contradição interna	242
8 CONCLUSÃO	248
REFERÊNCIAS	254
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR	271

1 INTRODUÇÃO

Leis são produto de vontade política. Mas, para que venham ao mundo e alcancem os objetivos nelas propostos, devem observar técnicas legislativas de elaboração, de modo a garantir a sua compreensão pelos seus destinatários. Essas duas vertentes são, muitas vezes, difíceis de conciliar na feitura dos atos legislativos.

Não são incomuns as leis vagas, obscuras, herméticas, incompreensíveis ou internamente contraditórias. Todavia, hoje, há uma grande variedade de técnicas que permitem evitar ao máximo a existência de tais imperfeições.

A Legística, ciência voltada ao estudo da qualificação da elaboração de leis, tem recebido uma crescente atenção dos estudiosos, de modo a propiciar que as normas aprovadas pelo Parlamento possam ser bem compreendidas pelos seus destinatários e alcancem os seus objetivos, em consonância com os procedimentos e fins traçados na Constituição.

Muito tem sido comentado acerca do exame de aferição material da lei, através do controle de proporcionalidade ou razoabilidade, por meio dos quais a própria escolha realizada pelo legislador, o mérito da lei, é escrutinada.

Todavia, é necessário que se tenha em vista que também a boa *forma* da lei, isto é, sua coerência interna e clareza redacional, é fundamental para que possa atingir os objetivos traçados na própria lei e na Constituição.

Hoje, em toda a parte, há entendimento pacífico no sentido de que os critérios formais de produção legislativa são indispensáveis tanto para a consecução da efetividade das leis como para permitir que seus destinatários conheçam os seus comandos previamente e com clareza, de modo a garantir a segurança jurídica e impedir eventual arbítrio por parte dos aplicadores da lei.

Entre nós, o tema da qualificação da produção legislativa recebeu especial atenção do Constituinte de 1988, que o alçou à Carta Magna. Dispõe o parágrafo único do artigo 59

da Constituição Federal que a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis deve ser disciplinada por meio de lei complementar. Em cumprimento a esse dispositivo, foi editada a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998 (doravante “LC 95/98”), posteriormente modificada pela Lei Complementar n. 107, de 26 de abril de 2001.

O presente estudo volta-se a investigar a existência de um *dever constitucional de legislar com clareza, coerência e logicidade*, decorrente dos princípios constitucionais do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica (extraído do conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito, CF, art. 1º) e instrumentalizado pela mencionada legislação infraconstitucional.

Não se trata de um estudo acerca da Legística. O propósito do presente trabalho é evidenciar a existência de um dever, extraído da própria Constituição e voltado ao legislador, de elaborar a legislação segundo parâmetros de qualidade, bem como examinar os efeitos e consequências da edição de leis sem a observância desses critérios. A abordagem da Legística, portanto, não é o objeto principal deste trabalho e será realizada de forma instrumental na medida em que for necessária para alcançar os fins aqui perquiridos.

Nesse contexto, pretendemos analisar o efeito das normas de Legística sobre a atividade legislativa — isto é, no curso do processo legislativo — e sobre a atividade de controle *a posteriori* de constitucionalidade das leis, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, pelos Tribunais de Justiça estaduais, órgãos que, entre nós, realizam o controle abstrato de constitucionalidade, e pelos demais órgãos do Poder Judiciário, mediante o controle concreto.

Em um primeiro momento, serão investigados os deveres atribuídos ao legislador por força das mencionadas normas (CF, art. 59, parágrafo único, e LC 95/98), as consequências de seu eventual descumprimento e as vias de correção das imperfeições daí advindas, *no curso do processo legislativo*.

Em um segundo momento, pretendemos examinar os efeitos do desrespeito às regras de Legística *em relação à lei já aprovada*.

Entendemos, dessa forma, que a análise do tema tende a contribuir para uma melhoria da qualidade de nossa legislação, evitando a edição ou, em última instância, permitindo o expurgo, de leis vagas, obscuras, herméticas, contraditórias etc., cujos comandos não podem ser devidamente apreendidos.

A metodologia a ser utilizada é de caráter fundamentalmente dogmático. O objeto de análise será, essencialmente, o direito positivo brasileiro, a partir da própria Constituição Federal de 1988, artigos 1º, 5º, LIV, e 59, parágrafo único, bem como da lei que regulamentou esse último dispositivo (LC 95/98). O conteúdo dessa lei, no que tange ao estabelecimento de parâmetros para a elaboração, estruturação e redação de leis, será examinado com detalhamento (ressalve-se que a consolidação das leis, embora de indiscutível importância, foge ao âmbito do presente estudo).

Outra questão que se impõe é saber em que medida os critérios fixados pela LC 95/98 vinculam o legislador — ou se não o vinculam — e, igualmente, se a lei complementar em questão poderia atuar como parâmetro para a realização de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Procuraremos demonstrar que a simples violação de critério contido nos dispositivos da LC 95/98 não tem o condão de caracterizar, por si só, o vício de inconstitucionalidade.

Para macular o texto aprovado de inconstitucionalidade, o defeito contido na lei aprovada sem a observância das técnicas legislativas deve ser de tal gravidade a ponto de ocasionar a violação dos princípios constitucionais do devido processo legal ou da segurança jurídica.

Assim, mostra-se imprescindível a análise da má formulação da lei sob o prisma dos princípios constitucionais do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da segurança jurídica (extraído do conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito — CF, art. 1º), da separação entre os Poderes (CF, art. 2º) e da legalidade (CF, art. 5º, II).

Complementarmente à análise dogmática, eventuais enfoques zetéticos¹ serão utilizados, especialmente aqueles fornecidos pela Ciência da Legislação, pela Sociologia do Direito e pela Ciência Política, com a finalidade de aprofundar a compreensão do tema e de suas implicações. Determinados e específicos temas exigem uma análise crítica da conformação constitucional que prevê a exigência de critérios para a elaboração de leis e da própria legislação que rege a matéria, de modo a ser sugerida a sua alteração, sempre com o objetivo de aperfeiçoá-las.

Sob outro prisma, a abordagem será feita de forma analítica,² muito embora verificações a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais e juízos federais e estaduais possam ser realizadas, propiciando-se, assim, uma visão complementar, a partir da experiência prática, de modo a verificar se as normas de conformação legislativa previstas na LC 95/98 têm sido aplicadas pela jurisprudência nacional e, em caso positivo, em que medida isso tem ocorrido.

Igualmente, doutrina e jurisprudência estrangeiras serão analisadas, com a finalidade de colher elementos, experiências e parâmetros que possam contribuir para a compreensão das boas técnicas de elaboração legislativa, bem como das consequências de sua inobservância, em especial quanto às medidas destinadas à prevenção da edição de legislação de má qualidade e à eventual aplicação de sanção de inconstitucionalidade às leis concebidas em dissonância com aquelas técnicas.

O tema sugerido não foi objeto de análise mediante estudo específico, até onde se sabe, pela doutrina nacional, motivo pelo qual entendemos que o recorte pontual poderá contribuir, de forma original, para a ciência jurídica brasileira.

Nos Estados Unidos da América, no Canadá, na França, na Itália, na Espanha, na Alemanha e em Portugal, por exemplo, os estudiosos e as cortes constitucionais têm se atido à matéria referente à má qualidade da lei e seu teor vago, reputando-os como causas de vício de inconstitucionalidade.

¹ Sobre a distinção entre enfoques teóricos zetéticos e analíticos, veja-se: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 1996, p. 39-51.

² Sobre a metodologia analítica e sintética, veja-se: REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 81-82.

Tal abordagem por nossos tribunais é, senão inexistente, raríssima, a demonstrar a necessidade do aprofundamento da pesquisa acerca do tema no cenário nacional.

Enfim, temos como meta, talvez demasiado auspiciosa, mas sincera, produzir um estudo não só original, mas, sobretudo, útil à Ciência Jurídica pátria.

2 O SURGIMENTO DA CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO E DA LEGÍSTICA ENQUANTO CIÊNCIAS VOLTADAS AO ESTUDO DA ELABORAÇÃO DA LEIS

2.1 O cenário mundial

2.1.1 A crise da lei

A partir do momento em que a democracia liberal passou a sofrer os efeitos do aumento da complexidade das relações sociais, decorrente, dentre outros fatores, do surgimento de uma sociedade industrial e, em seguida, do desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, a exigir do Governo uma atitude não mais passiva — voltada a resguardar as liberdades individuais³ —, mas sim ativa, destinada a promover boas condições de vida a toda a população, o Parlamento, com seus procedimentos longos e complexos, viu-se incapaz de oferecer uma resposta adequada às novas demandas.

Em obra publicada na década de 1970, já evidenciava Ignacio da Silva Telles os fatores da inoperância da democracia parlamentar, associados à inadequação do processo legislativo para atender às demandas sociais e à dissonância entre os interesses defendidos pelos partidos políticos e os anseios dos cidadãos, fenômenos que têm levado, praticamente em toda a parte, a um crescimento da atuação do Governo (entre nós, o Poder Executivo), que passa a assumir as funções do Legislativo.⁴

³ “A doutrina liberal dá vazão ao Estado de Direito Constitucional (submissão do poder ao Direito) e ao Estado mínimo (Estado como atribuições reduzidas). Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais do que as seguintes funções: manter a ordem interna e conduzir a política exterior (ou seja, o fim do Estado nesse caso parece ser unicamente o de promover e manter a segurança necessária para que os indivíduos possam livremente desenvolver as suas potencialidades). Tudo o mais cabe à sociedade civil, dinamizada pela energia da multiplicidade de indivíduos livres e iguais. Ora, nesse sistema, não é difícil entender que a técnica da separação dos poderes, tal como formulada por Montesquieu, funcionava perfeitamente, além de alcançar uma utilidade incontestável. Crítica que nesse Estado mínimo pudesse sofrer a referida técnica talvez dissesse respeito à dogmatização de que vítima em virtude da obra de certos juristas.” CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

⁴ “Por não ter condições para legislar devidamente é evidente que se forma um vácuo no corpo governamental para incompetência e inoperância dos órgãos designados para essa incumbência. E não se pense que seja necessariamente por culpa da incapacidade dos parlamentares, pois que a causa verdadeira dessa inoperância reside na própria estrutura do sistema. Ora, cada vez mais graves são os problemas que o mundo lança sobre os países. Vivemos uma época em que o futuro desaba sobre nós. Mais que nunca, e inevitavelmente, os países precisam ser governados com total objetividade. E as leis precisam ser feitas, e

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua festejada obra sobre o processo legislativo, com a qual conquistou a titularidade da Cadeira de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sustenta que no Estado contemporâneo a lei possui duas funções primordiais: uma de *arbitragem*, com a finalidade de harmonizar as pretensões de indivíduos e grupos, de modo a conferir a cada um o que lhe é de direito; e outra de *impulsão*, de modo a fazer concretizar certas metas decorrentes da implantação de um Estado Social de Direito, voltadas ao bem-estar da população (ou seja, implementação dos direitos sociais).

Pondera, então, que o processo legislativo clássico não cumpre sua finalidade de arbitramento do interesse de diversos grupos, pois acaba atendendo os interesses de grupos eleitoralmente fortes, que conquistam e mantêm privilégios em detrimento de outros grupos e daquilo que é razoável.⁵ E o resultado, nada auspicioso, do uso impróprio da lei para resguardar privilégios, nas palavras do professor das Arcadas, é o seu *desprestígio*:

A luta pela lei resulta no desprestígio da lei. De fato, quem luta por ver na lei consagrada certas pretensões é porque sabe e sente que a lei é algo que a vontade do homem faz e desfaz. Que a lei é uma *vantagem*, um trunfo que se obtém pela astúcia ou pressão — ou até pela corrupção — na busca de satisfação para interesses particulares. Desse modo, a lei, em vez de harmonizar e conciliar, serve de arma e até de instrumento de opressão.⁶

Também com a finalidade de impulsionar medidas voltadas ao bem-estar social, o

muito bem feitas. Eis que os partidos políticos vivem em completa desvinculação com a realidade do país e seus maiores interesses de fato muito raramente coincidem com os interesses da Nação. Assim sendo, e diante da quase falência dos órgãos legislativos, nada mais compreensível do que o fenômeno que vem se desenvolvendo por toda a parte — o do Poder Executivo ir gradativamente suprimindo as deficiências do Legislativo.” TELLES, Ignacio da Silva. **A experiência da democracia liberal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 132.

⁵ “[...] a lei atende muita vez aos interesses de grupos poderosos pelo número, portanto, pelo peso de seus votos. E pode atendê-los integralmente, já que a maioria de votos num breve instante faz a lei, enquanto o reconhecimento da comunidade, a substância da *opinio juris et necessitatis*, não é logrado senão a longo prazo. Pela lei, é possível atender a um entusiasmo momentâneo, ao passo que pelo costume jamais. Isso explica por que motivo certos grupos eleitoralmente fortes conquistam e mantêm privilégios em detrimento de outros e do próprio bom senso. Desatende, assim, totalmente o processo legislativo clássico à necessidade de conciliação, de proporção entre os interesses.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 288.

⁶ Ibidem, p. 289. Para aprofundamento acerca do conceito de lei e de sua evolução ao longo do tempo, vide: MALBERG, Raymond Carré de. **La legge espressione della volontà generale**. Milão: Giuffrè, 2008; e MATHIEU, Bertrand. **La loi**. Paris: Dalloz, 2010.

processo legislativo clássico seria impróprio. A tarefa de governo, atualmente, envolve o exercício de planificação e, via de consequência, da criação de meios hábeis a alcançar os objetivos traçados. O processo legislativo clássico foi concebido para um Estado que não devia intervir na economia, mantendo-se em uma posição passiva (*laissez faire, laissez passer*), pois a economia reger-se-ia por leis naturais. Além disso, o processo tradicional seria flagrantemente inadequado para a regulação de questões técnicas, que “exigem um conhecimento especializado, muito além do comum, com que as câmaras não contam e com que dificilmente podem contar”.⁷

Apesar das severas críticas ao Poder Legislativo e a seus procedimentos — não destituídas, sem dúvida alguma, de razão —, pensamos que ainda é ele o locus único para o debate aberto e democrático das diversas propostas advindas dos mais variados grupos sociais, em consonância com o ideal de pluralismo que conforma a sociedade atual.⁸

Assim, buscando solucionar ou, ao menos, mitigar tais deficiências, uma série de medidas foi idealizada, com o propósito de aperfeiçoar o Poder Legislativo e os seus métodos de atuação. No que tange ao processo legislativo, técnicas de aceleração foram cunhadas para permitir ao Parlamento e, em particular, ao Governo dar rápida resposta às demandas sociais. Podem ser citadas como exemplos dessas modernas técnicas de aceleração do processo legislativo as seguintes: (i) a abertura da *iniciativa* legislativa a outros entes, em especial ao Governo (no caso brasileiro, ao Poder Executivo, CF, art. 61, § 1º); (ii) a instituição de um procedimento legislativo abreviado, mediante *requerimento de urgência* (CF, art. 64, §§ 1º a 4º); (iii) a previsão de competência para que as *comissões parlamentares permanentes* tenham a prerrogativa de *deliberar definitivamente* sobre proposições legislativas (CF, art. 58, § 2º, I); e (iv) a criação de *tipos legislativos especiais* que correspondam a uma maior velocidade, como a lei delegada e a medida provisória (CF, arts. 59, IV e V; 62; e 68).

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. Op. cit., p. 295. Acerca do conhecimento técnico, assevera, ainda: “E mesmo que contem com tal conhecimento, é extremamente difícil que do debate parlamentar derive a acolhida da lição dos técnicos, se esta, como sucede sempre, vier a ferir interesses.” Ibidem.

⁸ “O Parlamento, como instituição, de outra parte, corresponde a uma das aspirações do ideal democrático. Traduz o locus de representação popular. Implica a garantia da presença dos representantes dos componentes de uma determinada coletividade no pólo de tomada das decisões políticas.” CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e eleitoral**. São Paulo, Manole, 2004, p. 42.

Por outro lado, têm sido estudados métodos de formulação legislativa e de verificação dos resultados das leis, de forma científica, visando ao aperfeiçoamento do produto da atividade normativa. Esses estudos tomaram a forma de uma ciência própria, a Ciência da Legislação, que tem por objeto tanto formular regras para a boa conformação legislativa, como aquilatar, previamente, mediante estudos de impacto legislativo, ou *a posteriori*, os resultados e efeitos das leis.

2.1.2 O surgimento da Ciência da Legislação e da Legística

As origens da Ciência da Legislação, como bem informa Carlos Blanco de Moraes, são remotas e remontam aos *tesmótetas atenienses*, que tinham por função rever a legislação, examinar contradições entre as leis e verificar se eram ambíguas; assevera, outrossim, que nas obras de Cícero “se descortinava o desiderato de ‘consolidação’ de leis, dispersas num texto único”.⁹ Pondera, contudo, que, embora na Idade Média e na Idade Moderna tenham surgido regras de estilo e critério sobre o modo de legislar, em instrumentos como o Código Visigótico e, posteriormente, as Ordenações, foi em pleno Iluminismo que se deu o ponto de partida para a criação de uma “Ciência da Legislação”, merecendo particular destaque a obra de Gaetano Filangieri.¹⁰

Filangieri nasceu em Nápoles em 1753 e morreu aos 35 anos de idade, em 1788. Sua obra, fortemente inspirada pela ideia de racionalidade na elaboração das leis, chegou a influenciar os Constituintes norte-americanos e causou descontentamento entre seus conterrâneos, ligados à ordem feudal de Nápoles. Os dois primeiros volumes da Ciência da Legislação teriam sido lançados em 1780 e em 1784 e chegaram a figurar no índice dos livros proibidos, segundo informa Antonio Gargano.¹¹

Luzius Mader esclarece que as “reflexões em torno da função das regras legais na sociedade e da elaboração redação de tais regras não são exclusivas de nosso tempo; elas têm ocorrido regularmente em nossa sociedade, dando origem a debates políticos e

⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**. Lisboa: Verbo, 2007, p. 37.

¹⁰ Ibidem, p. 38.

¹¹ GARGANO, Antonio. **La Scienza della legislazione di Gaetano Filangieri**. Disponível em: <<http://www.iisf.it/scuola/filangieri/filangieri.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

sociais”.¹² Assevera, assim, que:

O Iluminismo prestou grande atenção a tais reflexões, e basta citar Montesquieu, na França, Filangieri, na Itália, e Bentham, na Inglaterra. Mais tarde, no século XIX, essa discussão desenvolveu-se na Alemanha, especialmente com Savigny. Nesse período, a discussão restringiu-se essencialmente a uma perspectiva jurídica, e concentrou-se, sobretudo, em questões relativas à redação legislativa. Essa tendência tornou-se ainda mais acentuada no final do século XIX e no início do século XX, quando importantes codificações da lei civil e criminal foram produzidas. Na Suíça, por exemplo, pode-se mencionar Hüber, autor do Código Civil suíço; na França, deve-se lembrar François Génys, que teve grande influência na elaboração desses códigos.¹³

Acrescenta Mader que, na primeira metade do século XX, o tema da legislação despertou pouco interesse, tendo a situação começado a se modificar na década de 1960, “quando o foco do interesse científico, mais uma vez, voltou a se orientar para a legislação, tanto para sua preparação, quanto para sua aplicação e seu impacto sobre a vida em sociedade”.¹⁴ Pondera, então, que a abordagem ou perspectiva jurídica teria se expandido, de modo a incluir outras disciplinas, como as ciências políticas e administrativas, a economia, a linguística e a psicologia, dentre outras. Evidencia nesse cenário a participação de Peter Noll, advogado criminalista suíço, que publicou, em 1973, obra denominada “Legisprudência”, que seria uma espécie de “Bíblia” da Legística atual.¹⁵ Conclui Mader que:

Hoje, a Legística ou Legisprudência é uma matéria bastante abrangente e multidisciplinar, que inclui os mais diversos aspectos do fenômeno legislativo e que leva igualmente em consideração perspectivas de cunho teórico e também dimensões e ações práticas e pragmáticas. Contudo, o seu principal propósito é explorar a dimensão prática, e não somente a teórica, da atividade legislativa.¹⁶

No mesmo sentido, informa Blanco de Moraes, que a partir da década de 1980 o estudo das leis experimentou um salto qualitativo, tendo passado a ser examinado por

¹² MADER, Luzius. Painel 2: Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte, 10-13 set. 2007. In: **Legística**: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2009, p. 43.

¹³ MADER, Luzius. Op. cit., p. 43-44.

¹⁴ Ibidem, p. 44.

¹⁵ Ibidem, p. 44-45.

¹⁶ Ibidem, p. 45.

público não composto de juristas, como método de governo, dando ensejo, assim, ao nascimento da Legística, como *ciência auxiliar da Ciência Jurídica*.¹⁷

O nascimento de uma ciência¹⁸ auxiliar à Ciência Jurídica, voltada ao estudo da produção legislativa, com a finalidade de perquirir as consequências dos atos legislativos e os meios hábeis a lhes conferir melhor qualidade, simplicidade e eficiência, é, como se pode perceber, um fenômeno recentíssimo. Com a finalidade de melhor compreender a evolução da Ciência da Legislação, Blanco de Moraes sugere quatro fases¹⁹ pela qual teria passado:

- 1.º Período: as primícias iluministas de uma “Ciência da Legislação”;
- 2.º Período: a “crise da lei” no Estado Social e o debate sobre a autonomia de uma “Ciência da Legislação”;
- 3.º Período: nascimento da “Ciência da Legislação” no contexto terapêutico da “crise da lei”;
- 4.º Período: a consolidação da “Ciência da Legislação” como complexo metódico e praxiológico da gestão de programas legislativos.²⁰

¹⁷ “[...] a partir do momento em que não juristas passaram a observá-la interessadamente, como um instrumento de acção e transformação política e económica, passando a lei a ser estudada no domínio da sua ‘governance’, ou seja, nas técnicas e métodos que devem reger a sua concepção, avaliação, redação, sistematização e praticabilidade. Nasceu, assim, a Legística como parcela de uma ciência auxiliar da ciência jurídica, preocupada com as consequências produzidas pelos actos legislativos e os meios passíveis de potenciar a sua qualidade, simplificação e eficiência.” MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 30.

¹⁸ É necessário esclarecer, embora não seja esse o entendimento pessoal do autor da presente tese, que a natureza científica da Legística ou a própria existência de uma “Ciência da Legislação” são contestadas por parte da doutrina. Luzius Mader, por exemplo, assevera que: “Antes de tecer alguns comentários a respeito das perspectivas da Legística hoje, gostaria de enfatizar duas limitações, que frequentemente levam a uma má compreensão da Legística. Em primeiro lugar, preparar a legislação não é uma atividade científica, ou seja, a Legística não é uma disciplina científica em sentido estrito, não é uma ciência. Ela é, até certo ponto, calcado no conhecimento científico, mas ainda permanece em grande parte baseada numa experiência prática e artesanal. Por essa razão, minha tendência é evitar a expressão ‘ciência da legislação’. Por outro lado, a expressão ‘arte da legislação’ também é inadequada, já que reforça a ideia tradicional de que o trabalho legislativo não pode ser ensinado ou aprendido e que, portanto, deve ser deixado para as pessoas que têm um talento natural para isso. Mas a Legística pode se ensinada e aprendida. Justamente por essa razão prefiro o termo ‘legisprudência’, que, em analogia à jurisprudência, expressa ambas as dimensões do trabalho que deve ser feito, levando em consideração os aspectos práticos e teóricos.” MADER, Luzius. Op. cit., p. 50.

¹⁹ A divisão em fases mostra-se útil à compreensão do tema, sendo certo que tal referência não é absoluta, podendo ser descrita de outras formas. Luzius Mader, embora não se referindo, como visto, à Ciência da Legislação, propõe evolução histórica da Legística segmentada em cinco períodos: “Numa tentativa de resumir a história da Legística — e, claro, simplificando-a consideravelmente —, gostaria de distinguir cinco períodos específicos. Inicialmente, houve o período filosófico, ocorrido durante as duas ou três primeiras décadas, logo após o iluminismo. Houve posteriormente um período em que havia uma insistência maior nos aspectos formais de redação, seguido por um terceiro período, bastante prolongado, de desconsideração da produção legislativa, mesmo entre juristas e advogados. No quarto período, já na década de 1960, houve um renascimento da Legística e uma mudança de ênfase para a Legística material ou para a metodologia da legislação, graças a Peter Noll. Atualmente, por fim, há uma abordagem mais abrangente da legislação, baseada nos conceitos e na metodologia de várias disciplinas científicas, de forma que a Legística deixou de ser domínio exclusivo de juristas e advogados.” Ibidem, p. 45-46.

²⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 38.

Procuraremos examinar brevemente cada um desses momentos, valendo-nos da classificação sugerida pelo Professor de Lisboa.

2.1.2.1 Primeiro período: as primícias iluministas de uma “Ciência da Legislação”

No Iluminismo, a lei assumiu uma importância superlativa, pois, como produto da vontade geral, tal qual formulada por Rousseau, seria, conseqüentemente, racional e isenta de imperfeições.²¹ A lei, ademais, decorreria da “natureza das coisas”,²² bastando ao legislador positivá-la.

Assevera Blanco de Moraes que, no período setecentista e oitocentista, a lei exerceu um verdadeiro fascínio filosófico e político aos teóricos do Estado de Direito burguês, como instrumento preponderante de poder, ao qual “associou-se o interesse cautelar de alguns filósofos e juristas sobre os métodos e técnicas de feitura dos textos normativos”.²³ Critica, então, a dogmática do “radicalismo democrático” segundo a qual a lei, por ser geral, seria, necessariamente, racional, indicando que tal postura não foi seguida por expoentes da doutrina liberal que, “numa postura ‘pré-sociológica’, conceberam o acto legislativo como um produto da vontade humana e, como tal, passível de ser ‘bom’ ou ‘mau’, ‘justo’ ou ‘injusto’ em razão da aptidão ou da razoabilidade de seus autores”.²⁴ Cita, então, Montesquieu — que, embora tenha tratado de questões como as referentes às leis de uma localidade não se adequarem, necessariamente, a outra, não teria se debruçado sobre

²¹ “Quando uma lei é proposta na assembleia do povo, o que se lhe pergunta não é precisamente se todos aprovam a proposição ou se a rejeitam, mas sim se está ou não conforme a vontade geral, que é deles. Cada qual, dando o seu voto, profere seu parecer, e do cálculo dos votos extrai-se a declaração da vontade geral. Portanto, quando vence a opinião contrária à minha, tal coisa apenas prova que eu me enganei, e que aquilo que eu imaginava ser a vontade geral não era. Se o meu particular modo de ver prevalecesse, eu teria feito o que não desejava, e então eu não teria sido livre.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. 15. ed., São Paulo: Cultrix, 2005, p. 106-107.

²² “O que é bom e conforme a ordem o é pela natureza das coisas e independentemente das convenções humanas. Toda justiça vem de Deus; só ele é a sua fonte; mas, se soubéssemos recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo nem de leis. Está fora de dúvida a existência de uma justiça universal, só da razão emanada; tal justiça, porém, para ser admitida entre nós, deve ser recíproca. Considerando humanamente a natureza das coisas, à falta de sanção natural, são vãs as leis da justiça entre os homens; fazem o bem do perverso e o mal do justo, quando este as observa como todos, sem que ninguém as observe consigo. É necessário, pois, haja convenções e leis para unir os direitos e deveres e encaminhar a justiça ao seu objetivo. No estado natural, onde tudo é comum, nada devo àqueles a quem nada prometi; só reconheço como sendo de outrem o que me é inútil. Isso não ocorre no estado civil, onde todos os direitos são fixados pela lei.” Ibidem, p. 47.

²³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 39.

²⁴ Ibidem.

as particularidades técnicas da feitura das leis — e Bentham, que enunciou propostas de estilo, procedimento e técnica, mas sem pretensões científicas.²⁵

Assim, teria sido Gaetano Filangieri quem teria, em sua obra “Scienza della legislazione”, primeiramente tratado de mecanismos técnicos de produção legislativa, tendo proposto a instituição de um “censor de leis”, “uma magistratura de natureza consultiva que se deveria ocupar da perfeição dos actos legislativos, evitando a sua ‘corrupção’ e caducidade”.²⁶

2.2.1.2 Segundo período: a “crise da lei” no Estado Social e o debate sobre a autonomia de uma “Ciência da Legislação”

O segundo período identificado por Blanco de Moraes, no qual teria se dado a autonomia da “Ciência da Legislação”, a partir da crise da lei, decorrente do surgimento do Estado Social, teria ocorrido na década de 1960 (e não de 1970, como sustentado por outros autores), na Itália (e não na Alemanha), a partir dos estudos do professor Mario Longo:

Impressionado pela degradação acelerada da legislação italiana à luz do ordenamento de 1947, o Professor Mario Longo logrou lançar um repto aos grandes vultos da doutrina italiana do final dos anos cinquenta, no sentido de se pronunciarem sobre a conveniência da criação de uma disciplina da “Ciência da Legislação” no curso da licenciatura em Direito.²⁷

Acrescenta que a proposta, hoje, constitui uma preciosa relíquia, na qual se encontram espelhadas “as angústias da doutrina jurídica perante os efeitos do intervencionismo legislativo do Estado Social do pós-guerra e inovações, reservas, hesitações e resquemores dos grandes juristas sobre o modo de enfrentar essa situação no ensino do direito”.²⁸

Todavia, a iniciativa de Mario Longo para a criação de uma “Ciência da

²⁵ Ibidem.

²⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 39-40.

²⁷ Ibidem, p. 43.

²⁸ Ibidem.

Legislação” sofreu críticas de inúmeros expoentes da doutrina italiana, em decorrência de seu caráter multidisciplinar, do método demasiadamente genérico e pelo fato de a crise da lei não demandar uma abordagem científica, mas sim de educação cívica, fatos que, dentre outras razões, levaram ao abandono da proposta.²⁹

2.2.1.3 Terceiro período: nascimento da Ciência da Legislação no contexto terapêutico da “crise da lei”

O terceiro período sugerido por Blanco de Moraes consistiria no nascimento da “Ciência da Legislação” no contexto terapêutico da crise da lei.

Embora a partir do final da década de 1960, em países como Suécia (1969), Áustria (1979), Suíça (1976) e Alemanha (1976), tenham sido implantadas as primeiras diretrizes de técnica legislativa, no Reino Unido essa matéria já havia sido tratada há mais de século, desde a criação do Parliamentary Council, em 1869, sendo certo que o Renton Report, “apresentado ao Parlamento inglês em 1975, é considerado, ainda, em nível europeu, um diagnóstico científico ímpar sobre o ‘estado da lei’, assumindo-se, segundo alguns Autores, como um verdadeiro ‘tratado de técnica legislativa’”.³⁰

Afirma, ainda, que em 1947 foi criado, no Canadá, um departamento especializado na redação de leis no Ministério da Justiça, baseado no modelo britânico, dotado de um *comitê de releitura*, nos moldes sugeridos por Filangieri, e, ainda, que desde os anos 1950 há um manual de regras de técnica legislativa, em língua inglesa, e que, no final dos anos 1970, foi instituído um guia em francês.³¹

Por fim, nos Estados Unidos,

o tema da redacção das leis aparece nos programas das diversas escolas universitárias, havendo vários manuais que ensinam a técnica legislativa, quer aos juristas que trabalham junto de órgãos legislativos, quer aos cidadãos comuns interessados em elaborar diplomas para efeitos de

²⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 46-47, onde Blanco de Moraes cita os entendimentos de Calamandrei, Lucifredi, Mário Casanova, Chiarelli, Sandulli, Giuseppe Grosso e Mortati.

³⁰ Ibidem, p. 48.

³¹ Ibidem.

“lobbying”.³²

Nesse cenário, emergem os estudos de técnica de redação e sistematização das leis, o procedimento legislativo e os princípios jurídicos que devem pautar a feitura de boas leis (segundo imperativos da segurança jurídica, proporcionalidade, igualdade e equidade), surgindo, assim, “a noção de ‘técnica legislativa’ como ‘arte’, domínio do conhecimento ou ‘ciência’ que se ocupa da composição das leis, mormente em termos de redação e sistematização, tendo em vista assegurar a sua qualidade formal”.³³

Por fim, passou-se a explorar e estudar previamente os efeitos da lei a ser criada, através de métodos de avaliação da repercussão normativa, que acabaram por institucionalizar outro domínio na Ciência da Legislação, batizado na doutrina de língua alemã de *metódica da legislação*, cujo objetivo “radicou no cálculo dos efeitos das leis, em sede de concepção e tomada de decisão legislativa, tendo em vista garantir a sua qualidade, eficiência e ‘praticabilidade’ (conceito que os italianos designam por ‘factibilidade’)”.³⁴

Em Portugal, o estudo da “Ciência da Legislação” se deve a Canotilho, que inseriu a temática “na doutrina portuguesa contemporânea nomeadamente através de um relatório sobre ‘Programa, conteúdo e métodos de um curso de Mestrado em ‘Teoria da Legislação’””.³⁵ Contemporaneamente, foram publicados dois volumes da obra “A feitura das leis”, produto de um ciclo de conferências coordenadas por Jorge Miranda no Instituto Nacional de Administração (INA).³⁶

2.1.2.4 Quarto período: a consolidação da Ciência da Legislação como complexo metódico e praxiológico da gestão de programas legislativos

O quarto período de evolução da “Ciência da Legislação”, segundo Blanco de Moraes, teria tido início nos anos 1980, quando seus domínios científicos e técnicos teriam experimentado um incremento inédito em termos de investigação, ensino e aplicação concreta, dando espaço à subdivisão da disciplina em duas vertentes básicas, segundo

³² MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 48.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem, p. 49.

³⁵ Ibidem, p. 51.

³⁶ Ibidem.

concepção da escola suíça, fundamentalmente estribadas nos estudos de Peter Noll³⁷: a “Legística material”, identificada com a metodologia legislativa, na qual são estudados elementos externos ao universo jurídico, que se mostram imprescindíveis a garantir a eficácia da lei,³⁸ mediante análise dos impactos prévios da legislação, marcada “decisivamente pelas experiências anglo-americanas e canadianas, decorrentes da análise económica do direito”,³⁹ e a “Legística formal” ou “técnica legislativa”, centrada, sobretudo na redação e sistematização normativa, desempenhando uma função auxiliar à primeira.⁴⁰

Esclarece, finalmente, o autor português, que nos países anglo-saxônicos, embora não se tenha desenvolvido o estudo apartado da Ciência da Legislação, os componentes da Legística têm sido analisados separadamente: de um lado a avaliação econômica e financeira do impacto do Direito e, de outro, os critérios de *drafting* (legislação) e *simplification* (simplificação).⁴¹

2.1.3 O Programa “Legislar Melhor” na Comunidade Europeia

A União Europeia possui desafios inegavelmente maiores que quaisquer Estados individualmente considerados em relação à produção de normas comunitárias, como a sua diversidade de culturas, idiomas, costumes etc. Com a finalidade de reduzir a burocracia, melhorar a qualidade da legislação e elaborar instrumentos legislativos mais adaptados às necessidades dos consumidores e das empresas, foi introduzido na Comunidade Europeia o programa “legislar melhor”. Extraem-se da brochura destinada a explicar o programa⁴² as seguintes diretrizes acerca das medidas a serem adotadas:

A Comissão Europeia lançou-se num ambicioso exercício com o

³⁷ NOLL, Peter. **Gesetzgebungslehre**. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1973, *apud* MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 50.

³⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 49.

³⁹ Ibidem, p. 55.

⁴⁰ Ibidem, p. 50; p. 55.

⁴¹ “Tal deriva do facto de o primeiro domínio ser tendencialmente confiado a economista e o segundo a juristas, o que não impede que, em órgãos auxiliares, se juntem em equipas multidisciplinares.” Ibidem, p. 56.

⁴² EUROPA. Comissão Europeia. Legislar melhor: uma explicação simples desta iniciativa. Disponível em: <<https://infoeuropa.eu/rocid.pt/registo/000037950/documento/0001/>>, acesso em 29 dez. 2013> e **Better Regulation: simply explained**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/brochure/brochure_en.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2013.

objectivo de legislar melhor. Em 2002, foi lançado um vasto programa para simplificar e em geral melhorar o ambiente legislativo. O referido programa destina-se a reduzir a burocracia, melhorar a qualidade da legislação e elaborar instrumentos legislativos mais adaptados às necessidades dos consumidores e das empresas.

Isto significa tomar medidas em diferentes fases do ciclo político: examinar as novas iniciativas, as propostas ainda em negociação e a legislação já publicada. Consequentemente, o programa “Legislar melhor” incluiu vários tipos de medidas:

- introdução de um sistema que permite avaliar o impacto e melhorar a elaboração das propostas importantes da Comissão;
- execução de um programa de simplificação da legislação em vigor;
- avaliação das propostas da Comissão em exame no Conselho de Ministros e no Parlamento Europeu, a fim de ponderar a sua eventual retirada;
- integração de consultas em todas as iniciativas da Comissão;
- estudo de alternativas aos instrumentos legislativos e regulamentares (tais como a auto-regulação ou a co-regulamentação pelo legislador e pelas partes interessadas).

Todas estas acções têm obtido resultados positivos.

Para a implementação de normas no seio da União Europeia é necessário seguir uma sequência pré-determinada de procedimentos que abrange o exame das medidas disponíveis e a escolha da mais apropriada, a avaliação prévia dos impactos da norma, a consulta às partes interessadas, simplificação das normas existentes e garantia de acesso e compreensão das normas. Essas diretrizes basearam-se no relatório do “Grupo Mandelkern”, de 2001, com fundamento no qual se estruturam as regras de Legística que direcionam a produção normativa na União Europeia.

O Relatório Mandelkern baseia-se em sete pontos principais, a serem observados na elaboração normativa:

- 1) **Opções de implementação de políticas públicas.** A UE e os legisladores nacionais devem sempre considerar o amplo espectro de opções para resolver as questões relacionadas à implementação de políticas públicas e escolher a mais apropriada para as circunstâncias: embora a regulamentação seja frequentemente a opção mais apropriada, não deve ser automaticamente a única escolha em todas as circunstâncias;
- 2) **Previsão de impacto.** A avaliação de impacto regulatório (AIR) é um instrumento eficaz para uma moderna elaboração legislativa, baseada em evidências, disponibilizando um quadro estruturado para lidar com problemas a ela relativos.
- 3) **Consulta.** Consulta é um instrumento de governança aberta e, como tal, a consulta prévia e efetiva das partes interessadas pela UE e pelos legisladores nacionais é um importante requisito. Essa prática não usurpa o papel dos servidores civis, Ministros e Parlamentares no processo de elaboração da lei, mas suplementa a informação com a qual eles devem

lidar. Corretamente realizada, a consulta pode evitar atrasos no desenvolvimento de medidas decorrentes de controvérsias posteriores e não necessita impedir indevidamente o progresso.

4) **Simplificação.** Há uma constante necessidade de atualizar e simplificar a legislação existente. Mas simplificação não significa desregulamentação. Ela é destinada a preservar a existência das regras enquanto torna-as mais eficientes, menos pesadas e mais fáceis de entender e de cumprir. Isso implica um programa sistemático e, preferencialmente, móvel e focado de simplificação, abrangendo a legislação que causa impacto nos cidadãos, nos negócios, e nos órgãos públicos que têm de implementá-la. Tais programas precisam ser estabelecidos tanto na UE como em nível nacional.

5) **Acesso à legislação.** Aqueles que forem afetados pela legislação europeia ou nacional têm o direito de serem capazes de acessá-la e compreendê-la. Isso significa que a coerência e a clareza das leis precisam ser ampliadas por meio da consolidação (inclusive por meio de codificações e reformulações) e o acesso a elas melhorado através de melhores arranjos práticos (especialmente usando meios digitais). As primeiras devem ser alcançadas por meio de programas da UE e de nível nacional de consolidação e, as últimas medidas mencionadas, por meio do fornecimento em cada Estado-membro e no nível da União Europeia de acesso público ao serviço (grátis ou por um valor módico).

6) **Estruturas.** Legislação de qualidade demanda estruturas de suporte apropriadas para que sua promoção seja bem sucedida. O melhor arranjo em nível europeu ou nacional dependerá das circunstâncias relevantes, e encarregar uma única estrutura no centro ou perto dele com esse propósito deve ser certamente uma proposta a ser levada em consideração, mas a solução mais adequada deve ser encontrada por cada um.

7) **Implementação da legislação Europeia.** Legislação de alta qualidade forma uma cadeia desde os primeiros estágios de sua preparação até a sua implementação. No nível Europeu, deve ser dada mais atenção a questões de implementação para assegurar que todas as consequências serão compreendidas e consideradas. Os Estados-membros devem conferir à implementação da legislação Europeia alta prioridade.⁴³

⁴³ EUROPA. Comissão Europeia. **Mandelkern Group on Better Regulation Final Report**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2013, tradução livre do autor. O texto original possui o seguinte teor: “1) **Policy implementation options.** EU and national policymakers should always consider the full range of possible options for solving public policy issues and choose the most appropriate for the circumstances: though regulation is often the most appropriate option it should not be automatically the only choice in all circumstances. 2) **Impact assessment.** Regulatory impact assessment (RIA) is an effective tool for modern, evidence-based policy making, providing a structured framework for handling policy problems. RIA should be an integral part of the policy making process at EU and national levels and not a bureaucratic add-on. It does not replace the political decision: rather it allows that decision to be taken with clear knowledge of the evidence. 3) **Consultation.** Consultation is a means of open governance, and as such early and effective consultation of interested parties by EU and national policymakers is an important requirement. This does not usurp the role of civil servants, Ministers or Parliamentarians in the policymaking process but supplements the information they have to hand. Correctly done, consultation can avoid delays in policy development due to late-breaking controversy and need not unduly hinder progress. 4) **Simplification.** There is a constant need to update and simplify existing regulations. But simplification does not mean deregulation. It is aimed at preserving the existence of rules while making them more effective, less burdensome, and easier to understand and to comply with. This entails a systematic, preferably rolling and targeted programme of simplification, covering the regulation that impacts on citizens, business and the public bodies that have to implement it. Such

Por outro lado, o Parlamento Europeu instituiu um Guia Prático Comum, voltado às pessoas que contribuem para a redação de textos legislativos nas instituições comunitárias.⁴⁴ O prefácio desse guia — subscrito em 16 de março de 2000 pelos responsáveis pelos serviços jurídicos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu⁴⁵ e pela Comissão Europeia,⁴⁶ respectivamente: Garzón Clariana, J-C. Piris e J-L. Dewost — evidencia que, para a legislação comunitária ser mais facilmente compreendida e aplicada corretamente, é essencial atentar à qualidade de sua redação, assentando que:

para que os cidadãos e operadores económicos possam conhecer os seus direitos e obrigações e os órgãos judiciais possam garantir a sua observância e para que, quando necessário, se realize uma transposição correcta e atempada pelos Estados-Membros, a legislação comunitária deve ser formulada de modo inteligível e corrente e segundo princípios uniformes de apresentação e Legística.⁴⁷

O Guia Prático estabelece os seguintes “princípios gerais”, a saber:

1. Os actos legislativos comunitários devem ser formulados de forma

*programmes need to be established at both EU and national levels. 5) **Access to regulation.** Those affected by European or national regulation have the right to be able to access it and understand it. This means the coherence and clarity of regulations must be enhanced through consolidation (including codification and recasting) and access improved by better practical arrangements (especially using ICT). The former should be achieved through EU and national level programmes of consolidation and the latter through provision within each Member State and at European Union level of a public access service (either free or for a small fee). 6) **Structures.** Better regulation needs the appropriate supporting structures charged with its promotion to be successful. The best arrangement at EU or national level will depend on the relevant circumstances and charging a single unit at or near the centre with this should certainly be considered, but an effective solution must be found for each. 7) **Implementation of European regulation.** High quality regulation forms a chain from the earliest stages of its preparation through to its implementation. More attention should be paid at European level to implementation concerns to ensure that the full consequences are understood and considered. Member States should accord implementation of European regulation higher priority.”*

⁴⁴ EUROPA. Parlamento Europeu; Conselho Europeu; Comissão Europeia. **Guia Prático comum.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/techleg/pdf/pt.pdf>>. Acesso em 19 de março de 2013.

⁴⁵ Segundo informações extraídas de sua página na rede mundial de computadores, o Conselho Europeu é uma instituição destinada a dar à União Europeia os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e definir as orientações e prioridades políticas da União. É composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, bem como pelo seu Presidente e pelo Presidente da Comissão Europeia. (EUROPA. Conselho Europeu. **O Conselho Europeu:** uma instituição oficial da EU. Disponível em: <<http://www.european-council.europa.eu/the-institution?lang=pt>>. Acesso em: 19 mar. 2013).

⁴⁶ “A Comissão Europeia tem por missão velar pela aplicação do direito europeu. O Secretariado-Geral da Comissão Europeia participa na gestão do trabalho da Comissão Europeia em matéria de auxílios estatais e infrações, incluindo a notificação das medidas nacionais de transposição de directivas. É ele o responsável pelas normas e práticas processuais em matéria de infrações e auxílios estatais”. EUROPA. Comissão Europeia. **Aplicação do direito da União.** Disponível em: <http://ec.europa.eu/eu_law/introduction/welcome_pt.htm>. Acesso em: 19 mar. 2013.

⁴⁷ EUROPA. Parlamento Europeu; Conselho Europeu; Comissão Europeia. Op. cit..

clara, simples e precisa.

2. Os actos comunitários devem ser redigidos tendo em conta o tipo de acto de que se trata e, designadamente, o seu carácter vinculativo ou não (regulamento, directiva, decisão, recomendação ou outro).⁴⁸

3. A redacção dos actos deve ter em conta as pessoas a quem o acto se destina a ser aplicado, de forma a permitir-lhes um conhecimento sem abiguidades dos seus direitos e obrigações, bem como aqueles a quem compete a execução do acto.

4. As disposições dos actos devem ser enunciadas de forma concisa, devendo o seu conteúdo, tanto quanto possível, ser homogéneo. Convém evitar os artigos e os períodos demasiado longos, as formulações inutilmente complicadas e o uso de abreviaturas.

5. Ao longo de todo o processo conducente à adopção, os projectos de actos devem ser redigidos com termos e estruturas frásicas que respeitem o carácter multilíngue da legislação comunitária; os conceitos ou a terminologia específicos de um sistema jurídico nacional devem ser utilizados com precaução.

6. A terminologia utilizada deve ser coerente tanto entre disposições de um mesmo acto como entre esse acto e os já em vigor, especialmente na mesma matéria.

Os mesmos conceitos devem ser expressos com os mesmos termos e, tanto quanto possível, sem se afastar do sentido que lhes dá a linguagem corrente, jurídica ou técnica.⁴⁹

Além dos princípios enunciados, há explicações, na forma de subitens, a eles referentes. No tocante ao primeiro princípio, que trata da formulação dos atos legislativos, o guia traz as seguintes informações:

1.1. A redacção de um acto legislativo deve ser:

- clara, fácil de compreender, sem ambiguidades;
- simples, concisa, sem elementos supérfluos;
- precisa, sem deixar quaisquer dúvidas no espírito do leitor.

1.2. Este princípio de bom senso é igualmente a expressão de princípios gerais de direito, designadamente:

- a igualdade dos cidadãos perante a lei, no sentido de que a lei deve ser acessível a todos e compreendida por todos;
- a segurança jurídica, na medida em que a lei deve ser previsível na sua aplicação.

1.2.1. Este princípio reveste-se de especial importância nos actos legislativos comunitários, que se inserem num sistema que é não só complexo, mas também multicultural e multilíngue (ver directriz 5).

1.2.2. Na aplicação deste princípio pretende-se, por um lado, tornar a

⁴⁸ Quanto às espécies de atos legislativos no âmbito da União Europeia, a página eletrônica da Comissão Europeia traz a seguinte explicação: “Os actos legislativos da UE dividem-se em três tipos principais: regulamentos, directivas e decisões. Os regulamentos são comparáveis às leis nacionais, mas são aplicáveis em todos os países da UE. As directivas fixam os objectivos a atingir, mas deixam aos governos de cada país a escolha dos meios para os alcançar através de legislação nacional. As decisões dizem respeito a questões concretas e são aplicáveis apenas à pessoa ou entidade a que se destinam.” EUROPA. Comissão Europeia. **Legislação**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/legislation/index_pt.htm>. Acesso em: 19 mar. 2013.

⁴⁹ EUROPA. Parlamento Europeu; Conselho Europeu; Comissão Europeia. Op. cit.

legislação comunitária mais compreensível e, por outro, evitar litígios resultantes da má qualidade da redacção.

1.3. As disposições pouco claras podem ser objecto de interpretação restritiva nos tribunais comunitários. O resultado será, neste caso, o inverso do que se pretende mediante a introdução no texto de uma “ambiguidade” que pretensamente procura resolver os problemas de negociação da norma (ver acórdão no processo C-6/98).

1.4. É evidente que pode existir uma contradição entre as exigências de simplicidade e de precisão. Muitas vezes a simplificação é feita em detrimento da precisão e vice-versa. Trata-se, na prática, de encontrar um ponto de equilíbrio para que a norma seja o mais precisa possível sem, todavia, se tornar de compreensão pouco fácil. Este ponto de equilíbrio pode variar em função dos destinatários da norma (ver directriz 3).

Exemplo de um texto em que não se encontrou o referido ponto de equilíbrio:

“É criado um sistema de rotulagem obrigatório [do produto] que é obrigatório em todos os Estados-Membros a partir de 1 de Janeiro de 2000. Todavia, este sistema obrigatório não exclui a possibilidade de um Estado-Membro decidir aplicar este sistema apenas a título facultativo (ao produto comercializado) no mesmo Estado-Membro.”

1.4.1. O redactor deve procurar reduzir a intenção normativa a conceitos simples, de modo a poder depois exprimi-la de forma simples, utilizando, na medida do possível, palavras da linguagem corrente, se necessário privilegiando a clareza do enunciado e não a beleza do estilo. Deve, por exemplo, evitar utilizar sinónimos e frases diferentes para exprimir uma mesma ideia.

1.4.2. Uma redacção gramaticalmente correcta e que respeite as regras da pontuação facilita a boa compreensão do texto na língua de redacção, bem como a tradução para outras línguas (ver directriz 5).

Como se pode perceber com facilidade, há um importante acervo destinado a qualificar a produção normativa na União Europeia. A prática naquele continente tem inegavelmente contribuído para a produção de leis mais claras, compreensíveis e úteis, garantindo uma correta aplicação por seus executores e a preservação dos direitos dos cidadãos.

2.2 Definição de “Ciência da Legislação” e de “Legística”

A partir desse brevíssimo esboço histórico, valemo-nos da lição de Blanco de Moraes, que propõe o seguinte conceito para a “Ciência da Legislação”:

[...] um domínio científico do conhecimento, auxiliar da Ciência Jurídica, cujo objeto radica no estudo praxiologicamente orientado das componentes estática e dinâmica do fenómeno normativo público, tendo por fim a sua compreensão e a identificação de soluções que promovam e

garantam a validade e a qualidade dos actos normativos.⁵⁰

A Ciência da Legislação desdobrar-se-ia em três ramos: 1) a “Teoria da Lei”; 2) a “Teoria da Decisão Pública”; e 3) a “Legística”.⁵¹

O primeiro ramo diz respeito à dogmática jurídica; o segundo, à teoria da decisão aplicada à ciência jurídica, não sendo de relevância imediata, portanto, para o presente estudo, que se volta a examinar vícios intrínsecos à lei. O tema que ora pretendemos abordar, referente ao reflexo da exigência constitucional de qualidade formal da legislação no processo legislativo e no controle de constitucionalidade das leis, está intimamente ligado ao estudo da terceira vertente acima mencionada, qual seja, a “Legística”, a qual Blanco de Moraes define como:

o ramo da Ciência da Legislação que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinadas a assegurar, em sede e concepção, elaboração e controle dos efeitos normativos, a qualidade, validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescriptivo da lei.⁵²

Esclareça-se que, no Brasil, o ramo de conhecimento abrangido pela Legística tem sido designado pelo termo *técnica legislativa*. Apenas nos estudos mais recentes tem aparecido o termo *Legística*, que entendemos ser mais adequado para expressar o carácter científico — não de mera técnica ou arte — que a elaboração, redação e alteração das leis, bem como o estudo dos impactos dos atos normativos, inegavelmente passaram a ter na atualidade.

2.3 A inconveniência da constitucionalização das regras de Legística

Uma questão que se coloca nesse momento refere-se à conveniência ou não de se constitucionalizar as regras de Legística.

A constitucionalização das regras de boa formulação legislativa tem o sentido de submeter ao controle do Poder Judiciário — ou do Tribunal Constitucional, nos países que

⁵⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 59.

⁵¹ Ibidem, p. 66.

⁵² MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 70.

adotam o controle concentrado de normas — a observância, pelo Legislativo, dessas regras, expurgando as leis de má qualidade e exortando o Parlamento a pautar-se por parâmetros de qualidade legislativa.

Se, por um lado, fica evidente a necessidade de cumprimento das regras de Legística, sob pena de declaração de inconstitucionalidade da lei gestada em descompasso com elas, por outro, há um engessamento das regras voltadas à melhoria da legislação — decorrente do processo legislativo mais dificultoso de aprovação das emendas constitucionais⁵³ —, que são, por sua natureza instrumental, passíveis de serem constantemente aperfeiçoadas.

Além disso, essa constitucionalização pode ter o efeito de causar uma litigiosidade exacerbada quanto ao tema da qualidade da lei, criando uma busca constante por “imperfeições da lei” que pudessem ser utilizadas, de forma banalizada, como mais um instrumento de defesa.

Blanco de Moraes reconhece que há uma tendência mundial no sentido da constitucionalização das regras de Legística, cuja causa seria radicada nos defeitos causados pelo legislador:

Defeitos que derivam, por exemplo, da sua inércia, da sua tendência para “surfear” a crista dos aluviões legislativos, da sua habilidade para procrastinar a concretização de reformas de Legística e da sua incapacidade para prevenir os riscos ou prejuízos de grande impacto público, derivados da falta de avaliação dos efeitos da norma.⁵⁴

Todavia, revela-se contrário à constitucionalização das regras de Legística, expondo quatro razões para tanto. Passaremos a, resumidamente, comentá-las: (i) primeiro em decorrência da incompatibilidade da rigidez constitucional com as mutações permanentes das políticas públicas em matéria de Legística; (ii) segundo porque alguns domínios da Legística poderiam, uma vez constitucionalizados, causar insegurança jurídica, tendo em vista que meras irregularidades de redação e sistematização dos diplomas poderiam gerar a sua invalidade, a vulnerar o princípio da proporcionalidade; (iii)

⁵³ CF, art. 60.

⁵⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 218-219.

terceiro porque traria uma nova e discutível sobrecarga fixada à liberdade do legislador; e (iv) por último, em decorrência da *desnecessidade* de fixação na Constituição “de enunciados gerais que determinem requisitos de inteligibilidade, lógica e clareza nos comandos legais, [...] já que os mesmos decorrem do princípio da segurança jurídica”.⁵⁵

As duas primeiras justificativas são absolutamente plausíveis e razoáveis, a indicar que o local natural das regras de Legística não deve, em princípio, ser a Constituição.

Quanto à terceira razão exposta, referente à “sobrecarga à liberdade do legislador”,⁵⁶ é, sem dúvida, uma consequência inevitável da observância das regras de boa conformação legislativa. Se essas regras estiverem na Constituição, qualquer deslize quanto à sua observância gerará uma inconstitucionalidade formal, que poderá criar um cenário de insegurança jurídica que se revelaria até mesmo contrário aos objetivos das regras de Legística.

É necessário ressaltar, por fim, o último argumento, colocado com muita propriedade, em desfavor da constitucionalização das regras de Legística, o qual enfoca a *desnecessidade* de sua inserção no texto da Constituição. De fato, as Constituições democráticas já dispõem do substrato normativo necessário a invalidar as leis que contenham grave deficiência interna em sua formulação e violem, em decorrência disso, o *princípio da segurança jurídica*, ínsito ao próprio Estado Democrático de Direito, como ficará demonstrado a seguir.

Excepcionalmente, Blanco de Moraes admite a constitucionalização das regras de Legística — mencionando o caso da lei orçamentária, usualmente objeto de normas parasitárias — quando a força exortativa fornecida pelas regras de Legística não for suficiente para guiar o legislador às boas práticas legislativas.⁵⁷ Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 positivou, em questões ligadas à tributação e ao orçamento,

⁵⁵ Ibidem, p. 219-223.

⁵⁶ “Ora, não se encontra comprovado que um aumento da complexidade dos vínculos legislativos, para lá dos existentes, torne a legislação mais expedita e clara, podendo, antes, constituir um factor de entorpecimento normativo, de viciação produtiva e de fragilidade da legitimidade e liberdade do legislador na defesa dos interesses gerais.” MORAIS, Carlos Blanco. **Manual** ... Op. cit., p. 221.

⁵⁷ “Admite-se, contudo, que, no caso da força disciplinadora e exortativa fornecida pelas normas referidas não vier a obter sucesso, poderá ser pertinente a inserção de disposições proibitivas das normas parasitárias, na própria Constituição.” Ibidem, p. 223.

regras de boa conformação legislativa, como são exemplos o artigo 150, § 6º, e o artigo 165, § 8º, a serem analisados adiante (vide item 6.2.1, *infra*).

Há entre nós, outrossim, propostas de emenda à Constituição voltadas a impedir a utilização do processo legislativo especial e célere das medidas provisórias como “carona” para outras matérias, que não guardem vínculo de afinidade, pertinência ou conexão com o tema tratado na medida provisória. Podem ser citadas as seguintes propostas de emenda à Constituição: PECs n. 560/2002, n. 431/2005, n. 511/2006 (todas da Câmara dos Deputados) e n. 11/2011 (do Senado Federal).

Como procuraremos demonstrar adiante (item 6.2.2), no Brasil, a constitucionalização das regras de Legística é absolutamente desnecessária, pois o complexo normativo em vigor já é mais do que suficiente para, de um lado, conferir ao legislador os parâmetros necessários à confecção de legislação de qualidade e, de outro, permitir, diante de grave desatenção àquelas orientações, que o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, sancionem as leis eivadas de vício interno decorrente de má formação por desrespeito às normas de Legística.

Feita essa breve incursão no desenvolvimento da Legística alhures, vejamos como ela se desenvolveu entre nós.

3 A CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO NO BRASIL

3.1 Evolução dos métodos de qualificação da legislação no cenário nacional

Entre nós, tradicionalmente falava-se em *técnica legislativa*. O estudo da Legística iniciou-se há pouco tempo.

Há obra clássica, de autoria de Hésio Fernandes Pinheiro, “Técnica Legislativa e as Constituições e Leis Constitucionais do Brasil”, na qual o autor faz considerações acerca da evolução da lei escrita, sobre a técnica legislativa e seu conceito e, em seguida, trata da estrutura e redação das leis⁵⁸.

Em obra monográfica destinada a examinar a “Técnica legislativa”, Kildare Gonçalves Carvalho informa que o primeiro trabalho sobre a matéria entre nós teria sido o “de *Aureliano Leal*, uma conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros e publicada sob o título de *Técnica constitucional brasileira* (Rio de Janeiro, Tip. Jornal do Comércio, 1914)”.⁵⁹ Em seguida, assevera que os trabalhos sobre técnica legislativa têm se apresentado fragmentários, esparsos e desorganizados, características que entende talvez se devam “ao fato de que a técnica legislativa envolve a necessidade de domínio de múltiplas áreas do conhecimento humano, sem prescindir da especialização no campo jurídico, o que lhe dificulta a assimilação”.⁶⁰

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em artigo incorporado como Anexo 2 à 7ª edição de sua obra sobre o processo legislativo, comunga da ideia da inexistência de numerosos estudos sobre a disciplina científica da legislação, citando, como pioneiro, o trabalho de Carlos Coelho de Miranda Freire, “Teoria da legislação: aspectos materiais”.⁶¹

O trabalho de Miranda Freire volta-se à análise do aspecto substancial da lei à luz da Teoria da Dogmática do Direito, como se deduz da leitura da introdução à obra, na

⁵⁸ PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as Constituições e leis constitucionais do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1945, p. 11-109.

⁵⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica legislativa**. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 1. Traz, igualmente, um rol de obras que tratam do tema da técnica legislativa.

⁶⁰ Ibidem, p. 3.

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. Op. cit., p. 325.

qual o autor propõe a divisão do estudo em três partes, que consistiriam em:

estudar o processo legislativo sob o aspecto do conteúdo; buscar, caso possível, um processo e um novo modelo legislativos, que possam atender melhor às necessidades jurídico-substanciais que urge serem atendidas, sobe pena de, paulatinamente, deixar o direito de desempenhar o seu papel na sociedade; e, em consequência, buscar, também, se possível, uma nova dogmática jurídica para atuar com esse novo tipo de norma jurídica.⁶²

Os aspectos intrínsecos da conformação da lei — a Legística formal —, portanto, foram objeto de muito pouca análise pela doutrina nacional e é esse tema específico que se mostra mais caro ao presente estudo.

Ferreira Filho cita, ainda, a contribuição de J. H. Turner, que:

como chefe da Casa Civil do Governo do Estado de São Paulo, primeiro, e depois como Deputado Federal, muito se bateu pela adoção de normas visando ao aprimoramento da “qualidade das leis”. É ele um dos inspiradores, senão o principal de todos, da inclusão no texto constitucional de 1988 do parágrafo único do art. 59, preceito este que impôs no país o desenvolvimento da Legística.⁶³

De fato, a Constituição Federal de 1988, em artigo que abre a Seção VIII (Do Processo Legislativo), do capítulo referente ao Poder Legislativo (Título IV, Capítulo I), prevê que lei complementar regulamentará a matéria relativa à *elaboração, redação, alteração e consolidação das leis*, a constituir marco decisivo para o desenvolvimento da “Legística” entre nós. Em cumprimento à norma constitucional, foi editada a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998 (LC 95/98).

A norma contida no parágrafo único do artigo 59 da Carta Federal, como ponderam Auro Augusto Caliman e Pedro Rubez Jeha, é inédita no Brasil, acrescentando que:

[no] âmbito federal não havia lei disciplinando a matéria, tanto que, quando foi promulgada a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, o legislador federal não revogou expressamente nenhum outro diploma legal, assim como se passava a exigir na própria lei que havia

⁶² FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. **Teoria da legislação**: aspectos materiais. João Pessoa: A União, 1982, p. 20-21.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. Op. cit., p. 325.

promulgado.⁶⁴

Também com o propósito de aperfeiçoar a estrutura interna dos atos normativos, o Presidente da República editou o Decreto n. 4.176, de 28 de março de 2002, que estabelece “estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação de atos normativos a serem encaminhados ao Presidente da República pelos Ministérios e órgãos da estrutura da Presidência da República” (art. 1º). Esse decreto contém dois anexos. O primeiro deles contém um questionário que deve ser observado na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo, contendo questões como: 1. Deve ser tomada alguma providência? 1.1. Qual o objetivo pretendido? 1.3. Neste momento, como se apresenta a situação no plano fático e no plano jurídico? etc. O segundo demanda o preenchimento de quadros com informações relativas a: 1. Síntese do problema ou situação que reclama providências; 2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta; 3. Alternativas existentes às medidas propostas etc.⁶⁵

Inúmeros Estados da Federação possuem, igualmente, legislação própria a traçar diretrizes para a elaboração normativa. No Estado de São Paulo, a título de exemplo, foi editada a Lei Complementar estadual n. 863, de 29 de dezembro de 1999 (alterada pela LC estadual n. 944, de 26 de junho de 2003), que regulamentou o item 16 do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Bandeirante, estabelecendo normas para a consolidação dos atos normativos, bem como técnicas para a elaboração, redação e alteração das leis. Todavia, no Estado de São Paulo, ao contrário do que ocorreu na União, já havia legislação acerca da matéria, como adverte Andyara Klopstock Sproesser:

Existe uma técnica legislativa, que diz como há de ser redigido o projeto de lei. Essa técnica acabou consubstanciada em texto legal. Hoje, há, no plano federal, a Lei Complementar n. 95, de 26/02/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

Mas, antes ainda, já havia no Estado de São Paulo, de modo pioneiro ao que podemos saber, legislação nesse sentido, como resultado do trabalho conjunto das Assessorias do Executivo e da Assembleia Legislativa, respectivamente ATL e ATM. Trata-se do Decreto-Lei Complementar n.

⁶⁴ CALIMAN, Auro Augusto; JEHA, Pedro Rubez. Ordenamento jurídico brasileiro: a consolidação das leis como método reorganizador e simplificador da legislação. **Revista da Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 3, 2004, p. 178.

⁶⁵ Vide o conteúdo integral dos Anexos I e II ao Decreto n. 4.176/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.

1, de 11 de agosto de 1969, substituído pela Lei Complementar n. 60, de 10/07/72, ambos estabelecendo normas técnicas de elaboração legislativa.⁶⁶

Com fundamento no ensinamento de Sproesser, esclarecem Caliman e Jeha:

No Estado de São Paulo, entretanto, como bem observa Andyara Klopstock Sproesser, desde 1969, as normas até então de natureza regimental (do Poder Legislativo) sobre elaboração legislativa, cognominadas por Norberto Bobbio de normas de estrutura, mereceram a edição do Decreto-Lei Complementar n. 1, de 11 de agosto, sendo substituído pela Lei Complementar n. 60, de 10 de julho de 1972, e esta foi revogada, em 29 de dezembro de 1999, pela Lei Complementar n. 863 (alterada pela LC n. 944/2003).⁶⁷

Hilda de Souza, Deputada Estadual Constituinte e Procuradora da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, defende a vinculação de todos os entes federativos às diretrizes de elaboração, redação, alteração e consolidação contidas na lei complementar federal (LC 95/98). De fato, em trecho de seu valioso estudo sobre o processo legislativo, sustenta que:

[...] a criação do direito brasileiro, *em todos os níveis de poder da federação*, deverá obediência ao contido nesta lei, sem prejuízo de regras que venham a ser editadas nos Estados e nos Municípios sobre técnica legislativa, desde que estas não contrariem as disposições contidas na dita legislação complementar.⁶⁸

Pensamos que, no caso, contudo, *não* há vinculação às normas federais. De fato, inexistente na Constituição Federal regra de competência legislativa atribuindo à União, com exclusividade, a disciplina da matéria relativa à elaboração, redação, modificação e consolidação das leis. Não se pode extrair essa exclusividade de nenhum dispositivo constitucional.

Por outro lado, a matéria em questão não se confunde com as regras que disciplinam o processo legislativo, como ficará demonstrado a seguir (vide item 3.3, *infra*). Dessa forma, não se aplica aqui a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as regras básicas de processo legislativo federal são de absorção compulsória aos

⁶⁶ SPROESSER, Andyara Klopstock. **Direito Parlamentar - Processo Legislativo**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2000, p. 84-85.

⁶⁷ CALIMAN, Auro Augusto; JEHA, Pedro Rubenz. Op. cit., p. 178.

⁶⁸ SOUZA, Hilda de. **Processo legislativo**: linhas jurídicas essenciais. Porto Alegre: Sulina, 1998, p. 54.

Estados-Membros.⁶⁹

Não havendo norma constitucional que fixe a matéria relativa às regras de conformação legislativa à competência exclusiva ou privativa da União, a competência para legislar acerca do tema deve seguir a regra geral, no sentido de que aos Estados-Membros reservam-se as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição (CF, art. 25, § 1º). Entendemos, portanto, que os Estados-Membros e os Municípios são competentes para legislar acerca da matéria referente às regras de Legística, técnicas de conformação legislativa, em seu âmbito de atuação.

Em seguida, examinaremos como ocorrem a eficácia e a aplicabilidade do dever de bem legislar previsto no parágrafo único do artigo 59 da Carta Federal.

3.2 A eficácia da norma prevista no parágrafo único do artigo 59 da Carta Federal

A qualificação da elaboração legislativa possui no Brasil hodierno sede constitucional, tendo o parágrafo único do artigo 59 da Carta, ao tratar do processo legislativo, previsto que a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis será disciplinada por lei complementar.

Como se pode verificar, o dispositivo em questão depende de regulamentação por meio de lei complementar para alcançar efetividade. Trata-se, portanto, na nomenclatura proposta por José Afonso da Silva, de norma constitucional de eficácia limitada ou, mais precisamente, de norma de princípio institutivo (espécie da categoria anterior, que abarcaria também as normas de princípio programático, conhecidas, estas últimas, igualmente, apenas como *normas programáticas*).⁷⁰

⁶⁹ Esse entendimento, fundado no princípio da *simetria* e criticado pela doutrina, foi esposado pelo STF nas seguintes ações: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 276**. Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 13 nov. 1997, DJ 19 dez. 1997, p. 40, e. 1896-01, p. 20, Informativo STF n. 97; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 774**. Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 10 dez. 1998, DJ 26 fev. 1999, p. 1, e. 1940-01, p. 33 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 766**. Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 11 nov. 1998, DJ 11 dez. 1998, p. 1, e. 1935-01, p. 1.

⁷⁰ Ao comentar as normas constitucionais de eficácia limitada instituidoras de princípio institutivo, pondera José Afonso da Silva: “Ora, as normas de se trata aqui são as não-programáticas dependentes de legislação. São de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executividade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Não são, todavia, destituídas de aplicabilidade, como querem

Embora as normas de eficácia limitada não sejam destituídas de aplicabilidade, sua eficácia integral depende da lei integrativa.⁷¹ Assim, em um primeiro momento, haveria de se perquirir até que ponto a norma constitucional, a despeito de se encontrar desprovida de eficácia, teria o condão de vincular o legislador ordinário, simplesmente por força de sua aplicabilidade. Nesse sentido, entendemos que a norma constitucional contida no parágrafo único do artigo 59, ao exigir a edição de lei complementar para regular a matéria da confecção das leis, preocupando-se, portanto, com a qualidade da legislação, condensa diversos outros princípios constitucionais, que serão analisados adiante, a exigir que sejam as leis elaboradas com clareza, logicidade e coerência.

Portanto, mesmo antes da edição da lei complementar e ainda que o parágrafo único do artigo 59 não existisse, o legislador estaria obrigado à confecção de leis com qualidade por força de outros princípios constitucionais, em particular os princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, como se demonstrará adiante.

A partir do momento que foi editada a LC 95/98, o dispositivo constitucional passou a ter eficácia plena, restando claros os requisitos formais intrínsecos à lei que devem ser observados em sua elaboração.

3.3 A natureza das regras de Legística contidas na LC 95/98

Outra questão que vem à tona é a de perquirir a natureza das regras de Legística contidas na LC 95/98. Nesse sentido, indaga-se se seriam normas materialmente constitucionais, isto é, normas que por sua própria essência pertencem ao conceito estrito de Constituição.

aqueles que as chamam de normas de eficácia ou aplicabilidade diferida, como a pretender que nada significam enquanto o legislador não emitir regras jurídicas que as complementem.” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122-123.

⁷¹ “Pelo que deixamos exposto, podemos asseverar que elas são aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação da lei integrativa. Esta, no caso, vale como instrumento de sua executoriedade. Convém, contudo, afastar uma possível confusão que esse fenômeno pode gerar: a lei é mero instrumento subordinado; a norma constitucional, ainda que revele simples esquema, continua a ter sua característica básica de regra jurídica dotada de supremacia constitucional.” Ibidem, p. 135.

As normas materialmente constitucionais são, em seu sentido estrito, aquelas que dispõem sobre a produção normativa. A amparar essa assertiva, o entendimento de Hans Kelsen:

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.⁷²

A Constituição em sentido estrito, no entender de Kelsen, é composta apenas pelas normas que determinam os *órgãos* e o *procedimento* da legislação: “Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra.”⁷³

A extensão do conceito de normas materialmente constitucionais pode variar segundo a percepção de um ou outro autor. Utilizaremos, nesse ponto, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem:

Regras materialmente constitucionais são, em suma, as que, por seu conteúdo, se referem diretamente à forma do Estado (p. ex., as que o definem como Estado federal), forma de governo (p. ex., democracia), ao modo de aquisição (p. ex., sistema eleitoral) e exercício do poder (p. ex., atribuições de seus órgãos), estruturação dos órgãos de poder (p. ex., do Legislativo ou do Executivo), aos limites de sua ação (p. ex., os traçados pelos direitos fundamentais do homem).⁷⁴

As normas materialmente constitucionais mais próximas das regras de Legística são aquelas que tratam do processo legislativo.

O processo legislativo contempla todas as fases do trâmite de criação das leis, desde a iniciativa legislativa até a publicação da lei, passando pelas etapas de discussão, votação, sanção ou veto e promulgação. José Afonso da Silva conceitua-o da seguinte forma:

⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed., Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

⁷³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131.

⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11-12.

O processo legislativo pode ser definido em termos gerais como o complexo de atos necessários à concretização da função legislativa do Estado.

Mas, se quisermos uma noção mais completa do processo de formação das leis, teremos que reconhecer, nele, aspectos objetivos e subjetivos: aqueles consistentes nos atos processuais legislativos; estes, nos órgãos e pessoas, que são os sujeitos desse processo. Assim, poderíamos dizer que *o processo legislativo é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizados pelos órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis.*⁷⁵

Se por um lado o processo legislativo refere-se ao trâmite, ao procedimento de criação das leis, as regras de Legística, objeto da LC 95/98, referem-se aos *aspectos formais* dos projetos de lei, quais sejam, a sua *redação, estrutura interna, clareza, logicidade, coerência* etc. O processo legislativo, como todo processo, tem caráter dinâmico, enquanto as regras de Legística têm natureza estática. Aquele trata das etapas e formalidades de discussão e aprovação da lei; estas regulam a formação interna da lei, as fórmulas necessárias para a confecção de quaisquer espécies normativas de forma clara e compreensível.

Diante da evidente diversidade das matérias, pode-se inferir que a LC 95/98 *não disciplina o processo legislativo*, mas apenas a técnica de formulação e aperfeiçoamento dos aspectos internos e formais das leis. De fato, como pondera Kildare Gonçalves Carvalho:

A referida Lei Complementar, que não versa sobre processo legislativo, mas se restringe a normas disciplinadoras da técnica legislativa, é dizer, as regras que deverão ser obedecidas para a formulação de atos normativos que poderão ser transformados em leis, estabelece ainda procedimentos para a consolidação das normas já positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.⁷⁶

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41-42.

⁷⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit., p. 4. Também reconhecendo a distinção entre ambos, Paulo Eduardo Campanella Eugênio, sustenta: “Contudo não devemos confundir o termo “elaboração de leis” com “processo legislativo”. Este de caráter mais abrangente, engloba todos os atos tendentes à criação de normas legais (é o caput do art. 59 da CF/88). Por outro lado quando falamos da “elaboração de leis” referimo-nos tão só ao aspecto formal desta lei; tratamos de sua arquitetura, sua sistematização, em suma de como uma lei deve ser escrita (é o art. 59, § 1.º, da CF/88).” EUGÊNIO, Paulo Eduardo Campanella. Breves considerações a respeito da lei complementar 95/98. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v. 27, p. 199-225, abr. 1999, p. 238.

No mesmo sentido o entendimento de Hilda de Souza:

Não trata o Parágrafo único do art. 59, portanto, de processo legislativo, mas das formalidades relativas à técnica legislativa eis que toda a lei é formada em conformidade com uma técnica que corresponde a aspectos tais como a linguagem jurídica, a distribuição da matéria tratada, a forma de dispor o texto da lei, etc., de modo a obter um resultado o mais claro e preciso possível.⁷⁷

Sobre a matéria, aduz, ainda:

[...] é indiscutível que o conteúdo da Lei Complementar nº 95 não versa matéria de processo legislativo propriamente dito, restringindo-se a normas disciplinadoras da técnica legislativa, isto é, regras a serem observadas na apresentação da formulação dos projetos normativos, que poderão ser transformados em lei, após o desenvolvimento de todas as fases do processo legislativo, bem como na alteração e na consolidação das normas já positivadas no direito brasileiro.⁷⁸

Parece ser esse, igualmente, o entendimento de Germana de Oliveira Moraes, para quem:

A Constituição Federal não é a única fonte normativa de regulação do procedimento legislativo no Direito Brasileiro, o qual também poderá ser disciplinado por lei complementar e pelo Regimento das casas legislativas.

[...]

Enquanto a Constituição encerra normas sobre o processo legislativo, cabe à lei complementar dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Por outro lado, tradicionalmente, sempre coube aos regimentos das casas legislativas regular, dentre outras atribuições parlamentares, a referente a produção legislativa.

As regras acerca da redação, alteração e consolidação das leis enquadram-se entre as regras sobre a feitura das leis, do domínio da Técnica Legislativa.⁷⁹

Pode-se concluir que as regras de Legística não se inserem no campo processual legislativo, mas sim na esfera material de confecção das leis, como normas que regulamentam a estruturação e elaboração das leis.

⁷⁷ SOUZA, Hilda de. Op. cit., p. 53.

⁷⁸ SOUZA, Hilda de. Op. cit., p. 53-54.

⁷⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 29.

Fazendo-se uma analogia ao processo civil, pode-se constatar que o processo se inicia somente com a distribuição da petição inicial (CPC, art. 263). A elaboração da petição inicial, portanto, não é, em si, ato do processo, mas a inobservância, em sua produção, dos requisitos previstos no artigo 282 do Código de Processo Civil, poderá dar ensejo à rejeição da petição inicial, por inépcia, e à extinção da ação (CPC, art. 295, I). Da mesma forma, os requisitos de boa composição legislativa *não integram o processo legislativo*,⁸⁰ embora a sua radical inobservância possa causar, igualmente, a aplicação de sanção de inconstitucionalidade da lei, mas, nesse caso, por vulneração a princípios constitucionais, como se verificará adiante.

Em sua natureza, as regras de Legística são *normas instrumentais, destinadas a orientar os agentes constitucionalmente competentes na formulação de proposições legislativas, bem como a, no curso do processo legislativo, fornecer aos parlamentares e comissões os parâmetros necessários a propiciar a formulação de legislação de qualidade e, se necessário, expurgar eventuais vícios intrínsecos* (como a falta de clareza, a contradição, a vagueza, a ambiguidade etc.) *existentes nas proposições*.

Por outro lado, embora não se incluam dentre as regras disciplinadoras do processo legislativo (a não ser que sejam constitucionalizadas – nesse sentido, vide item 6.2.1, *infra*), as normas de Legística possuem íntima relação com a elaboração das leis, que é assunto, por natureza e essência, materialmente constitucional. Por essa razão, entendemos que as normas de Legística são, por natureza, materialmente constitucionais.

⁸⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que a fase de iniciativa legislativa, que abarca o poder de propor a adoção de uma lei e a apresentação do projeto perante o órgão competente não é, sob o ponto de vista jurídico, uma fase do processo legislativo: “Embora se use dizer que ela é uma fase do processo legislativo, juridicamente não o é, embora politicamente o seja. Não o é no plano estrito do Direito, porque se resume num ato, o depósito do projeto. Assim, mais correto seria afirmar que a iniciativa é o ato que desencadeia o processo de elaboração ou de adoção da lei.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. Op. cit., p. 95). Embora as observações citadas digam respeito ao processo legislativo clássico, a mesma fórmula se aplica ao contemporâneo, como reitera o professor titular das Arcadas: “Já se disse que a iniciativa não é propriamente uma fase do processo legislativo, mas sim o ato que o desencadeia. Em verdade, juridicamente, a iniciativa é o ato por que se propõe a adoção de direito novo. Tal ato é uma declaração de vontade, que deve ser formulada por escrito e articulada. Ato que se manifesta pelo depósito do instrumento, do projeto, em mãos da autoridade competente.” Ibidem, p. 228.

3.4 A LC 95/98 poderia figurar como norma-parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos? Análise da natureza das leis complementares

A esse ponto, surge uma segunda questão: as regras de Legística previstas na LC 95/98 constituir-se-iam como *normas-parâmetro* para o controle de constitucionalidade das demais normas?

Para se chegar a uma conclusão acerca dessa questão não há como evitar a análise de inseparável e acirrada divergência na doutrina nacional referente à existência de *diferença ontológica* entre lei complementar e lei ordinária, ou, em outras palavras, examinar se existe *hierarquia* entre lei complementar e lei ordinária.

Houvesse hierarquia entre lei complementar e ordinária, sempre que o legislador editasse lei ordinária em desrespeito às regras de Legística, normatizadas, por força de mandamento constitucional, em lei complementar, consubstanciar-se-ia uma ilegalidade que, para alguns, levaria à inconstitucionalidade da lei.

Ao se examinar a doutrina nacional, pode-se verificar que, em um primeiro momento, houve uma preponderância da tese no sentido da existência de hierarquia entre leis complementares e ordinárias, tendo sido essa hipótese, em seguida, refutada pela maior parte da doutrina mais recente, a negar a hierarquia e sustentar a existência apenas de *reserva material de competência*, no texto constitucional, em favor da lei complementar.

Defendem a tese da hierarquia: Pontes de Miranda,⁸¹ Nelson de Souza Sampaio,⁸² Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁸³ José Afonso da Silva⁸⁴ e Alexandre de Moraes,⁸⁵

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**. 2. ed., São Paulo: RT, 1970, t. 3, p. 140.

⁸² Sob a égide da Constituição de 1967, asseverou que: “Na Constituição vigente, já não cabe nenhuma dúvida quanto ao posto hierárquico da lei complementar. Pela primeira vez as expressões ‘lei complementar’ e ‘lei ordinária’ aparecem no texto constitucional numa enumeração de atos legislativos.” SAMPAIO. Nelson de Souza. **O processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 38-39.

⁸³ “Dispõe o art. 69 da Constituição em vigor que: ‘As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta’. Este texto é mais lacônico do que o da Emenda n. 1/69 (art. 50): ‘As leis complementares da Constituição somente serão aprovadas se obtiverem a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias’. Este muito se aproximava do que dispunha sobre as leis complementares a referida Emenda n. 4/61 à Constituição de 1946:

dentre outros.

Contrários a esse entendimento, em virtude de vislumbrarem apenas uma reserva constitucional de matérias a serem reguladas por lei complementar, figuram Celso Bastos,⁸⁶ Geraldo Ataliba,⁸⁷ Roque Antonio Carraza,⁸⁸ Michel Temer⁸⁹ e Elival da Silva Ramos,⁹⁰ dentre outros, sendo essa, outrossim, a posição do Supremo Tribunal Federal.⁹¹

Vejamos, com brevidade, os fundamentos de ambas as teses.

Em sentido amplo, como bem elucida Victor Nunes Leal, todas as leis são complementares da Constituição, pois se destinam a tornar plenamente eficazes os seus dispositivos e desenvolver os princípios neles contidos; todavia, em geral, “se reserva esta denominação para aquelas leis sem as quais determinados dispositivos constitucionais não podem ser aplicados”.⁹²

Pode-se falar, assim, em leis complementares em *sentido amplo*, como todas as leis

‘Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas Casas do Congresso nacional, pela maioria absoluta de seus membros.’ Mas pode-se aplicar aqui a velha lição de Maximiliano: deve aplicar-se à norma atual ‘a interpretação aceita para a anterior’. É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta – a lei delegada e o decreto-lei) e a Constituição (e suas emendas). [...] Da inserção da lei complementar entre a Constituição e a lei ordinária decorrem consequências inexoráveis e óbvias. Em primeiro lugar, a lei complementar não pode contradizer a Constituição. Não é outra forma de emenda constitucional, embora desta se aproxime pela matéria. Daí decorre que pode incidir em inconstitucionalidade e ser, por isso, inválida. Em segundo lugar, a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso não prevalecem contra ele, sendo inválidas as normas que a contradisserem.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. Op. cit., p. 270-271.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**... Op. cit., p. 225-250.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 533-534.

⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar: teoria e comentários**. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos, 1999.

⁸⁷ Embora Geraldo Ataliba tenha sustentado inicialmente, em sua obra “Lei complementar na Constituição” (São Paulo, RT, 1971), a superioridade da lei complementar em relação à ordinária, reviu sua posição, como bem esclarece Celso Ribeiro Bastos: “Entre os autores que reviram sua posição, Geraldo Ataliba, de forma categórica, reconhece a inexistência de qualquer superioridade hierárquica da lei complementar, qualificando de nenhum fundamento e de injustificada a posição anteriormente adotada (RDpúb. 53/54:61).” Ibidem, p. 57, nota 35.

⁸⁸ CARRAZA, Roque Antonio. **O regulamento no Direito Tributário brasileiro**. São Paulo: RT, 1981.

⁸⁹ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 148-150.

⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 176-183.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 84.994/SP**. RTJ 87-204.

⁹² LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 7, p. 379-394, jan./mar. 1947. Disponível em: <http://www.ivnl.com.br/download/leis_complementares_da_constituicao_rda_v.7.pdf>. Acesso em 03 dez. 2012.

que venham complementar a Constituição, tornando plenamente eficazes os seus dispositivos, ou desenvolvendo os princípios neles contidos;⁹³ e em leis complementares em *sentido estrito*, destinadas a regulamentar as suas normas de eficácia limitada que as preveem expressamente.⁹⁴ É dessas últimas que se tratará doravante.

Ao examinar a *natureza jurídica* das leis complementares, José Afonso da Silva exclui a possibilidade de constituírem um Direito intermediário ou paraconstitucional. Assevera, outrossim, que sob o ponto de vista formal, não são Direito Constitucional, para, enfim, concluir que elas “terão a natureza jurídica que seu conteúdo indicar, podendo, pois, haver leis complementares que, em razão da matéria de que tratam, sejam de direito constitucional, embora formalmente não o sejam”.⁹⁵

Nesse ponto, há que se deixar consignado que a lei complementar *não ostenta estatura formal de norma constitucional*, devendo, portanto, observar as regras e princípios da Constituição, sob pena de incidir em inconstitucionalidade (vide nota 83, *supra*).

Após comentar a doutrina que refuta a tese da relação hierárquica entre a lei complementar e a ordinária, Afonso da Silva, apesar de não lhe recusar razão, sustenta que esse fato não exclui “uma relação hierárquica também naquelas hipóteses em que a lei complementar seja normativa, ou seja, estabeleça regra limitativa e regulatória de outras normas”,⁹⁶ tal como, por exemplo, o artigo 146, III, da Constituição Federal.⁹⁷ Em relação

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**... Op. cit., p. 228.

⁹⁴ “Em sentido amplo, como ficou dito, toda vez que uma norma constitucional de eficácia limitada exige, para sua aplicação ou execução, outra lei, esta pode ser considerada *complementar*, porque integra, completa, a eficácia daquela. Mas a Constituição de 1967 instituiu, a de 1969 reafirmou e a atual manteve, a figura das *leis complementares* em sentido estrito, destinadas a atuar apenas as normas constitucionais que as prevêem expressamente.” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade**... Op. cit., p. 235.

⁹⁵ Ibidem, p. 243. Assim: “As leis complementares referentes à matéria tributária integram o direito tributário, como o Código Tributário Nacional. As que cuidam, por exemplo, dos orçamentos plurianuais de investimentos são de direito financeiro. As que estabelecem sobre a Magistratura nacional são de direito judiciário. As que instituírem outras inelegibilidades são de direito político eleitoral. Mas as que criarem novos Estados e Territórios têm natureza de direito constitucional em sentido material, como também o teriam aquelas que completassem a organização do sistema parlamentar de governo, consoante previa o art. 22 do Ato Adicional de 1961. [...]” Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, p. 247.

⁹⁷ “Art. 146. Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades

a essas normas, pondera Afonso da Silva que, em virtude de fundamentarem a validade de outros atos normativos, ostentam superioridade hierárquica, exigindo que tais atos normativos conformem-se ao seu fundamento de validade, a indicar que a lei complementar *normativa* se coloca em nível superior ao das leis ordinárias.⁹⁸ Assim, sustenta que a questão de saber se uma lei ordinária que ofenda a lei complementar é ilegal ou inconstitucional ainda é pertinente no caso das leis complementares que fundamentam a validade de outros atos normativos. Traz, então, a sua solução para a questão, sustentando que a lei pode ser também inválida por ferir lei complementar.⁹⁹

A doutrina em sentido contrário pugna pela resolução do confronto entre lei ordinária e lei complementar por meio da tese da reserva material de competência.

Segundo Roque Antonio Carrazza, a circunstância de a lei complementar ser mencionada antes da ordinária no artigo 59 da Carta Federal nada significa em termos de posicionamento hierárquico. Lei complementar e ordinária, em verdade, não se subordinam, em virtude de *versarem sobre matérias distintas e buscarem seu fundamento de validade diretamente na Constituição*.¹⁰⁰ Assim, há apenas uma *reserva de matérias* à

cooperativas. d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003). Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003).”

⁹⁸ “Não se pode recusar razão a essa doutrina, mas isso não exclui uma relação hierárquica também naquelas hipóteses em que a lei complementar seja normativa, ou seja, estabeleça regra limitativa e regulatória de outras normas. O próprio Souto Maior Borges (no regime da Constituição anterior), que criticou acerbamente a doutrina da relação hierárquica, acaba reconhecendo-a em relação à maioria dos casos previstos de lei complementar, a partir de uma adequada classificação das leis complementares, que acolhemos prazerosamente: ‘1º) leis complementares que fundamentam a validade de outros atos normativos 9leis ordinárias, decretos legislativos e convênios); 2º) leis complementares que não fundamentam a validade de outros atos normativos. Se as do primeiro grupo fundamentam a validade de outros atos normativos, isso indica relação hierárquica, de tal sorte que tais atos hão que conformar-se a seu fundamento de validade, que, por isso, se coloca em nível superior.” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade...** Op. cit., p. 247.

⁹⁹ “A situação agora é diferente (n do a: em relação ao que previa a Constituição de 1967/69), porque uma lei federal ordinária pode também ser inválida por ferir lei complementar. Dizer que se trata de mera ilegalidade não só repugna considerar uma *lei ilegal*, como teríamos um modo de invalidar lei, que goza de presunção de validade, sem a observância das regras de controle de constitucionalidade: a) exigência de maioria absoluta dos tribunais (art. 97); b) suspensividade de sua execução por resolução do Senado Federal (art. 52, X).” Ibidem, p. 248.

¹⁰⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 81-82. “[...] a só circunstância da lei complementar ser mencionada antes da ordinária, no art. 46, do Texto Supremo, nada significa, em termos de posicionamento hierárquico. Se o raciocínio fosse bom, então, pelo mesmo motivo, também a lei ordinária estaria acima do decreto-lei, da lei delegada e assim por diante. Na verdade, a lei ordinária e a complementar não se

lei complementar, prevista na Constituição, que não implica hierarquia entre ela e a lei ordinária.

No entendimento de Celso Ribeiro Bastos, a hierarquia é apenas um dos recursos de que se vale o sistema jurídico para resolver os conflitos lógicos entre leis, de modo a manter a harmonia no sistema. Ao lado da hierarquia há dois outros instrumentos, quais sejam, a determinação de que a lei posterior revoga a anterior e a reserva de matéria a determinada sorte de atos jurídicos, como ocorre no caso da lei complementar.¹⁰¹ Sustenta que a hierarquia pressupõe a existência de um campo material comum, ou seja, só pode haver hierarquia quando o ato inferior extrair seu fundamento de validade do superior,¹⁰² o que não ocorre entre lei ordinária e complementar.

Para Elival da Silva Ramos, a distinção entre lei complementar e lei ordinária deve se dar no campo *tipológico* ou *formal*, caracterizando-se as leis complementares como uma das categorias formais que integram o processo legislativo.¹⁰³ Afirma, outrossim, que a supremacia hierárquica é atributo de índole formal, que decorre de opção pelo Constituinte por subordinar determinada categoria de ato legislativo a outra, o que não ocorreria entre lei complementar e lei ordinária, pois a relação de superioridade vertical se estabeleceria quando sobre a mesma matéria podem incidir dois tipos legislativos, um deles prevalecendo sobre o outro.¹⁰⁴ Essa relação vertical não pode ocorrer entre lei complementar e lei ordinária em virtude de essas espécies normativas possuírem campos materiais diversos, fixados pela própria Constituição.¹⁰⁵

subordinam reciprocamente (o que se verifica, por exemplo, entre a lei e o regulamento), porquanto versam matérias distintas e buscam seus fundamentos de validade diretamente na Constituição.” Ibidem, p. 82.

¹⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar...** Op. cit., p. 62.

¹⁰² Ibidem, p. 66-67.

¹⁰³ “À luz da Constituição vigente, que não discrepa nesse ponto da anterior, lei complementar é a categoria de lei destinada a regular matérias expressamente indicadas, às quais o Constituinte pretendeu conferir maior estabilidade, caracterizando-se seu processo legislativo pela necessidade de maioria qualificada para a aprovação do projeto respectivo no Congresso Nacional.” RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade...** Op. cit., p. 176.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 178-179.

¹⁰⁵ “Ora, em nosso sistema jurídico, a lei complementar ostenta especificidade material, razão pela qual se pode falar em matéria própria de lei complementar e matéria própria de lei ordinária. Se é assim, não existe possibilidade de ambas as categorias disciplinarem um mesmo assunto, do que decorre da desnecessidade de o Constituinte estabelecer hierarquia entre elas. O conflito entre lei e Constituição, à falta de um domínio reservado a uma e outra categoria, exige critério de compatibilidade vertical; já o eventual conflito entre lei complementar e lei ordinária se resolve em termos de se apurar qual o tipo legislativo adequado *ratione materiae*, o que se faz com apoio na Constituição.” Ibidem, p. 179.

No mesmo sentido o entendimento de Michel Temer, que, partindo da noção de *hierarquia* para o Direito,¹⁰⁶ sustenta a inexistência desse atributo na relação entre lei complementar e ordinária,¹⁰⁷ havendo aí, apenas, diferentes âmbitos materiais de incidência dessas espécies legislativas, constitucionalmente previstos.¹⁰⁸

Em sede jurisprudencial, a tese da ausência de hierarquia foi defendida pelo ministro Moreira Alves, de cujo voto extrai-se o seguinte trecho:

Parece-me, entretanto, que o conflito da norma ordinária estadual com dispositivos do Código Tributário Nacional (lei complementar) acarreta, não a ilegitimidade ou a ilegalidade daquela, mas, sim, a sua inconstitucionalidade, por invasão indébita de área reservada, pela Constituição Federal, à lei complementar.¹⁰⁹

E acrescenta, a título de conclusão: “O problema é sempre de invasão de competência e a consequência é a mesma: a inconstitucionalidade.”¹¹⁰

No mesmo sentido, julgado recente da Suprema Corte, tendo como relator o ministro Gilmar Mendes, cuja ementa possui o seguinte teor:

EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. *Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes.* 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento.¹¹¹

¹⁰⁶ “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.” TEMER, Michel. Op. cit., p. 148.

¹⁰⁷ “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.” Ibidem, p. 149.

¹⁰⁸ “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.” TEMER, Michel. Op. cit., p. 150.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 84.994/SP**. Op. cit.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 377457**. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal

Como se pode perceber, a questão é bastante intrincada, possuindo, em ambos os sentidos, correntes doutrinárias de peso. Procuraremos, assim, expor nossa compreensão sobre o tema.

Entendemos que a razão está com a *segunda corrente*, não havendo que se falar em hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas tão só em *reserva constitucional de campos materiais exclusivos*: a lei complementar será necessária sempre que a Constituição prever que determinada matéria seja regulamentada por essa espécie legislativa; em todos os demais casos, caberá a regulamentação por lei ordinária.

A lei ordinária não retira o seu fundamento de validade da lei complementar. Ambas extraem-no diretamente da Constituição. Assim, não pode haver hierarquia entre lei complementar e ordinária, pois a hierarquia pressupõe que ambas as normas incidam sobre o mesmo campo material.

Se a matéria para cuja regulamentação a Constituição exija lei complementar for objeto de disciplina por lei ordinária, *haverá inconstitucionalidade*, de cunho *formal*, por desrespeito à norma matriz constitucional que reservou à lei complementar o tratamento do tema e não porque a lei ordinária tenha desrespeitado eventual comando de lei complementar.

Fosse a questão formulada em Portugal, onde as leis com valor reforçado (cuja natureza é semelhante à das nossas leis complementares) constituem, por força de previsão constitucional,¹¹² parâmetro para a verificação de legalidade das leis, a consequência seria

Pleno, j. 17 set. 2008. Repercussão Geral: mérito. DJe 241, d. 18 dez. 2008, p. 19 dez. 2008, e. 2346-08, p. 1.774 (grifo nosso).

¹¹² “Artigo 281º (Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade) 1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado; c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma; d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto. 2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral: a) O Presidente da República; b) O Presidente da Assembleia da República; c) O Primeiro-Ministro; d) O Provedor de Justiça; e) O Procurador-Geral da República; f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República; g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os

diversa: haveria uma ilegalidade passível de ser sancionada pelo Tribunal Constitucional.

O sistema português de invalidação das leis por afronta a leis reforçadas, todavia, é alvo de severas críticas doutrinárias, que enfocam sua inutilidade, justamente em decorrência de o ordenamento oferecer outras alternativas para sua invalidação, por meio da sanção de inconstitucionalidade. Carlos Blanco de Moraes, talvez quem melhor tenha estudado as leis reforçadas em Portugal, tendo dedicado ao tema extensa monografia,¹¹³ corrobora esse entendimento:

A bem da verdade, o sistema de fiscalização da legalidade de leis é um adorno barroco e complicativo que só existe em Portugal, e que prima pelo seu carácter sumptuário, quer para a garantia das leis reforçadas procedimentalizadas quer para a garantia de leis materialmente paramétricas. Isto, porque umas e outras podem ser proveitosamente defendidas pelo sistema de fiscalização da constitucionalidade, como sucede nos demais ordenamentos europeus.

Se uma lei reforçada procedimentalizada (lei orgânica) for ofendida por um decreto-lei ou decreto legislativo regional, estes serão organicamente inconstitucionais e, no caso de ser ferida por uma lei parlamentar comum, está será formalmente inconstitucional.

No caso das leis materialmente paramétricas, se estas forem lesadas por actos legislativos que as devam respeitar, estes últimos enfermarão de inconstitucionalidade indirecta, nomeadamente por violação do n.º 2 do art.º 112.º (violação de leis de bases e de autorização), subsistindo o problema do Tribunal Constitucional ser relutante ao seu julgamento.¹¹⁴

E confere o seu desfavorável veredito ao sistema:

Foi criada, deste modo, uma categoria legal de sentido incerto e perturbadora para assegurar a sobrevivência de um sistema de fiscalização da legalidade que se revelou inútil e que foi feito sair de um estado de coma em 1997, para, após alguns espasmos de consciência, a ele regressar em 2004.¹¹⁵

Na França, a jurisprudência do Conselho Constitucional abraça a noção de *bloco de*

presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto. 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.”

¹¹³ MORAIS, Carlos Blanco de. **As leis reforçadas**. Coimbra: Coimbra, 1998.

¹¹⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 142.

¹¹⁵ Ibidem.

constitucionalidade, a incluir como parâmetro de controle de constitucionalidade, ao lado da Constituição, outras normas de relevo.¹¹⁶ Todavia, as *leis orgânicas*, semelhantes às nossas leis complementares por estarem submetidas a um processo de elaboração especial, que prevê notadamente a intervenção obrigatória do Conselho Constitucional antes de sua promulgação,¹¹⁷ *não estão* incluídas no bloco de constitucionalidade.

De fato, como esclarece Dominique Rousseau, embora as leis orgânicas se imponham ao legislador ordinário, elas também são subordinadas à Constituição: são supralegislativas, mas infraconstitucionais; assim, não podem ser consideradas como parte integrante do bloco de constitucionalidade, que compreende apenas os princípios de valor constitucional. Invoca, ainda, a decisão de 11 de agosto de 1960 para demonstrar que, à semelhança da doutrina brasileira mais recente, o texto de referência na verdade é a Constituição, pois é em decorrência de a Constituição ter previsto uma lei orgânica que uma lei ordinária que a macule é inválida. Aqui, o que é censurado é menos a inobservância à lei orgânica que à Constituição, que exige, expressamente, para determinadas matérias, a lei orgânica.¹¹⁸

¹¹⁶ Como esclarece Favoreu: “*As normas aplicáveis* são, em primeiro lugar, as que estão contidas na *Constituição*. Mas a Constituição contém principalmente disposições relativas à organização e funcionamento dos poderes públicos e poucas regras relativas aos direitos e liberdades fundamentais. Se o juiz constitucional ficasse adstrito a esse texto, o controle da constitucionalidade teria se desenvolvido pouco. Contudo, em quatro decisões, 1970-1973, o Conselho Constitucional realizou uma verdadeira revolução, reconhecendo força jurídica ao Preâmbulo da Constituição. Assim, de uma só vez, ganharam valor de direito positivo: *A Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Até então, esse texto era considerado como uma fonte de inspiração, permitindo ao Conselho de Estado extrair os ‘princípios gerais de direito’. Invocado expressamente pela primeira vez, na decisão de 27 de dezembro de 1973, a violação pelo legislador da Declaração de 1789 é não somente examinada pelo Conselho Constitucional, mas ainda analisada a fundo para justificar a anulação da disposição legislativa atacada. O *Preâmbulo da Constituição de 1946* tornou-se também um texto de direito positivo, aplicado pela primeira vez na decisão de 15 de janeiro de 1975 e regularmente depois. Este preâmbulo contém dois elementos: primeiro, ele refere-se aos ‘princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República’ (ver *infra*); segundo, a enumeração, em uma dezena de alíneas, dos novos direitos ou princípios, habitualmente chamados de ‘*princípios políticos, econômicos e sociais, particularmente necessários ao nosso tempo*’, entre os quais estão o direito à saúde, o direito à moradia, o direito à greve etc. Os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República foram pela primeira vez considerados normas constitucionais na decisão de 16 de julho de 1971, sobre a liberdade de associação. O Conselho Constitucional retira-os das leis liberais da República — particularmente da III República — que consagram um certo número de grandes princípios: liberdade de associação, liberdade de ensino etc.” FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dúnia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 97-98.

¹¹⁷ “*La Constitution de 1958 prévoit, pour des matières précisément déterminées, que les dispositions les concernant doivent être prises par la voie de lois organiques dont la caractéristique essentielle est d’être soumises à une procédure d’élaboration spéciale, faisant notamment intervenir, obligatoirement, le Conseil constitutionnel avant leur promulgation.*” ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. 8. ed., Paris: Montchrestien, 2008, p. 112.

¹¹⁸ “*En conséquence, il apparaît que si les lois organiques s’imposent au législateur ordinaire, elles sont elles-mêmes subordonnées à la Constitution; supra-législatives mais infra-constitutionnelles, elles ne*

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se acrescentar, ainda, à lista de argumentos contrários à existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, o fato de não haver nele previsão de *sanção* alguma para a invalidação da lei ordinária que infrinja a lei complementar.

É interessante notar que a tese da hierarquia não se sustenta frente ao próprio âmbito de aplicação da LC 95/98. De fato, essa lei, em cumprimento ao comando constitucional inscrito no parágrafo único, traça normas formais a serem observadas na formulação de *todas as espécies normativas previstas no caput do artigo 59*. Em sintonia com a Carta Federal, prevê o parágrafo único do artigo 1º da LC 95/98 que as suas disposições aplicam-se a *todos* os atos normativos referidos no artigo 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.

A suposta superioridade hierárquica da lei complementar a colocaria em um patamar superior às espécies normativas que figuram abaixo dela no rol do artigo 59, nomeadamente as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. Isso levaria à inevitável e, outrossim, inaceitável conclusão de que os projetos das demais leis complementares e das propostas de emenda à Constituição estariam dispensados de seguir os critérios previstos na LC 95/98, em virtude de se encontrarem em posição hierárquica equivalente ou superior à lei complementar. Seria um absoluto contrassenso imaginar que as espécies normativas encontradas abaixo da lei complementar na enumeração contida no artigo 59 da Carta Federal, por serem de hierarquia supostamente inferior a ela, devessem submeter-se aos preceitos da LC 95/98, enquanto aquelas que se encontram em nível equivalente ou superior — quais sejam, as demais leis complementares e as emendas à Constituição — estivessem dispensadas de se ater aos critérios de boa conformação legislativa, não se exigindo, assim, que fossem redigidas de forma clara, estruturada, coerente e racional.

peuvent être considérées comme faisant partie du bloc de constitutionnalité que ne comprend que des principes de valeur constitutionnelle. En réalité d'ailleurs, la formule de la décision du 11 août 1960 montre que le texte de référence véritable reste, dans ces affaires, la Constitution : c'est parce que la Constitution a prévu une loi organique, qu'une loi ordinaire qui méconnaît cette dernière est invalidée; ce qui est censuré est moins la méconnaissance de la loi organique que celle de la Constitution renvoyant expressément, pour des matières déterminées, à une loi organique." ROUSSEAU, Dominique. Op. cit., p. 113-114.

A tese da hierarquia estaria em confronto com o próprio texto da Constituição Federal (parágrafo único do art. 59) e da lei (LC 95/98, art. 1º, § 1º), que determinam a sua aplicação a *todas* as espécies normativas, a demonstrar, assim, que, também sob esse aspecto, não se sustenta.¹¹⁹

As diferenças entre lei complementar e ordinária restringem-se, portanto: (i) à *reserva de matérias* constitucionalmente feita à primeira e (ii) à exigência de *voto da maioria absoluta* dos membros da Casa Legislativa para a sua aprovação. *Não há distinção ontológica entre elas.*

Conclui-se, assim, que, diante da inexistência de hierarquia entre lei complementar e ordinária, a lei complementar *não constitui parâmetro de constitucionalidade ou legalidade para a lei ordinária.*¹²⁰ Assim, a lei aprovada e sancionada sem a observância das normas de Legística previstas na LC 95/98 e, portanto, com imperfeições internas, não padece, pelo simples fato de ter infringido as regras da lei complementar, de *inconstitucionalidade formal ou procedimental.*¹²¹ Pode estar maculada, como se verificará

¹¹⁹ Semelhante ilação é feita por Rizzatto Nunes: “Remanesce, também, uma dúvida, às vezes apontada pela doutrina, em relação ao tema da hierarquia, por conta da existência de uma específica Lei Complementar, a suso apontada de n. 95, que dispõe sobre a elaboração e consolidação das leis. E, em função do conteúdo dessa norma, argumenta-se que ela teria que ser hierarquicamente superior às leis ordinárias, para que estas a pudessem obedecer. Penso que esse argumento é inconsistente. Em primeiro lugar, se isso fosse verdade, ao menos um tipo de norma não precisaria obedecê-la: exatamente as demais leis complementares, que estão no mesmo patamar, mas não é isso que se espera, conforme veremos. Em segundo lugar, não é o conteúdo da norma que define sua hierarquia, mas sua posição jurídico-política aceita historicamente pelos operadores do direito e em geral por toda a sociedade. A citada Lei Complementar n. 95 é norma de organização. Diz como o próprio legislador deve produzir um texto de lei, separando-o por capítulos, artigos, parágrafos etc. De fato, haverá conflitos — como já há — entre essa norma complementar e outras normas do sistema, na medida em que o legislador não a siga à risca. No entanto, a solução do conflito, se puder ser dada, não se fará pela via da hierarquia, mas sim pela da solução interpretativa sistêmica. O intérprete terá de verificar se o sistema, dando qualificação especial de conteúdo à lei complementar, traz solução capaz de adequar os dois tipos de norma. Não se trata, portanto, de um problema de hierarquia, mas de diálogo. É caso do já conhecido diálogo das fontes, tema bastante atual e necessário ao exame dos novos modelos jurídicos vigentes no mundo contemporâneo, como ensina com muita precisão em suas obras a Prof^a. Cláudia Lima Marques.” NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O “contrabando” operado no sistema legislativo, as garantias constitucionais, os limites para o legislador e o direito do consumidor.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI144417,101048-O+contrabando+operado+no+sistema+legislativo+as+garantias>>. Acesso em: 04 dez. 2012.

¹²⁰ Utiliza-se o termo “lei ordinária” em sentido amplo, com o significado de lei em sentido formal.

¹²¹ Embora partindo de uma análise, com a devida vênia, incorreta do artigo 18 da LC 95/98, por motivos adiante explicados (vide item 3.8.6.2, *infra*), Germana de Oliveira Moraes assevera que: “Dispõe, ainda, expressamente no artigo 18, que ‘eventual inexistência formal da norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida, para o seu descumprimento’, o que autoriza a concluir que a infração, às regras de técnica legislativa insertas na Lei Complementar 95/98, não configura vício formal a

adiante, em decorrência de *vício de mérito* ou *finalístico* (inconstitucionalidade finalística), apto a causar a sua invalidação pelo Tribunal Constitucional.

3.5 Efeitos da regulamentação da matéria de Legística por lei ordinária

Está fora de dúvida que eventual tratamento da matéria de Legística e consolidação legislativa, conforme previsto no parágrafo único do artigo 59 da Carta Magna, perpetrada por meio de lei ordinária ou outra espécie normativa que não a lei complementar, incidiria em *inconstitucionalidade*, por invasão à matéria a ela constitucionalmente reservada.¹²²

Que espécie de inconstitucionalidade seria essa?

Para Luiz Roberto Barroso, tratar-se-ia de inconstitucionalidade *formal*, em virtude de o *quórum de votação* da lei complementar ser diverso do da lei ordinária.¹²³ Realmente, a inconstitucionalidade no caso é formal. Todavia, não decorre, salvo melhor juízo, da razão indicada. De fato, um projeto de lei ordinária que verse sobre matéria reservada à lei complementar, ainda que seja aprovado pelo quórum de maioria absoluta *continua sendo inconstitucional*, em virtude de a proposição legislativa não se adequar à exigência constitucional, que demanda projeto de lei complementar.

Em uma comparação com o processo civil, o manejo de projeto inadequado equivaleria à utilização de processo impróprio à tutela jurisdicional almejada, como, por

ponto de invalidar o ato normativo.” MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 29.

¹²² “A hipótese de ocorrência mais provável é a de lei ordinária editada após a complementar com esta colidir. É a situação que levou alguns autores a afirmar a existência de uma ascendência hierárquica da segunda sobre a primeira, mas por motivos já sobejantemente examinados em capítulo anterior, cremos já ter tornado certo inexistir tal hierarquização. Ante as premissas colocadas, a nossa conclusão só pode ser a de que a lei ordinária é inconstitucional. Embora a afronta que mais impressione seja a existente entre a lei complementar e a lei ordinária, o fato é que tal agravo só se tornou possível porque a lei ordinária esbordou do seu campo normal de atuação. É este extravasamento que torna possível o conflito. É por isso que preferimos a noção de inconstitucionalidade para retratar esse vício. No entanto resta claro dizer que a lei ordinária que infringir norma de lei complementar é inconstitucionalidade e portanto nula, pois ela contraria a norma constitucional que estabelece a reserva de matéria de lei complementar. Cumpre dizer, ainda, que no que diz respeito a reserva de matéria à lei complementar, esta, não impede que ela verse sobre matérias que não estejam no seu campo reservado.” BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar**... Op. cit., p. 138-139.

¹²³ “Há matérias que são reservadas pela Constituição para serem tratadas por via de uma espécie normativa específica. Somente lei complementar pode dispor acerca de normas gerais de direito tributário (art. 146, III) ou sobre sistema financeiro nacional (art. 192). Se uma lei ordinária contiver disposição acerca de qualquer desses temas, será formalmente inconstitucional. É que o *quórum* de votação de uma lei complementar é diverso do da lei ordinária.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49-50.

exemplo, o mandado de segurança sem a prova de direito líquido e certo; a execução sem título exequível; ou, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando há outros meios hábeis a resguardar o direito. O instrumento processual utilizado nesses casos é impróprio, sendo o caso de indeferimento da petição inicial por falta de interesse processual (CPC, art. 295, III).

A inconstitucionalidade formal, como ficará demonstrado a seguir (vide item 4.2.1, *infra*), pode ocorrer em qualquer fase do processo legislativo, dentre as quais a de *iniciativa*. É justamente a *iniciativa* que está viciada quando se utiliza o projeto de lei ordinária com a finalidade de regular matéria constitucionalmente reservada à lei complementar. A inconstitucionalidade, no caso, é, portanto, *formal, por vício de iniciativa (inconstitucionalidade formal tipológica)*.

Assim, a partir de 1988 não se permite que os aspectos formais da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis sejam objeto de regulamentação pelos regimentos internos das Casas Legislativas,¹²⁴ em decorrência da reserva constitucional dessa matéria à lei complementar (art. 59, parágrafo único). Os regimentos internos das Casas Legislativas poderão, quando muito, regulamentar a aplicação das normas de Legística contidas na LC 95/98, afeiçoando-as às peculiaridades do processo legislativo, sem, todavia, contrariar os seus termos,¹²⁵ sob pena de incidirem em

¹²⁴ Os regimentos internos são veiculados por meio de Resoluções, com eficácia de lei ordinária. Essas espécies legislativas têm a peculiaridade de, em virtude de serem de competência exclusiva do Legislativo, não são submetidas à sanção do chefe do Poder Executivo. Segundo o RI da Câmara dos Deputados: “Art. 108. A Câmara dos Deputados exerce a sua função legislativa por via de projeto de lei ordinária ou complementar, de decreto legislativo ou de resolução, além da proposta de emenda à Constituição.” “Art. 109. Destinam-se os projetos: I - de lei a regular as matérias de competência do Poder Legislativo, com a sanção do Presidente da República; II - de decreto legislativo a regular as matérias de exclusiva competência do Poder Legislativo, sem a sanção do Presidente da República; III - de resolução a regular, *com eficácia de lei ordinária*, matérias da competência privativa da Câmara dos Deputados, de caráter político, processual, legislativo ou administrativo, ou quando deva a Câmara pronunciar-se em casos concretos como: a) perda de mandato de Deputado; b) criação de Comissão Parlamentar de Inquérito; c) conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito; d) conclusões de Comissão Permanente sobre proposta de fiscalização e controle; e) conclusões sobre as petições, representações ou reclamações da sociedade civil; f) matéria de natureza regimental; g) assuntos de sua economia interna e dos serviços administrativos. [...]” (grifo nosso).

¹²⁵ O Regimento Interno da Câmara dos Deputados possui regras harmônicas com aquelas contidas na LC 95/98, como se pode depreender pelo exame dos seguintes dispositivos: “Art. 100. Proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara. § 1º As proposições poderão consistir em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle. § 2º *Toda proposição deverá ser redigida com clareza, em termos explícitos e concisos, e apresentada em três vias, cuja destinação, para os projetos, é a descrita no § 1º do art. 111.* § 3º *Nenhuma proposição poderá conter matéria estranha ao enunciado objetivamente declarado na ementa, ou dele decorrente.*” “Art. 111. Os projetos deverão ser divididos em artigos numerados, redigidos de forma concisa

inconstitucionalidade.¹²⁶

Por outro lado, eventuais decretos regulamentares expedidos com a finalidade de minudenciar o cumprimento da LC 95/98 no âmbito do Poder Executivo deverão guardar consonância com as suas normas, sob pena de incidir em *ilegalidade*, pois, em decorrência da adoção do princípio da legalidade pela Carta de 1988,¹²⁷ há entre as leis e os decretos uma indiscutível relação hierárquica.¹²⁸

3.6 Destinatário e âmbito de aplicação imediatos das normas contidas na LC 95/98: o legislador, no curso do processo legislativo

Não se destinando a LC 95/98 a servir de parâmetro de constitucionalidade para as leis ordinárias, conforme visto nos itens anteriores, qual seria, então, o seu desiderato?

e clara, precedidos, sempre, da respectiva ementa. [...] § 2º Cada projeto deverá conter, simplesmente, a enunciação da vontade legislativa, de conformidade com o § 3º do art. 100, aplicando-se, caso contrário, o disposto no art. 137, § 1º, ou no art. 57, III. § 3º Nenhum artigo de projeto poderá conter duas ou mais matérias diversas.” (grifos nossos).

¹²⁶ Ao comentar a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade das normas regimentais, José Afonso da Silva assevera que: “Não há dúvida de que há de prevalecer o valor da supremacia constitucional, até porque a norma regimental deixa de ser coberta pelo princípio da independência parlamentar que lhe dá fundamento, *se excede do âmbito de reserva que lhe concede a Constituição*. Os *interna corporis* já não são mais aquele ídolo da soberania dos parlamentos, seu prestígio de outrora se apaga diante de outros valores, porque acima da soberania do parlamento que eles sinalizavam está a soberania da Constituição, a que têm que prestar vassalagem.” SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional...** Op. cit., p. 344 (grifo nosso). No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos: “As normas desses regimentos internos podem constituir objeto da relação de inconstitucionalidade, mormente quando se reconheça aos atos que os veiculam o *status* de ato legislativo ou com força de lei.” RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade...** Op. cit., p. 156.

¹²⁷ CF, art. 5º, II.

¹²⁸ Após enumerar diversos casos de inconstitucionalidades diretas, Kelsen elucida os efeitos da violação indireta da Constituição pelo decreto que descumpra a lei: “Em todos os casos até aqui considerados, tratava-se exclusivamente de atos imediatamente subordinados à Constituição e, por conseguinte, de fatos de inconstitucionalidade imediata. Distinguem-se desses atos os que não são mais imediatamente subordinados à Constituição e que, por conseguinte, só podem ser mediamente inconstitucionais. Quando a Constituição estabelece expressamente o princípio da legalidade da execução em geral e dos decretos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo constitucionalidade, de forma indireta.” KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Op. cit., p. 134-135. Ressalte-se que o jurista da Escola de Viena admite a submissão dos decretos regulamentares à jurisdição constitucional, desde que possuam de *caráter geral*: “Não apresenta dificuldade o controle da constitucionalidade, pela jurisdição constitucional, dos decretos que derogam as leis [...] Mas seria o caso de atribuir igualmente à jurisdição constitucional o controle da constitucionalidade dos simples decretos regulamentares. Sem dúvida esses decretos, conforme já dissemos, não são atos imediatamente subordinados à Constituição; sua irregularidade consiste imediatamente em sua ilegalidade, e apenas de forma mediata em sua inconstitucionalidade. Se, apesar disso, propôs estender a eles a competência da jurisdição constitucional, não é tanto em consideração à relatividade precedentemente assinalada da oposição entre constitucionalidade direta e indireta, quanto em consideração ao limite natural entre atos jurídicos gerais e atos jurídicos individuais.” Ibidem, p. 157.

A chave de abóbada para a correta interpretação da LC 95/98 é saber que se trata de *lei imediatamente destinada ao legislador, voltada a pautar a sua atuação na elaboração legislativa, no tocante aos aspectos formais da lei, tendo como âmbito de aplicação o processo legislativo*. Apenas de forma indireta, por se tratar de diploma normativo, será objeto de análise pelo Poder Judiciário, em decorrência de seu eventual descumprimento pelo destinatário imediato, o legislador.

As regras de Legística ou de técnica legislativa não são regras de interpretação ou aplicação do Direito, mas sim instrumentos destinados a iluminar a conformação legislativa, tendo como destinatários os agentes habilitados a participar do processo legislativo. Segundo Kildare Gonçalves de Carvalho:

Com a técnica legislativa não se objetiva examinar a interpretação ou a aplicação das leis, mas a sua elaboração: trata-se, pois, de engenharia social, arquitetura da lei e não de dogmática jurídica.

[...]

Os destinatários da atividade do redator das leis não são, por isso mesmo, seus intérpretes, mas os políticos e os legisladores, de fato ou de direito.¹²⁹

A LC 95/98 destina-se a reger a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. É *o legislador*, assim, o destinatário natural das regras de Legística ali contidas. Essa ilação se extrai do próprio teor do *caput* do artigo 1º da LC 95/98,¹³⁰ sabendo-se que, por força de seu artigo 7º, o primeiro artigo da lei destina-se a indicar o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação.

As regras de Legística formal, que, por natureza, apenas invocam boas práticas de confecção legislativa, consubstanciando uma espécie de arte de legislar, não ostentam o porte de normas jurídicas, ou seja, não são, em sua essência, normas de Direito, como esclarece Piedad García-Escudero Márquez:

Diante da profundidade jurídica da proclamação e do estudo do princípio da segurança jurídica (pelo Direito onstitucional, pelo Direito administrativo, etc.), quando falamos sobre qualidade de dispositivos legais e sobre a técnica normativa parece que deixamos o campo do

¹²⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit., p. 3.

¹³⁰ “Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar. [...]”

direito para entrar no das boas práticas: a arte de legislar de forma clara e eficaz. Os seus princípios não são normas jurídicas, pois lhes falta sanção.¹³¹

Note-se, contudo, que, no Brasil, as regras de Legística formal, no que se refere à elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, foram erigidas ao patamar de *normas jurídicas*, na medida em que a própria Constituição determina que a sua regulamentação seja feita por meio de lei complementar (CF, art. 59, parágrafo único).

Desse modo, se em um primeiro momento, enquanto regra de boa conformação legislativa, a norma de Legística, por natureza, têm como seu destinatário o legislador; por força de sua instrumentalização em lei complementar, ela se alça à categoria de norma jurídica, direito positivo, e, por isso, passa também a ser objeto de análise do Poder Judiciário e dos demais aplicadores do direito, que se tornam árbitros de seu fiel cumprimento pelo legislador.

3.7 A ilicitude decorrente da inobservância da LC 95/98 no curso do processo legislativo e os instrumentos endo-processuais destinados a evitá-la ou a saná-la

Caso o legislador descumpra, no curso do processo legislativo, os termos da LC 95/98, pratica, inegavelmente, *ato ilícito*, a consubstanciar uma *nulidade*.

A *nulidade* decorrente de violação da LC 95/98, embora não atinja, necessariamente, a lei enquanto ato perfeito, após a sua aprovação,¹³² poderá ser reconhecida *durante o processo legislativo*, inclusive pelo Poder Judiciário, apto a declarar a invalidade dos atos praticados em desconformidade com a lei. Todavia, antes de se adentrar no exame da invalidação de atos do processo legislativo por ofensa à LC 95/98, há que se mencionar a existência de *medidas profiláticas*, a serem tomadas no curso do próprio processo legislativo, para evitar a ocorrência de tais nulidades.

¹³¹ Tradução livre de: “Frente a la profundidad jurídica de la proclamación y el estudio del principio de seguridad jurídica (por el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, etc.), cuando hablamos de calidad de la ley e técnica normativa parece que salimos del campo del Derecho para entrar en el de las buenas prácticas: es el arte de legislar clara y eficazmente. Sus principios no son normas jurídicas, carecen de sanción.” MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. **Técnica legislativa y seguridad jurídica**: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes? Cizur Menor, Espanha: Thomson Reuters, 2010, p. 14.

¹³² Justamente em decorrência da inexistência de hierarquia entre lei complementar e ordinária e da ausência de sanção pela violação da lei complementar pela ordinária, como visto nos itens anteriores.

No *iter* legislativo há ao menos quatro vias de correção e adequação do projeto de lei às normas constitucionais, legais ou regimentais¹³³: (i) a primeira delas é de competência do Presidente da Casa Legislativa onde tem início a proposição, que poderá negar-lhe seguimento caso se mostre alheia à competência do órgão legislativo ou manifestamente inconstitucional; (ii) a segunda, e mais comum, é a apreciação prévia da matéria pelas Comissões de Constituição e Justiça nos aspectos referentes a constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa; (iii) a terceira via decorre da hipótese de veto a ser apostado pelo Chefe do Poder Executivo, por razão de inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público;¹³⁴ e (iv) a quarta, o controle preventivo jurisdicional de legalidade.

Vejamos cada uma dessas hipóteses.

3.7.1 Negativa de seguimento do projeto por ato do Presidente da Casa Legislativa

A primeira das vias de saneamento da proposição legislativa, consistente na negativa de seguimento de projeto de lei por parte do Presidente da Casa Legislativa, além de pouco utilizada entre nós, em raros casos mostrar-se-ia apropriada a evitar o seguimento de projetos eivados de vícios intrínsecos decorrentes do desrespeito à LC 95/98.

De fato, o Presidente da Casa Legislativa só poderá negar seguimento às proposições *evidentemente inconstitucionais*,¹³⁵ o que, em regra, não ocorre com os

¹³³ As hipóteses de controle prévio de constitucionalidade no curso do processo legislativo foram abordadas pelo autor da presente tese em estudo inaugural: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25-31.

¹³⁴ CF, art. 84, V, c/c art. 66, § 1º, este com a seguinte redação: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...]”

¹³⁵ Prevê o RICD: “Art. 137. Toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no *Diário da Câmara dos Deputados* e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões. § 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que: I - não estiver devidamente formalizada e em termos; II - versar sobre matéria: a) *alheia à competência da Câmara*; b) *evidentemente inconstitucional*; c) *anti-regimental*. § 2º Na hipótese do parágrafo anterior, poderá o Autor da proposição recorrer ao Plenário, no prazo de cinco sessões da publicação do despacho, ouvindo-se a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em igual prazo. Caso seja provido o recurso, a proposição voltará à Presidência para o devido trâmite. (Parágrafo com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004).” (grifo nosso).

projetos que desrespeitem as regras de composição legislativa, tendo em vista que poderão ter suas imperfeições internas corrigidas no curso do processo legislativo, especialmente quando forem examinadas pelas comissões temáticas especializadas, como se verificará em seguida.

Luiz H. Cascelli de Azevedo, em pesquisa feita no âmbito da Câmara dos Deputados, até o final da 50ª Legislatura, apurou a existência de 167 projetos de lei devolvidos pelo Presidente da Casa aos seus autores com fundamento no artigo 137 do respectivo Regimento Interno. Esclarece, assim, que:

[...] dezenas de proposições foram devolvidas aos seus autores quando a inserção do seu conteúdo se dava dentro de um entendimento já cristalizado na Casa: seja no caso dos chamados “projetos autorizativos” (quando o Deputado ou Senador apresenta proposição determinando que outro Poder tome providência de sua competência exclusiva e que não depende de autorização do Legislativo — portanto, um projeto inócuo); como assim dos projetos que determinam a criação de estabelecimento de ensino (verbete nº 1); daqueles que declaram a utilidade pública de pessoa jurídica (verbete nº 2); dos que procuram nominar rodovia ou logradouro público (verbete nº 3); seja, enfim, daqueles que buscam instituir dia nacional de classe profissional (verbete nº 4).¹³⁶

Apenas no caso de uma proposição absolutamente contraditória, manifesta e evidentemente inapta a alcançar os objetivos por ela propostos pode haver negativa liminar de seguimento.

Poder-se-ia cogitar nos esdrúxulos exemplos de projeto de lei destinado a estender aos funcionários aposentados o adicional de horas-extras ou o acréscimo constitucional de um terço da remuneração nas férias (CF, art. 6º, XII) ou, ainda, a concessão de adicional de produtividade para funcionários aposentados.¹³⁷ Nesses casos, a propositura é eivada de

¹³⁶ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. **Controle legislativo de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 27.

¹³⁷ Os exemplos podem parecer bizantinos, mas bem se prestam a ilustrar a espécie de imperfeição que se pretende demonstrar. Notícia recente veiculada pelo O Estado de S. Paulo narra episódio ocorrido na Câmara Municipal de São Paulo. Informa o periódico que: “A Câmara Municipal criou um grupo especial para estudar o pagamento de bônus de produtividade até para funcionários aposentados. Caso a medida seja adotada pelo Legislativo paulistano, cerca de 800 funcionários que já deixaram de trabalhar poderão engordar seus contracheques em até R\$ 5,7 mil por mês.” (APÓS LIBERAR supersalários, Câmara estuda bônus de produtividade a inativo. **O Estado de S. Paulo**, Caderno A, p. 19, 3 maio 2013). O fato serve de alerta aos sindicatos e associações de funcionários que algumas vezes, embora imbuídos de bons propósitos, pleiteiam vantagens juridicamente insustentáveis para seus filiados. Vide, outrossim, a matéria tratada no item 7.3, *infra*.

uma contradição interna insuperável, por completa falta de logicidade: não se faz necessária a análise de nenhuma outra norma, constitucional ou não, para perceber a ilogicidade e o descabimento de se estender, *v.g.*, aos aposentados o adicional de horas extras. A inconstitucionalidade finalística daí decorrente é evidente e deve ser reconhecida de plano pelo Presidente da Casa Legislativa, de modo a impedir o trâmite da propositura e evitar o gasto desnecessário de recursos públicos, em atenção aos princípios da economicidade e da eficiência (CF, arts. 70, *caput*, e 37, *caput*).

As leis meramente autorizativas, que simplesmente autorizam outro Poder a tomar providência de sua exclusiva competência — e, portanto, que não são da competência do Poder “autorizador” — para a prática da qual não precisa de autorização, são flagrantemente inconstitucionais em decorrência de vício de iniciativa. Além disso, violam as regras de Legística, pois são leis inócuas, desprovidas de utilidade e, portanto, de conteúdo normativo, como se demonstrará a seguir, em tópico destinado à análise da prática do controle finalístico de constitucionalidade fundado em critérios de boa conformação legislativa no Brasil (vide item 7.2, *infra*).

3.7.2 Análise do projeto pelas Comissões de Constituição e Justiça

As Comissões de Constituição e Justiça, por sua vez, são o órgão parlamentar destinado, por natureza, ao saneamento do projeto de lei.

Na Câmara dos Deputados, essa comissão, de caráter permanente, tem a denominação de Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania (CCJC),¹³⁸ à qual cabe manifestar-se acerca de todas as proposições, com exceção dos requerimentos, para o exame de seus aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa,¹³⁹ dentre outras tarefas. Recebe o nome semelhante no Senado

¹³⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: [...] IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; [...]”

¹³⁹ RICD: “Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas: [...] III - pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso; (Inciso

Federal,¹⁴⁰ onde tem por competência, dentre outros temas, opinar sobre a “constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas”.¹⁴¹

No desenvolvimento de seus trabalhos na Câmara dos Deputados, as comissões — e, em particular, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania — pautar-se-ão pelas regras previstas no artigo 57 de seu Regimento Interno, a propiciar que, em sua atuação: dividam-se as proposições quando essas tratarem, em um mesmo projeto, de matérias diferentes (inciso III); proponha-se a adoção ou a rejeição, total ou parcial, da matéria tratada; proponha-se o seu arquivamento; formule-se projeto dela decorrente; dê-lhe substitutivo; e apresente-se emenda ou subemenda (inciso IV).¹⁴²

Assim, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania tem o poder e o dever de sanear o projeto de lei, expurgando eventuais vícios tanto de natureza constitucional como regimental, legal, jurídica e de técnica legislativa, como menciona o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O mencionado inciso III do artigo 57 propõe medida saneadora para atender ao determinado no artigo 7º da LC 95/98 no sentido de que, com exceção das codificações, cada lei deve ter um único objeto.¹⁴³

Em consonância com o previsto no artigo 146 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, quando a Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania apresentar emenda

com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004) [...]”.

¹⁴⁰ Regimento Interno do Senado Federal: “Art. 72. As comissões permanentes, além da Comissão Diretora, são as seguintes: [...] III - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ; [...]”

¹⁴¹ RISF, art. 101, I.

¹⁴² “Art. 57. No desenvolvimento dos seus trabalhos, as Comissões observarão as seguintes normas: [...] III - quando diferentes matérias se encontrarem num mesmo projeto, poderão as Comissões dividi-las para constituírem proposições separadas, remetendo-as à Mesa para efeito de renumeração e distribuição; IV - ao apreciar qualquer matéria, a Comissão poderá propor a sua adoção ou a sua rejeição total ou parcial, sugerir o seu arquivamento, formular projeto dela decorrente, dar-lhe substitutivo e apresentar emenda ou subemenda; [...]”

¹⁴³ “Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva; IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.”

tendente a sanar vício de inconstitucionalidade ou injuridicidade, incluídas aí as imperfeições relativas à Legística, a matéria prosseguirá o seu curso e a apreciação preliminar será feita após a manifestação das demais Comissões às quais o projeto tenha sido inicialmente encaminhado pelo Presidente da Casa Legislativa.¹⁴⁴

Caso o projeto possua mácula insanável — em relação a vícios de Legística, poder-se-ia, por exemplo, imaginar um projeto irremediavelmente contraditório¹⁴⁵ —, a CCJC poderá propor a sua rejeição, total ou parcial. Nesse caso, o parecer terá caráter terminativo,¹⁴⁶ cabendo *recurso* para o Plenário, no prazo de cinco sessões, a ser manejado por ao menos 10% (dez por cento) dos membros da Câmara, apresentado em sessão, conforme previsto no § 2º do artigo 132 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.¹⁴⁷ O recurso devidamente proposto será encaminhado ao Plenário e, se provido, o projeto será examinado pelo próprio Plenário em deliberação preliminar¹⁴⁸ somente quanto à sua constitucionalidade e juridicidade.¹⁴⁹

Em Plenário, o projeto pode receber emenda destinada a sanar o seu vício e, nesse caso, a votação será feita inicialmente sobre ela: se aprovada a emenda, considerar-se-á

¹⁴⁴ RICD: “Art. 146. Quando a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ou a Comissão de Finanças e Tributação, apresentar emenda tendente a sanar vício de inconstitucionalidade ou injuridicidade, e de inadequação ou incompatibilidade financeira ou orçamentária, respectivamente, ou o fizer a Comissão Especial referida no art. 34, II, a matéria prosseguirá o seu curso, e a apreciação preliminar far-se-á após a manifestação das demais Comissões constantes do despacho inicial. (Artigo com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004).”

¹⁴⁵ Vide nota 137, *supra*.

¹⁴⁶ RICD: “Art. 54. Será terminativo o parecer: (“*Caput*” do artigo com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991) I - da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria; (Inciso com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004) [...]”

¹⁴⁷ RICD: “Art. 132. Apresentada e lida perante o Plenário, a proposição será objeto de decisão: I - do Presidente, nos casos do art. 114; II - da Mesa, nas hipóteses do art. 115; III - das Comissões, em se tratando de projeto de lei que dispensar a competência do Plenário, nos termos do art. 24, II; IV - do Plenário, nos demais casos. § 1º Antes da deliberação do Plenário, haverá manifestação das Comissões competentes para estudo da matéria, exceto quando se tratar de requerimento. § 2º Não se dispensará a competência do Plenário para discutir e votar, globalmente ou em parte, projeto de lei apreciado conclusivamente pelas Comissões se, no prazo de cinco sessões da publicação do respectivo anúncio no Diário da Câmara dos Deputados e no avulso da Ordem do Dia, houver recurso nesse sentido de um décimo dos membros da Casa, apresentado em sessão e provido por decisão do Plenário da Câmara.”

¹⁴⁸ RICD: “Art. 144. Haverá apreciação preliminar em Plenário quando for provido recurso contra parecer terminativo de Comissão, emitido na forma do art. 54.”

¹⁴⁹ RICD: “Art. 145. Em apreciação preliminar, o Plenário deliberará sobre a proposição somente quanto à sua constitucionalidade e juridicidade ou adequação financeira e orçamentária. § 1º Havendo emenda saneadora da inconstitucionalidade ou injuridicidade e da inadequação ou incompatibilidade financeira ou orçamentária, a votação far-se-á primeiro sobre ela. § 2º Acolhida a emenda, considerar-se-á a proposição aprovada quanto à preliminar, com a modificação decorrente da emenda. § 3º Rejeitada a emenda, votar-se-á a proposição, que, se aprovada, retomará o seu curso, e, em caso contrário, será definitivamente arquivada.”

aprovado o projeto quanto à preliminar, com a modificação decorrente da emenda, e retornará ao seu curso regimental; caso não tenha sido apresentada emenda ou se for ela rejeitada, será votada a proposição: se aprovada, retomará o seu curso; se rejeitada, será definitivamente arquivada (RICD, art. 145, §§ 2º e 3º). Uma vez reconhecidas pelo Plenário a constitucionalidade e a juridicidade, em cuja análise inclui-se o exame dos requisitos intrínsecos decorrentes das normas de Legística, não poderão essas preliminares ser arguidas novamente.¹⁵⁰

Os projetos submetidos às Comissões Especiais¹⁵¹ previstas regimentalmente¹⁵² e à Comissão Mista de Deputados e Senadores competente para a apreciação das medidas provisórias¹⁵³ (CF, art. 62, § 9º, e arts. 9º a 20 do Regimento Comum do Congresso Nacional, Resolução n. 1, de 1970) terão os seus aspectos estruturais e redacionais analisados por essas próprias comissões, aplicando-se aos seus pareceres os comentários acima delineados em relação às Comissões de Constituição e Justiça.

Em linhas gerais, são essas as medidas que podem ser tomadas pelo Poder Legislativo para saneamento das proposições eivadas de vícios de constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, como menciona o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 32, IV, “a”).

¹⁵⁰ RI da Câmara dos Deputados: “Art. 147. Reconhecidas, pelo Plenário, a constitucionalidade e a juridicidade ou a adequação financeira e orçamentária da proposição, não poderão essas preliminares ser novamente arguidas em contrário.”

¹⁵¹ Sobre o processo legislativo orçamentário e financeiro, vide: BENETON, Marco Antonio Hatem. **O processo legislativo financeiro**. 2007. 256 f., Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007; e ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁵² RI da Câmara dos Deputados: “Art. 34. As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre: I - proposta de emenda à Constituição e projeto de código, casos em que sua organização e funcionamento obedecerão às normas fixadas nos Capítulos I e III, respectivamente, do Título VI; II - proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada. § 1º Pelo menos metade dos membros titulares da Comissão Especial referida no inciso II será constituída por membros titulares das Comissões Permanentes que deveriam ser chamadas a opinar sobre a proposição em causa. § 2º Caberá à Comissão Especial o exame de admissibilidade e do mérito da proposição principal e das emendas que lhe forem apresentadas, observado o disposto no art. 49 e no § 1º do art. 24.”

¹⁵³ Sobre o processo legislativo destinado à aprovação de medidas provisórias, vide: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória**: edição e conversão em lei. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

3.7.3 Veto aposto pelo Chefe do Poder Executivo

Uma terceira hipótese de controle realizado no curso do processo legislativo é aquela decorrente da aposição de veto pelo Chefe do Executivo.

O § 1º do artigo 66 da Constituição de 1988, ao dispor sobre o poder de veto, prevê que:

Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Da norma constitucional extraem-se dois motivos a fundamentar o veto: a inconstitucionalidade e a inexistência de interesse público na proposição. No primeiro caso, o veto é conhecido doutrinariamente como *jurídico* e, no segundo, como *político*.¹⁵⁴

São essencialmente duas as finalidades do veto: “a) serve de instrumento de controle prévio da constitucionalidade do ato legislativo, formal e substancialmente; b) atua como fator seletivo na escolha dos interesses que o Chefe do Executivo quer ver tutelados ou repelidos pela ordem jurídica.”¹⁵⁵

Em sua origem, o *veto parcial* surgiu como uma resposta à deformada prática parlamentar de inserir nas leis orçamentárias dispositivos “carona” (também conhecidos como *riders*, rabichos ou caudas legislativas), versando, muitas vezes, sobre matérias absolutamente distintas daquelas tratadas na lei orçamentária. O veto parcial, não contemplado no processo legislativo clássico, passou a permitir que o Chefe do Executivo vetasse apenas essas disposições “carona”, preservando o restante do projeto, como será mais bem analisado no item 6.2.1, *infra*.

¹⁵⁴ “O Presidente da República poderá discordar do projeto de lei, ou por entendê-lo inconstitucionalidade (aspecto formal) ou contrário ao interesse público (aspecto material). No primeiro caso teremos o chamado *veto jurídico*, enquanto no segundo, o *veto político*. Note-se que poderá existir o *veto político-jurídico*.” MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op. cit., p. 523 (grifos no original).

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional**... Op. cit., p. 223.

Entendemos que as imperfeições decorrentes da inobservância das regras de Legística plasmadas na LC 95/98 são perfeitamente passíveis de serem invocadas como fundamento para o veto. De fato, embora o simples fato de a LC 95/98 ter sido violada no processo legislativo não cause, necessariamente, inconstitucionalidade da lei aprovada (vide item 3.9, *infra*), o chefe do Poder Executivo pode entender que a lei mal gestada, em decorrência desse fato, não atende ao interesse público.

Duas hipóteses podem ocorrer: (i) o projeto de lei contendo violação à LC 95/98 pode possuir uma imperfeição tão significativa que ocasione a sua inconstitucionalidade em virtude de violar os princípios do devido processo legal ou da segurança jurídica (vide capítulo 6, *infra*): neste caso, o motivo do veto será a inconstitucionalidade; (ii) se a ilegalidade praticada no curso do processo legislativo em decorrência da inobservância dos critérios contidos na LC 95/98 não for suficiente a gerar uma inconstitucionalidade, pode, ainda assim, o Chefe do Executivo concluir que o projeto gestado em desconformidade com as regras de Legística previstas na LC 95/98 contraria o interesse público em virtude de não trazer todos os elementos intrínsecos necessários a atingir os fins aos quais se propõe, ou que se revelem, por outro lado, indispensáveis ao seu conhecimento e compreensão pelos seus destinatários.

Assim, a título de exemplo, leis vagas, contraditórias, herméticas ou incompreensíveis podem sofrer veto com fundamento em sua inconstitucionalidade, em virtude de violação aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica (vide Capítulo 6, *infra*).

Por outro lado, mais uma vez exemplificativamente, leis que abranjam mais de um tema (violando o artigo 7º da LC 95/98), que não contenham cláusula de vigência ou de revogação (em dissonância com os artigos 8º e 9º, respectivamente) ou, ainda, que não prevejam prazo razoável de *vacatio legis* (artigo 8º) podem ser consideradas contrárias ao interesse público, na medida em que sua compreensão pelos destinatários e sua aplicação pelos operadores do Direito fica dificultada e comprometida. Podem, por isso, ser objeto de veto total ou parcial pelo Chefe do Poder Executivo, com fundamento na inexistência de interesse público. O veto, nesses casos, decorrerá da exigência constitucional de boa qualidade na legislação.

3.7.4 Controle preventivo de natureza jurisdicional da ilegalidade decorrente da violação da LC 95/98

Cabe, por fim, averiguar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, no curso do processo legislativo, para assegurar a observância das regras de Legística, em caso de recusa de seu reconhecimento pelos participantes do processo legislativo.

Há que se mencionar a existência de um histórico refreamento do Poder Judiciário em intervir, preventivamente, no processo legislativo com a finalidade de analisar eventuais violações a *normas regimentais*. A jurisprudência tradicional e firme no Supremo Tribunal Federal entende que a interpretação de normas regimentais constitui matéria *interna corporis* do Poder Legislativo.¹⁵⁶ Enquanto atos internos do Parlamento, não seriam passíveis de serem avaliados pelo Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal tem ressalvado apenas os casos em que entende haver vulneração direta das normas constitucionais.¹⁵⁷ Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho do voto do ministro Moreira Alves proferido no Mandado de Segurança n. 20.257-DF,

¹⁵⁶ Alexandre de Moraes traz uma longa coletânea de decisões do STF nesse sentido: “Processo legislativo no Congresso nacional. *Interna corporis*. Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune a crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*. RTJ 112/1023. Conferir, ainda, em relação à impossibilidade de interpretação, por parte do Poder Judiciário, de normas regimentais, por tratar-se de assunto *interna corporis*: RTJ 116/67; RTJ 137/1053; RTJ 114/537; STF – MS nº 20.247/DF – Rel. Min. Moreira Alves; STF – MS nº 29.471/DF – Rel. Min. Francisco Rezek. Nesse mesmo sentido: STF – Pleno – Adin n. 2.038/BA – Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, decisão: 18-8-1999 – Informativo STF nº 158.” MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op. cit., p. 574. No mesmo sentido: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO INTERNA CORPORIS: MATÉRIA REGIMENTAL. I. - Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato *interna corporis*, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo. II. - Mandado de Segurança não conhecido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24356**. Rel. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 13 fev. 2003, DJ 12 set. 2003, p. 29, e. 2123-02, p. 319).

¹⁵⁷ Ressalte-se que, nesse caso, a posição tecnicamente mais acertada é a que defende a incidência do controle não sobre a matéria tratada no projeto, mas sim sobre os atos do processo legislativo, mais precisamente o ato do Presidente da Casa Legislativa que coloca em pauta a proposição violadora de cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º), como esclarece Elival da Silva Ramos, com esboço em doutrina de Anna Cândida da Cunha Ferraz: “De toda sorte, assiste razão a Anna Cândida da Cunha Ferraz quando afirma que, no Brasil, ‘não existe a previsão de controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade’, pois não é prevista a possibilidade de o Judiciário, em tese, impedir a tramitação (frustrando a iniciativa, discussão ou aprovação) de projetos de lei em curso no Congresso Nacional e a consequente conversão destes em lei, fundado em motivo de inconstitucionalidade.” RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64-65. Esclarece ainda Ramos que a “referência aqui é ao controle jurisdicional preventivo direto, isto é, tendo por objeto o ato legislativo em formação e não, isoladamente, um dos atos em que se decompõe o processo legislativo.” Ibidem, p. 64.

ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou outra. Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.¹⁵⁸

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20257**. Rel. Décio Miranda. Rel. p\ Acórdão: Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 08 out. 1981, p. 1304, e. 1201-02, p. 312, RTJ 99-03, p. 1031. No mesmo sentido, sob a égide da Carta de 1988: “EMENTA: Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de emenda constitucional. Alegação de violação de diversas normas do Regimento Interno e do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Preliminar: impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do poder legislativo, não sujeita à apreciação do poder judiciário; conhecimento quanto ao fundamento constitucional. Mérito: reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda constitucional do poder executivo, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências (PEC Nº 33-A, DE 1995). I - Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão *interna corporis* do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte. 2. *Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há insita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.* II - Mérito. 1. Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser

A interpretação acerca das normas regimentais, portanto, apesar de possuírem elas força de lei ordinária, é, segundo a atual jurisprudência do STF, de exclusiva competência do Poder Legislativo, por constituir questão *interna corporis* daquele Poder.¹⁵⁹

Poder-se-ia aplicar tal entendimento em relação aos projetos de lei que violem os termos da LC 95/98?

Certamente não se poderia alegar como motivo a fundamentar a negativa de apreciação pelo Poder Judiciário que a violação à LC 95/98, ocorrida no curso do processo legislativo, tratar-se-ia de matéria *interna corporis* do Parlamento. De fato, as regras de

votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto. 3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22503**. Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 08 maio 1996, DJ 06 jun. 1997, p. 24872, e. 1872-03, p. 385, RTJ 169-01, p. 181, grifos nossos). E, ainda: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira-CPMF (arts. 84 e 85, acrescentados ao adct pelo art. 3º da emenda constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002). 1 - Impertinência da preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, de que a matéria controvertida tem caráter *interna corporis* do Congresso Nacional, por dizer respeito à interpretação de normas regimentais, matéria imune à crítica judiciária. Questão que diz respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, em especial às regras atinentes ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), tendo clara estatura constitucional. 2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada na Câmara dos Deputados, sofreu alteração no Senado Federal, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal no tocante à supressão, no Senado Federal, da expressão “observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal”, que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação, tendo em vista que essa alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto (Precedente: ADC nº 3, rel. Min. Nelson Jobim). Ocorrência de mera prorrogação da Lei nº 9.311/96, modificada pela Lei nº 9.539/97, não tendo aplicação ao caso o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal. O princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação da lei que a houver instituído ou modificado. 3 - Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. A presente hipótese, no entanto, versa sobre a incidência ou não desse dispositivo, que se mantém incólume no corpo da Carta, a um caso concreto. Não houve, no texto promulgado da emenda em debate, qualquer negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio contido no § 6º do art. 195 da Constituição. 4 - Ação direta julgada improcedente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2666**. Rel. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 03 out. 2002, DJ 06 dez. 2002, p. 51, e. 2094-01, p. 177).

¹⁵⁹ Esse entendimento não está isento de críticas, como demonstram os próprios votos dos Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello (vide MS n. 22.503) e, doutrinariamente: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op. cit., p. 57; RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade...** Op. cit., p. 64, nota 185, *in fine* e **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.158-161; SILVA FILHO, Derly Barreto. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2003; NEGRI, André del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2003; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. **O controle jurisdicional do processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Legística estão disciplinadas em *lei complementar*, editada em cumprimento a *norma constitucional*, não se tratando, assim, de descumprimento de meros atos internos do Parlamento.

Como se sabe, os atos normativos não veiculam meras recomendações ou sugestões; as normas não são, como bem evidencia Hans Kelsen, instruções ou ensinamentos:

As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder e competência. Em todo o caso, não são — como, por vezes, identificando Direito com ciência jurídica, se afirma — instruções (ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência — não “ensina” nada.¹⁶⁰

Em consonância com esse entendimento, a lição de Elival da Silva Ramos, para quem:

Se a lei é ato veiculador de normas jurídicas, não se pode pretender que constitua lei a manifestação de vontade de centro de irradiação normativa acolhido pelo ordenamento, que não tenha como objeto diretivos vinculantes, quer dotados de generalidade ou não.¹⁶¹

Acrescenta, assim, que um normativo sem natureza imperativa seria lei inexistente.¹⁶² O próprio conceito de norma jurídica está ligado à ideia de sanção, tendo Norberto Bobbio, com propriedade, definido norma jurídica como a norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”.¹⁶³ Não se pode admitir, portanto, que a LC 95/98 seja despida de sanção, pois essa conclusão voltar-se-ia contra a própria força normativa da Constituição, fundamento de validade da LC 95/98, que, por sua vez, dá concretude à norma constitucional inscrita no parágrafo único do artigo 59. Segundo Konrad Hesse, a “força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade*

¹⁶⁰ Kelsen, Hans. **Teoria pura...** Op. cit., p. 80.

¹⁶¹ Ramos, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** Op. cit., p. 27.

¹⁶² “Assim, um ato emanado dos órgãos ou do órgão legislativo que contivesse, embora sob a forma usual de legislação (instrumento público composto por disposições articuladas), somente recomendações ou sugestões de caráter não-imperativo, seria lei inexistente.” Ibidem.

¹⁶³ Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, p. 42.

atual dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição”.¹⁶⁴ É, portanto, dever do Poder Judiciário aplicar a LC 95/98, dando efetividade à norma constitucional que a prevê.

O Supremo Tribunal Federal possui precedente ressaltando que não só a ofensa à Constituição praticada no curso do processo legislativo, mas também aquela que atinge a *lei* permite a análise da questão pelo Poder Judiciário.¹⁶⁵ Em episódio mais recente, no qual foi alçada à Suprema Corte, especificamente, a questão de violação de preceitos da LC 95/98 durante o processo legislativo, o Ministro Luiz Fux reconheceu a possibilidade de análise de ilegalidade praticada no curso do processo legislativo, embora tenha entendido, no caso em exame, que ela não ocorrera. Veja-se o teor da decisão:

DECISÃO: Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado por Deputado Federal em face de uma suposta ilegal e também inconstitucional tramitação, no Congresso Nacional, da Medida Provisória de nº 521, editada em 31 de dezembro de 2010, pelo então presidente Luis Inácio Lula da Silva. O Impetrante sustenta, com pedido de liminar, em síntese, que o processo legislativo constitucionalmente previsto e esmiuçado pela Lei Complementar nº 95/1998, teria sido desrespeitado, porquanto a MP nº 521 teria versado temas desconexos e ofendido o disposto no art. 7º da referida norma complementar; *verbis*: Passo a apreciar o pleito de liminar formulado na exordial. 1) O parágrafo único do artigo 59 da Constituição prescreve que lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Por essa razão, a LC nº 95 foi editada e estipulou, no parágrafo único de seu artigo 1º, que seu âmbito de incidência se estende às Medidas Provisórias. 2) Por seu turno, o artigo 7º inciso I da referida norma complementar predica que “excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto”. Em complementação, o inciso II do mesmo artigo prescreve que “a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”. 3) Quanto à ilegalidade deflagrada pela MP nº 521, cumpre destacar que as matérias nela contidas não se apresentam como completamente desconexas, tal como proposto na peça vestibular, por isso que, de um lado, prevê a remuneração e o regime jurídico aplicável aos médicos-residentes, e de outro, a

¹⁶⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 49 (destaques no original).

¹⁶⁵ “Sustentação oral. Princípio da ampla defesa. Art. 5., LV, da Constituição Federal. Art. 131, par-2., do R.I.S.T.F.. Suspensão de Segurança. Agravo regimental: matéria deste. Tramitação de emenda constitucional. Questão “interna corporis” do Poder Legislativo. Princípio da independência e harmonia dos Poderes. 1. [...] 2. *A tramitação de Emenda Constitucional, no âmbito do Poder Legislativo, é matéria ‘interna corporis’, insuscetível de controle judicial, salvo em caso de ofensa a Constituição ou a lei.* Exceto nessas hipóteses, a interferência não é tolerada pelo princípio da independência e da harmonia entre os Poderes. 3. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n. 327**. Rel. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 01 jul. 1991, DJ 05 jun. 1992, p. 8427, e. 1664-01, p. 106, RTJ 137-03, p. 1053, grifos e destaques nossos).

prorrogação de gratificações a agentes requisitados pela Advocacia-Geral da União. Os temas não são distantes, eis que cuidam de questões afetas à retribuição de agentes públicos, quais sejam os médicos residentes e os servidores lotados na AGU. *Não se entrevê, assim, ofensa ao propósito da Lei Complementar nº 95, qual o de evitar a edição de atos legislativos com caudas introduzidas no apagar das luzes e sobre temas completamente distintos entre si.* Ao revés, há, no caso dos autos, um liame entre os temas veiculados na MP nº 521, comandos que, na sua essência, buscam detalhar questões afetas a agentes públicos federais. 4) Sob outro enfoque, merece percutido que o eventual deferimento da liminar pretendida nos autos acabaria por tão-somente provocar transtornos desnecessários às atividades regulares do Poder Executivo que teria de, no dia seguinte ao da intimação acerca do provimento judicial, editar uma nova Medida Provisória com o mesmo teor. Em razão do acima exposto, INDEFIRO a liminar pretendida. [...].¹⁶⁶

Dessa forma, conclui-se, em síntese, que: (i) a LC 95/98 é um ato normativo — e não um mero conselho ou admoestação — e, enquanto tal, *dotada de sanção*; (ii) o seu destinatário imediato é o *legislador*; (iii) e seu âmbito de aplicação o *processo legislativo*. Caso o legislador descumpra os termos da LC 95/98 no curso do processo legislativo, pratica *ato ilícito*, que poderá ser levado ao conhecimento do Poder Judiciário. Uma vez provocado, não é facultado ao Poder Judiciário deixar de apreciar a lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5º, XXXV), tendo o *dever* de anular o processo legislativo a partir do momento em que se materializou o descumprimento da LC 95/98.

Duas questões sobre esse tema ainda precisam ser examinadas: em que momento se configura a violação à LC 95/98 apta a entreabrir a via jurisdicional; e quem são os legitimados para levar a questão ao Poder Judiciário.

Como verificado anteriormente (item 3.7.2, *supra*), são as Comissões de Constituição e Justiça os órgãos parlamentares encarregados de examinar os aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnica legislativa das proposições legislativas. Possuem esses órgãos colegiados o poder de seccionar projetos que tratem de matérias sem conexão entre si, de corrigir imperfeições internas como vagueza,

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 30495**. Rel. Luiz Fux, j. 10 maio 2011, DJe 88, d. 11 maio 2011, p. 12 maio 2011 (grifos nossos). Em sentido contrário, aplicando a teoria dos atos *interna corporis* de forma, em nosso sentir, equivocada, à hipótese de violação da LC 95/98, veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 31444**. Rel. Rosa Weber, j. 25 jun. 2012, DJe 126, d. 27 jun. 2012, p. 28 jun. 2012. O *writ* buscava obstar o andamento da proposição, Medida Provisória n. 559/2012, em virtude de recebido emendas cujo teor refugia completamente ao assunto inicialmente tratado na MP. Veja-se, acerca do tema, os comentários no capítulo 7, *infra*, dedicado à análise de questões práticas.

contradições, falta de clareza etc. e, em última instância, as CCJs podem proferir parecer pela rejeição da proposição.¹⁶⁷

Eventual vício decorrente de violação da LC 95/98 deve ser corrigido, necessariamente, na Comissão de Constituição e Justiça. Para essa finalidade, deverá a comissão sugerir as alterações necessárias no projeto, a fim de que se adeque às regras de boa conformação legislativa previstas na legislação complementar. Caso não o faça, permitindo que o projeto siga o trâmite legislativo sem a correção das imperfeições, materializa-se o direito público subjetivo dos demais parlamentares e, eventualmente, das minorias, de exigir o cumprimento das regras de Legística.

Entendemos, assim, que somente após a análise da proposição pela Comissão de Constituição e Justiça, ao emitir *parecer* favorável ao projeto eivado de máculas por desrespeito à LC 95/98, surge o interesse processual para levar a questão à análise do Poder Judiciário, pois até esse momento havia expectativa de correção das imperfeições através de instrumentos internos do processo legislativo, no âmbito do Parlamento.

A ação constitucionalmente prevista para a proteção do direito líquido e certo — no caso o direito ao processo legislativo realizado com respeito à Constituição e às leis (em particular a LC 95/98) — é o mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX). A autoridade coatora para fins de mandado de segurança, nessa hipótese, deve ser o Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, agente competente para recolocar o projeto em votação caso venha a ser anulado o parecer anteriormente proferido. Alternativamente, pode-se entender que a autoridade coatora seja a Mesa Diretora da Casa Legislativa, pois é o órgão incumbido da direção dos trabalhos legislativos.¹⁶⁸

É possível, outrossim, que a Comissão de Constituição e Justiça emita parecer terminativo contrário ao projeto (RI da Câmara dos Deputados, art. 54, I) e o Plenário, em

¹⁶⁷ Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 57, IV.

¹⁶⁸ RICD: “Art. 14. À Mesa, na qualidade de Comissão Diretora, incumbe a direção dos trabalhos legislativos e dos serviços administrativos da Câmara. [...] Art. 15. À Mesa compete, dentre outras atribuições estabelecidas em lei, neste Regimento ou por resolução da Câmara, ou delas implicitamente resultantes: I - dirigir todos os serviços da Casa durante as sessões legislativas e nos seus interregnos e tomar as providências necessárias à regularidade dos trabalhos legislativos, ressalvada a competência da Comissão Representativa do Congresso Nacional; [...]”

sede recursal e contrariando o parecer, dê seguimento à proposição (RI da Câmara dos Deputados, art. 145, § 3º). Nesse caso, a própria deliberação do Plenário constituir-se-á no ato coator, eivado de ilegalidade e abuso de poder, devendo figurar como autoridade coatora a Mesa Diretora da Casa Legislativa.

Em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,¹⁶⁹ entendemos que *os parlamentares* com assento na Casa Legislativa onde tramita o projeto têm legitimidade para levar ao Poder Judiciário a análise da ocorrência de ilegalidade decorrente da violação à LC 95/98. De fato, a questão será discutida no curso do processo legislativo, com a finalidade de evitar que a proposição eivada de ilegalidade seja convertida em lei. Nesse momento, os parlamentares, em virtude de serem os únicos habilitados a participar do processo legislativo, têm legitimidade e interesse processual para questionar o trâmite legislativo, com a finalidade de assegurar que seja feito em observância à Constituição e à lei.

Entendemos estar igualmente presente a legitimidade do partido político com representação na Casa Legislativa em que tramita a proposição para a propositura de mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, “a”). Resguardam-se, dessa forma, as minorias parlamentares, indispensáveis ao funcionamento da democracia.

Por fim, não seria desarrazoado imaginar a existência de proposição dotada de vício de tal gravidade a ponto de entreabrir a via de arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º, regulamentada pela Lei n. 9.882/1999), desde que inexistisse outro meio hábil a resguardar, com equivalente eficácia, o direito vulnerado — respeitando-se, assim, a natureza subsidiária desse instrumento constitucional.¹⁷⁰ Por meio dessa ação, entreabrir-se-ia a legitimidade para o questionamento da lisura do processo legislativo a não parlamentares.

São, portanto, essas as formas de controle preventivo de legalidade com fundamento na LC 95/98.

¹⁶⁹ Vide notas 158 e ss, *supra*.

¹⁷⁰ Sobre o princípio da subsidiariedade da ADPF, vide: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato de constitucionalidade**: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172-183.

3.8 A Lei Complementar federal n. 95, de 26 de fevereiro de 1998: análise de seus dispositivos

3.8.1 Breve histórico

Apenas após o transcurso de quase dez anos da promulgação da Constituição foi editada a norma prevista no parágrafo único do artigo 59, destinada a fornecer as regras de boa conformação da legislação. Trata-se da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998 (LC 95/98). Natália de Miranda Freire traz o histórico do projeto de lei que deu origem à norma em apreço:

Em 27 de junho de 1989, o Deputado Koyu Iha apresentou à Câmara dos Deputados projeto de lei complementar, que tomou o n. 123/89, com a seguinte ementa: “Disciplina a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, nos termos do parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal.”

A tramitação do projeto, processada em dois turnos, por força do disposto no art. 148 do Regimento Interno da Câmara, foi excessivamente morosa, em razão de incidentes como: arquivamento no final da legislatura; desarquivamento no início da legislatura seguinte; sucessiva distribuição a novos Relatores, apensamento de outras proposições àquela; retirada de pauta, de ofício; aditamento de votação, de ofício, em face do encerramento da sessão, ou por falta de quórum.

Após sua aprovação em primeiro turno e encerrada sua discussão em segundo turno, foi declarada sua aprovação, na Câmara, nos termos do art. 149, inciso II, do Regimento Interno, por não ter sido oferecida emenda no seu texto.

Em 28 de março de 1995, foi ele encaminhado à revisão do Senado Federal.¹⁷¹

No Senado Federal, o projeto oriundo da Câmara dos Deputados (PLC n. 41, de 1995) tramitou em conjunto com outros dois projetos do Senado, (n. 123 e n. 149), ambos de 1995, de autoria, respectivamente, dos Senadores Edison Lobão e Teotônio Vilela Filho, e foi objeto de parecer de autoria do Senador Lúcio Alcântara, cujo conteúdo indica as proposições legislativas apresentadas no Senado e na Câmara dos Deputados que tratavam de matéria semelhante àquela ali disciplinada¹⁷²:

a) o Projeto de Lei n. 54, de 1967, de autoria do Deputado Levy Tavares;

¹⁷¹ FREIRE, Natália de Miranda. **Técnica e processo legislativo**: comentários à Lei Complementar n. 95/98, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 107/01. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 63.

¹⁷² Histórico mencionado por Natália de Miranda Freire: Ibidem, p. 64.

- b) o Projeto de Lei Complementar n. 68, de 1970, e o Projeto de Lei Complementar n. 1, de 1971, de autoria do Deputado Henrique Turner;
- c) o Projeto de Lei Complementar n. 83, de 1986, do Deputado Cunha Bueno;
- d) os Projetos de Lei Complementar ns. 130, de 1983, e 9, de 1991, do então Senador Marco Maciel (este último apresentado pelo Senador Edison Lobão, sob o n. 123, de 1995, e objeto do parecer);
- e) o Projeto de Lei n. 151, de autoria do então Senador Fernando Henrique Cardoso (reapresentado pelo Senador Teotônio Vilela Filho, sob o n. 149, de 1995 — Complementar, e também objeto do parecer);
- f) o Projeto de Lei Complementar n. 29, de 1988, de autoria do próprio Relator, quando ainda membro da Câmara dos Deputados, e a respeito do qual ele assim se manifesta: “[...] tínhamos pressa em assegurar imediata efetividade ao parágrafo único do art. 59 da então novel Constituição, já que fora de nossa autoria a emenda que deu origem àquele preceito constitucional.”¹⁷³

Por fim, o Relator opinou, em seu voto, pela reunião dos três projetos em um só e pela aprovação do PLC n. 41/95, na forma do substitutivo apresentado, e pela declaração de prejudicialidade dos PLS n. 123/95 e 149/95.¹⁷⁴

Esclarece, ainda, Miranda Freire, que o substitutivo do Senado foi aprovado, em turno suplementar, e devolvido à Câmara dos Deputados, onde recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Redação (CCJR) e, afinal, foi, também por aquela Casa, aprovado.¹⁷⁵

O artigo 2º e seu parágrafo primeiro, que previam uma numeração específica para as leis de conteúdo normativo e de caráter geral (*caput*), bem como as de efeito concreto, de conteúdo restrito e de vigência temporária (§ 1º), foram objeto de veto do Presidente da República, que foi mantido pela Comissão Mista de Deputados e Senadores, incumbida de analisá-lo.¹⁷⁶

Após essa rápida incursão sobre o histórico da LC 95/98, passaremos a examinar o seu conteúdo, mediante breve análise de cada um de seus quatro capítulos.

¹⁷³ FREIRE, Natália de Miranda. **Técnica e processo legislativo...** Op. cit., p. 65-66.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 67.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 70.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 72.

3.8.2 Delimitação do âmbito material de aplicação da LC 95/98: Capítulo I – disposições preliminares

O primeiro artigo de uma lei possui significativo relevo, pois delimita o seu âmbito material, isto é, a matéria tratada por aquele diploma normativo. Em atenção ao previsto no artigo 7º da LC 95/98, o objeto da lei não poderá estender-se a outros assuntos que não guardem relação de afinidade, pertinência ou conexão com o tema principal. Essa regra, de suma importância para permitir o conhecimento da lei pelos seus destinatários e, portanto, para propiciar segurança jurídica, muitas vezes não é observada, impedindo que se tenha uma ideal compreensão do objeto das leis, de modo a confundir o aplicador do direito e os seus destinatários.

Por ironia, a própria LC 95/98 possui dois dispositivos que não guardam pertinência com o seu objeto (§ 1º do art. 8º, e art. 18), como procuraremos demonstrar a seguir.

Dispõe o parágrafo único do artigo 1º que as disposições da LC 95/98 se aplicam às medidas provisórias e demais atos normativos previstos no artigo 59 da Constituição Federal e, ainda, no que couber, aos decretos e demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo. É, portanto, uma norma instrumental para a confecção de *todas as demais espécies normativas*, inclusive as emendas constitucionais.

De fato, as emendas constitucionais estão sujeitas a limitações tanto de natureza formal como material. As primeiras dizem respeito a questões procedimentais, circunstanciais ou temporais e as segundas a certas matérias às quais a Constituição confere maior estabilidade, conhecidas como cláusulas pétreas.¹⁷⁷ Devem, outrossim, observar os termos da LC 95/98 no tocante à sua estruturação interna, quanto aos critérios de clareza, precisão e ordem lógica (LC 95/98, art. 11). Estão sujeitas, igualmente, às determinações da LC 95/98 quanto à cláusula de vigência (art. 8º), de revogação (art. 9º) e aos critérios de articulação (art. 10).

¹⁷⁷ Sobre o tema: SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 79-112; RAMOS, Elival da Silva. **A proteção dos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219 *et seq.*; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder Constituinte**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107-122; e SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65-68.

A prática legislativa brasileira não costuma observar, no tocante às emendas constitucionais, a regra contida no artigo 7º, no sentido de que cada lei trate de um único objeto (inc. I). Como as emendas constitucionais são alterações da própria Constituição — que, em seu conjunto, trata de assuntos variados —, a exigência de homogeneidade temática não possuiria, em relação a elas, a mesma importância que ostenta em relação às leis. Nesse sentido, a Constituição assemelha-se mais às codificações, que são expressamente excluídas da exigência de homogeneidade temática, pelo próprio inciso I do artigo 7º da LC 95/98. Apesar disso, a veiculação de proposta de emendas à Constituição com temas únicos traria inegáveis benefícios, facilitando a análise e discussão da matéria no curso do processo legislativo e o conhecimento e compreensão, pelos intérpretes e aplicadores da lei, bem como pelos cidadãos, das emendas aprovadas.

Assim, também em sede de emendas à Constituição seria recomendável a observância das regras do artigo 7º da LC 95/98, embora, nesse caso, não se trate de preceito obrigatório.

As regras referentes à numeração das leis são também tratadas nesse capítulo introdutório (art. 2º) e devem ser observadas por todas as espécies legislativas.

No tocante às emendas à Constituição Federal, a sua numeração foi iniciada a partir da promulgação da Constituição (art. 2º, inc. I) e, quanto às leis complementares, às leis ordinárias e às leis delegadas, a sua numeração sequencial será feita em continuidade às séries iniciadas em 1946 (art. 2º, inc. II).

3.8.3 Técnicas de elaboração, redação e alteração de leis: Capítulo II

O Capítulo II dispõe sobre as técnicas de elaboração, redação e alteração das leis.

A Seção I trata da *estruturação* das leis. Nesse sentido, dispõe o artigo 3º que a lei será estruturada em três divisões principais, a *parte preliminar*, a *parte normativa* e a *parte final*:

I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o

enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;

II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada;

III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.

Os artigos 4º, 5º e 6º tratam, respectivamente, da epígrafe,¹⁷⁸ da ementa¹⁷⁹ e do preâmbulo,¹⁸⁰ dispondo, portanto, acerca das matérias enunciadas no início do inciso I do artigo 3º.

A *parte preliminar* do ato normativo divide-se, assim, em três elementos: a epígrafe, a ementa e o preâmbulo:

- i. na epígrafe, indicam-se a *espécie normativa*, o seu *respectivo número* e o seu *ano de promulgação*;
- ii. na ementa, deve ficar explicitado, de modo conciso, em caracteres que a realcem e sob a forma de título, o *objeto da lei*;
- iii. por fim, o preâmbulo indicará o *órgão ou instituição competente para a prática do ato* e a sua *base legal*.

Segundo o magistério Hésio Fernandes Pinheiro:

É por meio da epígrafe que se qualifica ou situa um ato na hierarquia da ordem legislativa e se localiza no tempo. Serve, igualmente, para distinguir uns atos dos outros e para tornar conhecido o seu alcance, segundo a denominação que se lhes dá: **alvará, carta régia, lei, decreto-lei** (recentemente), **etc.**¹⁸¹

Hilda de Souza esclarece que a *epígrafe*, “que se constitui da especificação normativa — emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, etc. —, do número de

¹⁷⁸ “Art. 4º - A epígrafe, grafada em caracteres maiúsculos, propiciará identificação numérica singular à lei e será formada pelo título designativo da espécie normativa, pelo número respectivo e pelo ano de promulgação.”

¹⁷⁹ “Art. 5º - A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.”

¹⁸⁰ “Art. 6º - O preâmbulo indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal.”

¹⁸¹ PINHEIRO, Hésio Fernandes. Op. cit., p. 24.

ordem da mesma e do ano de sua promulgação, deverá ser grafada em caracteres maiúsculos”.¹⁸²

Já a *ementa* constitui-se de um “resumo do objeto da lei e funcionalmente é o título da mesma, devendo ser grafada de modo a realçar e facilitar o conhecimento sintético do objeto da lei”.¹⁸³

Segundo Pinheiro, o objetivo da ementa, também conhecida como rubrica, “é o de permitir, em um simples golpe de vista, o conhecimento do conteúdo do ato consultado, tornando, por outro lado, fácil e imediata a sua identificação.”¹⁸⁴

Carlos Maximiliano enfoca os méritos da ementa para o conhecimento da lei, mas expõe, igualmente, suas deficiências, no que tange à sua exegese:

o título ajuda a deduzir os motivos e o objeto da norma; presta, em alguns casos, relevantes serviços à exegese; auxilia muito a memória; é fácil de reter, e por ela se chega à lembrança das regras a que se refere; porém oferece um critério inseguro; o argumento a **rubrica** é de ordem subsidiária; vale menos do que os outros elementos de Hermenêutica, os quais se aplicam diretamente ao texto em sua íntegra.¹⁸⁵

Por fim, o *preâmbulo* consiste na “indicação de quem praticou a edição do ato normativo e indicará também a base legal da competência para praticá-lo”.¹⁸⁶

São, como se pode facilmente perceber, elementos fundamentais para o conhecimento e identificação dos atos normativos, bem como para conferir aos cidadãos a possibilidade de reconhecer com facilidade a matéria tratada pela lei, o órgão regulamentador e seu fundamento constitucional ou legal.

¹⁸² SOUZA, Hilda de. Op. cit., p. 57.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ PINHEIRO, Hésio Fernandes. Op. cit., p. 34.

¹⁸⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 266.

¹⁸⁶ Ibidem.

a) Dever de homogeneidade temática

O artigo 7º, voltado a disciplinar a parte final do inciso I do artigo 3º, dispõe que “o primeiro artigo do texto indicará o *objeto* da lei e o respectivo *âmbito de aplicação*, observados os seguintes princípios”:

- I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;
- II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;
- III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;
- IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Verifica-se, portanto, que *cada lei deve tratar de um único objeto* — exceção feita às codificações e às emendas à Constituição, como mencionado acima (item 3.8.2) —, ao qual apenas poderão ser acrescidas matérias que possuam *vínculo de afinidade, pertinência ou conexão*.

Segundo o Dicionário Houaiss: “afinidade” é a identidade ou o ponto ou série de pontos comuns entre duas coisas da mesma espécie (doutrina, tese, teoria); “pertinência” refere-se àquilo que concerne a um assunto; “conexão”, por fim, exprime uma relação lógica ou causal, nexos, coerência. Portanto, os assuntos ou temas a serem objeto de legislação devem estar vinculados por relação de afinidade, pertinência ou conexão; caso contrário, não poderão ser veiculados em uma única lei.

Por outro lado, o *âmbito de aplicação da norma* deve ser *claramente estabelecido, não se admitindo que o mesmo assunto seja disciplinado por mais de uma lei, a não ser que a subsequente destine-se a complementar a lei anterior, de natureza básica*. Desse dispositivo extrai-se um evidente *dever de homogeneidade temática*, a obrigar o legislador a tratar de apenas um tema em cada lei, o que é corroborado pelo próprio texto constitucional, do qual se extrai expressamente a mesma regra em relação a temas específicos, como a tributação e o orçamento — artigos 150, § 6º, e 165, § 8º, a serem analisados adiante (vide item 6.2.1, *infra*).

O dever de homogeneidade temática é um desdobramento do princípio da segurança jurídica, a exigir que as leis sejam facilmente conhecidas e compreendidas (cognoscíveis) pelos seus destinatários, como procuraremos abordar adiante (vide item 6.2.2.2, *infra*).

Infelizmente, a prática legislativa brasileira demonstra que essa regra de boa conformação legislativa é desrespeitada com frequência. Quanto às consequências da desatenção ao dever de homogeneidade, inclusive no que toca à inconstitucionalidade da norma, veja-se o tópico referente à prática do controle envolvendo questões práticas de Legística (item 7.1, *infra*).

b) Cláusula de vigência

Continuando a análise dos dispositivos da LC 95/98, pode-se notar que o seu artigo 8º trata da *vigência* das leis, que deve ser indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, evitando-se a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação”, que deverá ser utilizada apenas nas leis de “pequena repercussão”.

c) Cláusula de revogação

A *cláusula de revogação*, por sua vez, deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas, conforme previsto no artigo 9º da LC 95/98.¹⁸⁷ Dispositivo esse, desde logo há que se notar, nem sempre fácil de ser cumprido, dada a intrincada teia legislativa, a demandar pesquisas refinadas a serem realizadas por órgãos técnico-jurídicos, por advogados especialistas nessa matéria, do Poder Legislativo ou do Executivo (no caso de a lei ter nesse último a sua origem).

Caberia cogitar se o dispositivo da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro¹⁸⁸

¹⁸⁷ “Art. 9º - A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001). Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)”.

¹⁸⁸ Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, cuja ementa foi alterada pela Lei n. 12.376, de 2010, conferindo-lhe a referida nomenclatura, em substituição à tradicional e conhecida “Lei de Introdução ao Código Civil”.

(LIDB) que prevê a cláusula geral de revogação, quando a lei posterior for incompatível com a anterior ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava,¹⁸⁹ teria sido revogado pelo artigo 9º da LC 95/98.

A interpretação conjunta desses dispositivos poderia, em princípio, causar alguma perplexidade, pois o § 1º da LIDB prevê três formas de revogação da lei, nas hipóteses de a lei posterior: (i) expressamente o declarar; (ii) ser com ela incompatível; ou (iii) regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. A LC 95/98, por sua vez, determina em seu artigo 9º que a cláusula de revogação deve enumerar expressamente as leis ou disposições legais revogadas. Poder-se-ia, a partir daí concluir que a LC 95/98 teria suprimido as duas últimas formas de revogação previstas no § 1º do artigo 2º da LIDB em decorrência de ser incompatível com esse dispositivo?

Entendemos *não* ter havido supressão dessas formas de revogação, que permanecem hígidas.

De fato, como demonstrado, a LC 95/98 é norma destinada a regular a confecção das leis, dirigida imediatamente ao *legislador*. Seu âmbito de aplicação é, em princípio e essencialmente, *o processo legislativo* (nesse sentido, veja-se o item 3.6, *supra*). Assim, no momento da elaboração da lei, a boa técnica legislativa indica que a cláusula de revogação mencione expressamente os dispositivos revogados.

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, por sua vez, *é voltada aos aplicadores e intérpretes do Direito e aos destinatários das leis, estabelece parâmetros para solucionar conflitos aparentes entre normas e evidenciar, como esclarece Maria Helena Diniz, a sua “vigência e eficácia, suas dimensões espaciotemporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão”*.¹⁹⁰

¹⁸⁹ “Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (Vide Lei nº 3.991, de 1961) (Vide Lei n. 5.144, de 1966). § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. [...]”

¹⁹⁰ “A Lei de Introdução é uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito (*‘ein Recht der Rechtsordnung’*, *‘Recht ueber Recht’* *Uberrecht*, *‘surdroit’* *‘jus supra jura’*), um superdireito, um direito coordenador do direito. Não rege as relações da vida, mas sim *as normas*, uma vez que *indica como interpretá-las ou aplicá-las*, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas

Não há antinomia¹⁹¹ entre essas normas, pois possuem campos materiais e pessoais de validade distintos¹⁹²: a LC 95/98 *destina-se a regular a elaboração das leis (atividade do legislador), no curso do processo legislativo*; a LIDB é norma voltada aos aplicadores, aos intérpretes e a todos aos destinatários das leis, tem o propósito de resolver aparentes conflitos normativos, harmonizar o ordenamento e elucidar questões relativas à eficácia das leis.

Embora a LC 95/98 determine que a cláusula de revogação seja expressa, se a proposição legislativa não a preveja e essa imperfeição não seja corrigida no curso do processo legislativo, vindo a lei, afinal, a ser aprovada, isso não impedirá que, caso seja incompatível ou regule inteiramente o assunto tratado em leis anteriores, *revogue-as, efetivamente, por força da regra geral prevista no § 1º do artigo 2º da LIDB*.¹⁹³

No caso de aprovação de proposição legislativa sem cláusula expressa de revogação, entendemos que essa imperfeição *não tem*, em princípio, *o condão de causar a inconstitucionalidade da lei* afinal aprovada. A ausência de cláusula expressa de revogação não acarreta, de modo geral, significativa insegurança jurídica, pois os aplicadores do Direito já estão acostumados a fazer o cotejo entre normas para aquilatar quais estão em vigor e quais foram revogadas, com fundamento nas regras gerais previstas, como

dimensões espaciotemporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão. Como se vê, engloba não só o direito civil, mas também diversos ramos do direito privado e público, notadamente a seara do direito internacional privado. A Lei de Introdução é o Estatuto de Direito Internacional Privado; é uma norma cogente brasileira, por determinação legislativa da soberania nacional, aplicável a todas as leis.” DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22 (grifos nossos).

¹⁹¹ Norberto Bobbio define a antinomia jurídica como a: “situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e com o mesmo âmbito de validade.” BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 93.

¹⁹² De fato, para a ocorrência da antinomia, as duas leis dever possuir o mesmo âmbito de validade, como assevera Bobbio: “As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: *temporal, espacial, pessoal, material*. Não constituem antinomia duas normas que não coincidam a respeito de: a) validade temporal: ‘É proibido fumar das cinco às sete’ não é incompatível com ‘É permitido fumar das sete às nove’; b) validade espacial: ‘É proibido fumar na sala cinematográfica’ não é incompatível com ‘É permitido fumar na sala de espera’; c) validade pessoal: ‘É proibido aos menores de 18 anos fumar’ não é incompatível com ‘É permitido aos adultos fumar’; d) validade material: ‘É proibido fumar charutos’ não é incompatível com ‘É permitido fumar cigarros’.” BOBBIO, Norberto. Op. cit.

¹⁹³ “Ainda que a nova lei não mencione expressamente a lei revogada (LC 95/98 9º, *caput*), há revogação tácita quando a norma anterior for incompatível com a lei nova ou quanto a lei nova regular inteiramente a matéria que tratava a lei anterior.” NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 6. ed., São Paulo: RT, 200, p. 144.

mencionado, na LIDB.

Talvez maior insegurança decorresse do questionamento da validade de lei que não tivesse em seu texto cláusula revocatória expressa. A possibilidade de esse defeito poder causar a inconstitucionalidade da lei acabaria por gerar, por si só, insegurança, confrontando-se, assim, com o objetivo que se pretende alcançar com o cumprimento da LC 95/98, que é, justamente, a busca da segurança jurídica. Portanto, via de regra, excepcionando-se apenas eventuais situações extremas em que se possa comprovar que a ausência da cláusula expressa de revogação causa uma grave insegurança jurídica (vide, sobre a inconstitucionalidade finalística, os comentários contidos no item 4.2.3 e no capítulo 6, *infra*), não é possível cogitar de inconstitucionalidade em decorrência de a lei não indicar expressamente os diplomas normativos por ela revogados.

Por fim, ainda quanto ao assunto da revogação, cabe lembrar a total impropriedade da costumeira expressão: “esta lei entra em vigor na data de sua publicação, *revogando-se as disposições em contrário*.”

Um dispositivo assim redigido padeceria de três imperfeições, a contrariar diretamente preceitos da LC 95/98: (i) veicula mais de um assunto ou princípio em um só artigo (cláusulas de vigência e de revogação) ao invés de restringir o seu conteúdo a uma única matéria (art. 11, II, “b”); (ii) possui cláusula de vigência genérica, ao invés de ser indicada de forma expressa, a contemplar um prazo razoável para que se tenha amplo conhecimento da lei (art. 8º, *caput*); e (iii) possui cláusula de revogação igualmente genérica, não enumerando expressamente as leis ou disposições legais revogadas (art. 9º, *caput*). Tal formulação é, portanto, absolutamente desaconselhável.

d) Articulação das leis

A Seção II do Capítulo II da lei dispõe acerca da “Articulação e da Redação das Leis”.

No artigo 10, a articulação das leis é disciplinada: a unidade básica de articulação

será o artigo (indicado pela abreviatura “Art.” — contrariamente, no Estado de São Paulo, v. g., não se abreviam os artigos¹⁹⁴), seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste (inc. I); os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos (representados pelo sinal gráfico “§”, seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão “parágrafo único” por extenso) ou em incisos (que serão representados em algarismos romanos); os parágrafos em incisos,¹⁹⁵ os incisos em alíneas (expressas em letras minúsculas) e as alíneas em itens (representados em algarismos arábicos), tudo conforme previsto nos incisos II a IV do artigo 10, que também dispõe acerca do agrupamento de artigos em subseções, destas em seções que, por sua vez, se agrupam em capítulos, estes em títulos, os títulos em livros e estes, por fim, em partes (inc. V); além disso, disciplina-se, também, a forma de grafia e identificação dessas subdivisões (inc. VI, VII e VIII).¹⁹⁶

e) Redação das leis

Quanto ao conteúdo do texto normativo, a LC 95/98 traz regras para três requisitos fundamentais que devem conter as normas legais. Assim, o artigo 11 determina que as leis devem ser redigidas com *clareza, precisão e ordem lógica*.

Para a obtenção de *clareza*, devem ser observadas as seguintes orientações (art. 11, I):

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo,

¹⁹⁴ Lei Complementar estadual n. 863, de 29 de dezembro de 1999, art. 7º.

¹⁹⁵ No Estado de São Paulo, os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou incisos; os parágrafos, em itens, e os incisos e itens, em alíneas, conforme previsto no inciso II, do art. 7º da Lei Complementar n. 863, de 29 de dezembro de 1999.

¹⁹⁶ Em função da autonomia federativa, é possível que essas normas não sejam seguidas *ipsis literis* em todos os Estados-Membros, como acontece no caso de São Paulo onde, como esclarecem Auro Augusto Caliman e Pedro Rubez Jeha: “toda legislação paulista e também a Constituição do Estado de São Paulo não adotam, para os parágrafos, a mesma divisão utilizada na legislação e Constituição federal. Pela legislação federal os ‘parágrafos desdobram-se em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens’ (art. 10, II, da LC 95/98), enquanto que a legislação paulista divide ‘os parágrafos em itens; e os incisos e itens, em alíneas’ (art. 7º, II da LC 863/99). Tem-se aí exemplo de não absorção compulsória, por um Estado-membro, das regras de elaboração legislativa adotadas pela União.” CALIMAN, Auro Augusto; JEHA, Pedro Rubez. Op. cit., p. 178.

- neologismo e adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

Já para a obtenção de *precisão*, a LC 95/98 indica o seguinte (art. 11, II):

- a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
- b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
- c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
- d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;
- e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;
- f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)
- g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões “anterior”, “seguinte” ou equivalentes; (Alínea incluída pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001).

Por fim, para a obtenção de *ordem lógica*, devem ser observadas as seguintes regras (art. 11, III):

- a) reunir sob as categorias de agregação — subseção, seção, capítulo, título e livro — apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;
- b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
- c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
- d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

f) Alteração das leis

A última Seção do Capítulo II (Seção III) trata, em um único artigo, das *regras para a alteração das leis*, que poderá ser feita mediante reprodução integral em novo texto,

quando se tratar de alteração considerável (art. 12, I, a revogação total da lei é conhecida doutrinariamente como *ab rogação*); mediante revogação parcial da lei (art. 12, II), que, doutrinariamente, é conhecida como *derrogação*;¹⁹⁷ e, nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo (art. 12, III).

Neste último caso (substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo), devem ser observadas as seguintes cautelas: não se permite a *renumeração de artigos*, bem como de *unidades superiores a artigos* (referidas no inc. V do art. 10), devendo ser utilizado o mesmo número ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem necessárias para identificar os acréscimos (alínea “b”, com a redação conferida pela Lei Complementar n. 107, de 26 de abril de 2001). Por outro lado:

é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão “revogado”, “vetado”, “declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal”, ou “execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal”.¹⁹⁸

Por fim, “é admissível a reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo, identificando-se o artigo assim modificado por alteração de redação, supressão ou acréscimo com as letras ‘NR’ maiúsculas, entre parênteses, uma única vez ao seu final, obedecidas, quando for o caso, as prescrições da alínea ‘c’.” (alínea “d”, com a redação conferida pela Lei Complementar n. 107, de 26 de abril de 2001).

Informa, ainda, a lei, que o termo “dispositivo”, no campo da redação legislativa, pode ser utilizado para se referir a artigos, parágrafos, incisos, alíneas ou itens (art. 12, parágrafo único).

¹⁹⁷ “As leis apresentam suas cláusulas de revogação. A palavra revogação é genérica, de que são espécies a revogação total ou ab-rogação e a revogação parcial ou derrogação.” CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit., p. 141.

¹⁹⁸ Alínea “c”, com a redação conferida pela Lei Complementar n. 107, de 26 de abril de 2001.

3.8.4 Consolidação das leis: Capítulo III

O Capítulo III da LC 95/98 dispõe acerca da consolidação das leis e de outros atos normativos, não sendo oportuno nos alongarmos no seu exame neste momento.

3.8.5 Disposições finais: Capítulo IV

O quarto e último capítulo, sob a epígrafe de “Disposições Finais”, possui dois artigos, um deles (art. 19) dispondo sobre a *vacatio legis* e a entrada em vigor da lei, e o outro (art. 18) que preceitua o seguinte: “Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento.” Acerca desse dispositivo, teceremos comentários no item seguinte.

3.8.6 Dispositivos cujo teor não se adequa ao campo material de aplicação da LC 95/98 (§ 1º do art. 8º e art. 18)

3.8.6.1 § 1º do artigo 8º

O § 1º do artigo 8º da LC 95/98 foi introduzido pela LC 107/2001 com o seguinte teor:

Art. 8º. [...]

§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001) [...]

A LC 107/2001 decorre de projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo para regulamentar exclusivamente a matéria referente à consolidação das leis, alterando os artigos 13 e 14 da LC 95/98.

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar n. 23, de 1999, foi objeto de substitutivo, que propunha a alteração dos artigos 8º, 9º, 11, 12, 13 e 14 da LC

95/98.¹⁹⁹

O PLC 23-A/99 (substitutivo) foi objeto de emendas de Plenário. A emenda n. 1, apresentada pelo Deputado Arnaldo Madeira, então Líder do Governo, destinava-se a dar ao artigo 8º nova redação, acrescentando-lhe os §§ 1º e 2º. Em seguida, foi apresentada uma subemenda substitutiva global, alterando a redação dos referidos dispositivos, por meio da qual se inseriram os §§ 1º e 2º ao artigo 8º, com a sua atual redação atual. Essa emenda foi aprovada em 02 de agosto de 2000 na Câmara dos Deputados,²⁰⁰ figurando a redação final do PLC n. 23-C, de 1999, às páginas 39.228 e seguintes do Diário da Câmara dos Deputados do dia 03 de agosto de 2000.

O projeto foi, então, encaminhado ao Senado Federal, tendo sido objeto de novo substitutivo (PLC 23-D), com alterações propostas pelo Senador Lúcio Alcântara, de natureza formal, a atingir os artigos 9º, 12, 13 e 14.

Retornando à Câmara, a matéria foi novamente apreciada e objeto de novo substitutivo (PLC 23-E²⁰¹). Este foi, afinal, aprovado, mas não houve alteração da redação dos parágrafos do artigo 8º.

Submetido à sanção presidencial, o projeto sofreu veto parcial, que não atingiu o artigo 8º, aprovando-se a da LC 107/2001, com a sua atual redação.

Após o exame do tortuoso processo legislativo ao qual foi submetida a alteração legislativa e passando à análise do texto, pode se verificar, com clareza, que o § 1º do artigo 8º da LC 95/98 não trata da *confeção de leis* e sim de *sua aplicação*. Evidencia-se, assim, a confusão feita pelo legislador entre a matéria objeto da LC 95/98, prevista em seu artigo 1º — qual seja, a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis —, e as regras de aplicação das leis.

¹⁹⁹ No substitutivo, foi proposta a seguinte redação para o artigo 8º: “Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa, sendo regra geral a entrada em vigor na data da publicação, reservando-se para atos de maior repercussão a fixação de período de vacância, de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento.”

²⁰⁰ Diário da Câmara, 03 ago. 2000, p. 38192

²⁰¹ Diário da Câmara dos Deputados, 04 abr. 2001, pp. 11.296 *et seq.*

A matéria contida no § 1º do artigo 8º da LC 95/98 não se enquadra no âmbito dessa lei, nem a ele se relaciona por afinidade, pertinência ou conexão. De fato, a regra concernente à contagem de prazo para a entrada em vigor das leis é destinada ao intérprete, ao aplicador das leis e a seus próprios destinatários, os cidadãos, que farão uso dela na aplicação prática e efetiva da respectiva lei. Não se trata de norma de Legística, de conformação legislativa, mas de aplicação legislativa, que deveria ter sido incluída na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro,²⁰² que veicula regras de harmonização do ordenamento jurídico aptas a solucionar eventuais conflitos normativos e esclarecer questões sobre a eficácia das leis.

A inclusão da matéria prevista no § 1º do artigo 8º da LC 95/98 em seu texto viola o disposto em seu artigo 7º, pois a lei deve tratar de um único objeto (no caso, a elaboração, redação, alteração e confecção das leis), conforme previsto em seu inc. I, não podendo conter matéria estranha ou não ligada a ele por afinidade, pertinência ou conexão (LC 95/98, art. 7º, inc. II).

Ademais, menciona ainda o inciso III do artigo 7º da LC 95/98 que “o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva”, não havendo dúvida que a Ciência do Direito pode facilmente distinguir a matéria de confecção da lei daquela referente à interpretação e aplicação da lei, tanto que há duas leis distintas tratando desses temas.

Por fim, ressalte-se, ainda, que o inciso IV do artigo 7º da LC 95/98 determina que “o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa”.

Portanto, há uma confusão entre os assuntos tratados na LC 95/98 (destinada ao legislador, para ser usada no processo legislativo) e aqueles referentes à LIDB (voltada ao intérprete, ao aplicador e aos destinatários das leis, com a finalidade de solucionar conflitos, harmonizar o ordenamento jurídico e evidenciar questões ligadas à vigência das leis).

²⁰² Vide item 3.8.3, *supra*.

Essa confusão causa, inegavelmente, um estado de insegurança jurídica, apto a ensejar o reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos intrusos, como será examinado oportunamente (vide capítulo 6, *infra*).

3.8.6.2 Artigo 18

Já o artigo 18 da LC 95/98, como visto, dispõe que eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento.

Esse dispositivo possui redação contraditória em relação ao restante do texto da LC 95/98. Se, por um lado, pretende evidenciar que a simples desatenção aos critérios de Legística contidos nos demais dispositivos da lei não acarreta, necessariamente, a sua inconstitucionalidade, procurando, assim, prestigiar a segurança jurídica — assertiva correta —, contraditoriamente acaba por infringir o devido processo legal e a própria segurança jurídica, pois a observância das regras de Legística expressas ao longo da LC 95/98 têm por finalidade, justamente, preservá-los.

Parte da doutrina nacional se reserva a comentar o referido dispositivo de forma a extrair apenas a conclusão nele textualmente contida, no sentido de que eventuais imperfeições na elaboração da lei não causarão a sua invalidade. Kildare Gonçalves de Carvalho vislumbra na infração à LC 95/98 um vício formal de procedimento legislativo, mas entende que tal vício não acarreta a invalidade da lei aprovada,²⁰³ sendo essa, também, a opinião de Germana de Oliveira Moraes.²⁰⁴

Talvez em virtude do teor de seu artigo 18, a doutrina pátria tenha desenvolvido

²⁰³ “São três, em nosso Direito, os vícios formais de procedimento legislativo: 1.) vícios constitucionais sobre procedimento legislativo; 2) vícios de legalidade, por infração à lei complementar que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis – Lei Complementar n. 95/98; 3) vícios regimentais, por inobservância das normas dos regimentos internos parlamentares. Acentue-se que os vícios por infração às regras de técnica legislativa contidas na Lei Complementar n. 95/98, segundo o disposto em seu art. 18, não acarretam a invalidade da lei, já que a ‘eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento’”. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit., p. 209.

²⁰⁴ “Os vícios por infração às técnicas legislativas contidas na LC 95/98 não acarretam a invalidade da lei (art. 18: ‘eventual ...’”. MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 57.

entendimento no sentido de que a LC 95/98 consubstanciar-se-ia como uma *lei imperfeita*,²⁰⁵ por estar despida de um dos elementos necessários aos atos normativos, qual seja, a *sanção*. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em comentário ao artigo 7º da Lei Complementar nº 95/98 — cujo teor impõe que, como visto, excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto, não sendo permitido que contenha matéria estranha ao seu objeto ou que a ele não se vincule por afinidade, pertinência ou conexão —, pondera:

Lamentavelmente, é esse ponto frequentemente contrariado pela legislação, sem que isto acarrete qualquer consequência, salvo dificuldades para o operador do direito [...]. Com efeito, a jurisprudência considera a referida Lei Complementar n. 95 uma *lex imperfecta*, portanto, sem sanção.²⁰⁶

Não se pode admitir, contudo, que a Lei Complementar n. 95/1998 seja despida de sanção, pois evidentemente não é esse o escopo almejado pela norma constitucional que prevê a sua edição (CF, art. 59, parágrafo único), nem tampouco o sentido do próprio teor dessa lei (acerca desse tema, vide, outrossim, os comentários feitos no item 3.8.5, *infra*).

A necessidade de que as leis sejam veiculadas com clareza, precisão e lógica decorre dos princípios constitucionais do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica, este identificado, entre nós, no conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º). A LC 95/98 apenas materializa normativamente esses princípios no tocante aos critérios de conformação legislativa, motivo pelo qual, se a Constituição impõe a sua obrigatoriedade — e pressupondo-se que não se pretenda esvaziar por completo a normatividade do preceito constitucional —, não pode a lei complementar que os institui asseverar que essa “imperfeição formal” “não constitui

²⁰⁵ Quanto à *intensidade da sanção* ou *autorizamento*, a doutrina classifica as leis em: a) *Mais do que perfeitas*, que estabelecem ou autorizam a aplicação de duas sanções em caso de sua violação; b) *Perfeitas*, quando impõem a nulidade do ato, sem cogitar de aplicação de pena ao violador; c) *Menos que perfeitas*, que não acarretam a nulidade ou anulação do ato ou negócio jurídico, quando violadas, somente impondo ao violador uma sanção; e d) *Imperfeitas*, quando a sua violação não acarreta nenhuma consequência. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34-35. Esclarece, ainda, o autor, no tocante à ausência de sanção que caracteriza as leis imperfeitas, que: “É o que sucede com as obrigações decorrentes de dívidas de jogo e de dívidas prescritas, que não obrigam o pagamento (CC, art. 814). O ordenamento não autoriza o credor a efetuar a sua cobrança em juízo. São consideradas normas *sui generis*, não propriamente jurídicas, ‘pois estas são autorizantes’.” Ibidem, p. 35. E arremata: “O legislador procura, todavia, evitar que sejam violadas. A norma que manda pagar a dívida de jogo, por exemplo, embora não tenha a natureza de norma jurídica, adquire eficácia jurídica quando cumprida. O pagamento dessa dívida é inexigível, mas quem pagar voluntariamente não poderá requerer a restituição do que pagou (CC, art. 882).” Ibidem.

²⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. Op. cit., p. 326.

escusa válida para o [...] descumprimento” da lei assim gestada (LC 95/98, art. 18, *in fine*).

Como bem pontua José Afonso da Silva, as leis complementares não podem, ao complementarem a norma constitucional, “distorcer o sentido do preceito complementado, mudando o sentido da constituição”, pois isso “desbordaria de sua competência, e implicaria verdadeira mutação constitucional”.²⁰⁷ E acrescenta, citando o magistério de J. H. Meirelles Teixeira:

A doutrina não tem dúvida em declarar que absolutamente não é lícito à lei complementar, seja de que tipo for, procurar fixar o sentido ou o alcance duvidoso do texto constitucional, dando-lhe determinada interpretação.

[...]

Qualquer lei que complete o texto constitucional há que limitar-se a desenvolver os princípios traçados no texto. Mas há que desenvolvê-los inteiramente, pois tanto infringe a constituição desbordar de seus princípios e esquemas como atuá-los pela metade. Em ambos os casos ocorre uma deformação constitucional.²⁰⁸

Embora a imperfeição interna da lei não viole normas constitucionais ou regimentais de processo legislativo — as regras de Legística, como visto (vide item 3.3, *infra*), não são normas de processo legislativo —, o desrespeito aos termos da LC 95/98 pode macular o devido processo legal e levar à invalidação do dispositivo por inconstitucionalidade, como ficará demonstrado ao longo do presente estudo (vide *infra*, item 4.2.3, capítulos 5 e 6 e, especialmente, a doutrina estadunidense da nulidade em decorrência de vagueza — item 5.1 —, que decorre, justamente, da violação ao devido processo legal, neste caso em seu caráter procedimental).

O artigo 18 da LC 95/98, por suprema ironia, acaba por ser *um exemplo de dispositivo flagrantemente contraditório em relação ao restante da lei*. Realmente, por definição do artigo 3º, inciso III, da LC 95/98, a *parte final das leis* destina-se a veicular “as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber”.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade...** Op. cit., p. 230.

²⁰⁸ Ibidem, p. 230.

É intrigante saber qual seria a contribuição do artigo 18 da LC 95/98 para a implementação de suas demais normas, na medida em que afirma que “eventual inexactidão formal”, que só pode decorrer de desatenção às demais normas da lei, “não constitui escusa para o [...] descumprimento” da lei aprovada em descompasso com os seus ditames. Soa como um conselho ao legislador: “não se preocupe muito com essa lei de critérios de legislação, pois, afinal, a sua inobservância não afetará o cumprimento da norma a ser aprovada...”.

Nesse sentido, *o artigo 18 da LC 95/98 é evidentemente contraditório com a finalidade da própria lei*, que é a de estabelecer parâmetros obrigatórios para a confecção de leis com qualidade. Embora se admita que o ato legislativo possua diversas finalidades, não se pode avalizar a discrepância frontal entre a finalidade da norma e um de seus dispositivos. Uma norma que tenha por finalidade promover a boa qualidade da lei não pode autorizar o legislador a não observar os critérios por ela própria estabelecidos para atingi-la.²⁰⁹

Por outro lado, a ordem lógica é um dos requisitos para a elaboração das leis. Prevê o artigo 11, inciso I, alínea “a”, da LC 95/98 que:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:
[...]
III - para a obtenção de ordem lógica:
a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; [...].

²⁰⁹ Nesse sentido, posiciona-se Felipe Benedito Viana: “[...] embora o *ato legislativo globalmente considerado* possa ser unidirecional – ou seja, persiga uma única finalidade –, o *conteúdo do ato legislativo* é, em geral, pluridirecional, pois cada norma legal pode possuir sua própria finalidade. Essa mera discrepância entre as finalidades do ato e de suas normas, como visto, é válida e inerente à atividade legislativa, e até conveniente do ponto de vista operativo. Assim, a lei que tem como finalidade a maior satisfação do consumidor contém disposição que isenta o fornecedor de responsabilidade em determinadas hipóteses, disposição essa com a finalidade claramente não coincidente com aquela primeira.” Nesse ponto, cita o art. 14, § 3º, I e II do CDC que dispõe o seguinte: “Art. 14. [...] § 3º. O fornecedor só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. E acrescenta o autor: “O que não pode acontecer é uma *oposição* entre a finalidade do ato e a finalidade da norma, ou seja, uma contradição *in abstracto*, pois isso romperia a sistematicidade do ordenamento. Uma lei que vise estimular a ocupação de certas áreas não pode conter disposições que visem a desestimular a ocupação daquelas mesmas áreas. Tal contradição representaria, ademais, forte ofensa à segurança jurídica.” VIANA, Felipe Benedito. **O controle de constitucionalidade finalístico**. 2010. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 150-151.

O objeto da LC 95/98, como mencionado anteriormente (item 3.6, *supra*), é veicular normas destinadas a auxiliar *o legislador, no curso do processo legislativo*, a produzir leis com qualidade. Nesse sentido, o teor de seu artigo 1º.²¹⁰ Enquanto o objeto da LC 95/98 é disciplinar a *produção legislativa*, o seu artigo 18 trata da *aplicação* e da *observância* das leis, que só podem ocorrer, por critério lógico, após a aprovação e entrada em vigor da lei. O artigo 18 *não se relaciona, portanto, com o objeto principal da lei, que é a conformação legislativa*.

Esse aspecto foi argutamente observado por Natália de Miranda Freire ao reconhecer que a matéria tratada no artigo 18 da LC 95/98 não foi incluída pelo legislador Constituinte (no parágrafo único do art. 59, a demandar lei complementar para a sua regulamentação), no objeto a ela circunscrito, devendo, por isso, ser considerada como matéria de lei ordinária.²¹¹

A inserção do artigo 18 no texto da LC 95/98, da forma como está redigido, consubstancia típico exemplo de inadequada técnica legislativa, por violar o disposto em seu artigo 11, III, “a”, e não se destinar, outrossim, a disciplinar “medidas necessárias à implementação das demais normas da lei”, como seria de se esperar de uma disposição final (art. 3º, III).

Na verdade, saber se “eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular” constitui ou não escusa válida para o seu descumprimento *é tarefa do aplicador do Direito* e, mais precisamente, *do Poder Judiciário*,²¹² que, para

²¹⁰ “Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.”

²¹¹ “Compreende-se que o legislador tenha o propósito de resguardar a ordem jurídica, impedindo que possíveis vícios formais da lei sejam invocados para frustrar seu cumprimento. Do contrário, estaria dando ensejo a insegurança jurídica ou a estado de incerteza em relação à validade da lei. Todavia, é necessária remissão às considerações feitas em relação ao parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar em estudo, no que se refere, especificamente, à inserção, no seu texto, de matéria que, não incluída pelo constituinte no objeto a ela circunscrito, deve ser tida como de lei ordinária.” Natália de Miranda Freire **Técnica e processo legislativo. Comentários à Lei Complementar n. 95/98, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 107/01**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 221.

²¹² Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admita a existência de leis interpretativas, é pacífico que essas leis também se submetem ao controle e interpretação judiciais: “Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Provisória de caráter interpretativo - leis interpretativas - a questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória - princípio da irretroatividade - caráter relativo - leis interpretativas e aplicação retroativa - reiteração de medida provisória sobre matéria apreciada e rejeitada pelo congresso nacional - plausibilidade jurídica - ausência do “*periculum in mora*” - indeferimento da cautelar. - É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da

tanto, deve verificar o grau de imperfeição formal existente e aquilatar se é ou não suficiente para macular o princípio do devido processo legal, ou causar insegurança jurídica, a ponto de eivar de inconstitucionalidade a norma (vide itens 3.9, 4.2.3 e capítulos 5 e 6, *infra*).

Por fim, o artigo 18 da LC 95/98 ao admitir, ***sem ressalvas***, a validade da lei gerada com defeitos redacionais ou de forma contraditória (ofendendo, assim, os termos da LC 95/98), acaba por ter o efeito de excepcionar e, portanto, vulnerar a própria Constituição, cujo conteúdo principiológico (CF, arts. 5º, LIV e 1º) regulamentado em regra própria (LC 95/98) demanda que a produção legislativa seja feita com qualidade, de forma clara, precisa e dotada de ordem lógica, a ensejar a sua fácil compreensão e aplicação.

Diante de todos esses motivos, o artigo 18 da LC 95/98 — repita-se: por suprema ironia — *afronta o devido processo legal e a segurança jurídica em grau suficiente para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade*.

Poder-se-ia argumentar que o conteúdo do artigo 18 poderia ser “salvo” mediante interpretação conforme a Constituição, que extraísse de seu texto o seguinte teor: “Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui, *necessariamente*, escusa válida para o seu descumprimento.” Todavia, essa redação ainda mereceria alguma ressalva, pois continuaria a possuir objeto diverso da finalidade da LC 95/98 — de fato, trataria da *aplicação* e do *cumprimento das leis*, perfeitas, acabadas e em vigor, enquanto o propósito da LC 95/98, expresso em seu artigo 1º, é o de disciplinar o momento anterior, relacionado à elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, no curso do processo legislativo. Com boa vontade, poder-se-ia admitir que a redação proposta relaciona-se por afinidade, pertinência ou conexão ao tema principal da LC 95/98.

admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. - As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. - *Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional.* [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605**. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 23 out. 1991, DJ 05 mar. 1993, p. 2897, e. 1694-02, p. 252 (grifo nosso).

3.9 Aprovação de projeto de lei em dissonância com os termos da LC 95/98: efeitos em relação à lei aprovada

3.9.1 Correção da imperfeição ou inconstitucionalidade pelo próprio legislador, por meio de lei posterior

Verificou-se que há diversas oportunidades, no curso do processo legislativo, para que eventuais vícios de natureza intrínseca decorrentes de inobservância das normas de Legística sejam sanados (vide item 3.7, *supra*).

Todavia, caso o projeto de lei, apesar de eivado de vício por violação à LC 95/98, venha a ser aprovado, sancionado, promulgado e publicado e a respectiva lei entre em vigor, cabe perquirir que consequências acarretaria a inobservância das normas de Legística em relação ao diploma legislativo já acabado.

Inegavelmente, o próprio legislador pode se convencer de que a lei por ele produzida foi mal gestada, em dissonância das regras de Legística, e editar nova lei aperfeiçoando-a.

Nesse sentido, pode-se citar a Lei n. 12.236, de 19 de maio de 2010, que alterou o artigo 723 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), a disciplinar os deveres dos corretores de imóveis, para adequá-lo às exigências da LC 95/98.²¹³ Na exposição de motivos, o autor da proposição (PLS 171/2006), Senador Waldir Raupp, justifica que o projeto tem a finalidade de expurgar subjetivismos de linguagem contidos no artigo 723 do Código Civil, que permitiriam ao corretor de imóveis eximir-se das

²¹³ “Lei n. 12.236, de 19 de maio de 2010. Altera o art. 723 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (LGL\2002\400) - Código Civil (LGL\2002\400), para adequá-lo às exigências da Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998 (LGL\1998\71), que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. O Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º O art. 723 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (LGL\2002\400) - Código Civil (LGL\2002\400), passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. “Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência.” Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 19 de maio de 2010; 189º da Independência e 122º da República. José Alencar Gomes da Silva.”

responsabilidades inerentes à sua função, especialmente aquela referente aos deveres de informar ao cliente o grau de risco do negócio.²¹⁴ O parecer emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, que teve como relator o Senador Marco Maciel, evidencia o propósito de adaptar o texto do artigo 723 do Código Civil às regras de Legística contidas na LC 95/98,²¹⁵ tendo sido, inclusive, de sua autoria a proposta de emenda destinada a alterar a ementa da proposição, conferindo-lhe a redação que possui a lei aprovada, com a finalidade de evidenciar o propósito de adequação do texto do referido artigo do Código Civil aos termos da LC 95/98.²¹⁶

Projetos dessa espécie, embora raros, são altamente elogiáveis, trazendo inegável

²¹⁴ “O art. 723 do Código Civil, de que trata a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, reúne, indevidamente, comandos díspares, dirigidos ao corretor, relativos aos seus deveres de prudência e diligência, assim como o de, espontaneamente, informar ao cliente a respeito do risco do empreendimento, sob pena de o indenizar por perdas e danos. Impõe-se, assim, a subdivisão do art. 723, de modo que o *caput* contenha apenas as previsões relativas aos deveres do corretor, tais como o de diligenciar na execução das medidas postas sob a sua responsabilidade, e o de agir com prudência ao conduzir a mediação. Recomenda-se também que, em parágrafo único, seja estabelecido que corretor se obriga a, espontaneamente, informar ao cliente o grau de risco do negócio, assim como eventuais alterações de valores, condições ou fator capaz de alterar os resultados da incumbência, sob pena de responder por perdas e danos. A presente medida também se destina a expurgar o art. 723 de subjetivismos, como o representado pela expressão “prestar ao cliente os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance”, pois alcance é condição personalíssima que varia em razão do grau de diligência do próprio mediador, e não das regras objetivas do contrato. Na prática, a atual redação do art. 723 permite seja o corretor eximido de responsabilidades, e anulada a *mens legis* do comando legal, que é a de assegurar o sucesso da mediação pela efetiva realização do encargo contratado, mediante o justo preço, donde recomendar-se a sua alteração.”

²¹⁵ “No mérito, o PLS n. 171, de 2006, é digno de nota, pois busca adequar a redação do art. 723 do Código Civil às exigências da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, a qual dispõe sobre a elaboração, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação de atos normativos que menciona. Com efeito, para que o mencionado texto legal obtenha maior clareza, impõe-se a segmentação do atual art. 723 do CC em *caput* e parágrafo único, de modo que se possam empregar frases mais curtas e concisas, em consonância com o art. 11, inciso I, alínea *b*, da Lei Complementar n. 95, de 1998. Cumpre perceber, além disso, que, com o desdobramento do aludido artigo, seu *caput* passará a tratar apenas dos deveres mais genéricos daquele que, em contrato de corretagem, figura como corretor — quais sejam, o de executar a mediação com diligência e prudência, e o de prestar ao cliente, de modo espontâneo, todas as informações sobre o andamento do negócio —, enquanto o seu parágrafo único, ora incluído, versará, mais especificamente, sobre aquela obrigação do corretor que, se não cumprida, fará com que ele responda por perdas e danos eventualmente causados à outra parte — a saber, a de prestar ao cliente todos os esclarecimentos sobre a segurança ou o risco do negócio, as alterações de valores e outros fatores que possam influir nos resultados de sua incumbência. Dessa forma, igualmente se obterá maior ordem lógica, logrando-se expressa por meio do parágrafo único um aspecto complementar à norma enunciada no *caput* do artigo, de acordo com o que preceitua o art. 11, inciso III, alínea *c*, da Lei Complementar nº 95, de 1998. Ressalte-se, ainda, a preocupação do proponente em imprimir à lei maior precisão, dela suprimindo orações adjetivas restritivas que se revestem de uma subjetividade pouco condizente com textos de natureza legal (a saber, ‘que o negócio reque’ e ‘que estiverem ao seu alcance’) e que podem, por isso mesmo, conferir-lhe duplo sentido. Atende-se, assim, afinal, ao comando do art. 11, inciso II, alínea *c*, daquela lei complementar.”

²¹⁶ “A despeito dessas indubitáveis qualidades, proporemos singela alteração na redação da ementa do PLS 171, de 2006, pois entendemos que o objeto da proposição, na verdade, não é ‘impor ao corretor o dever de informar ao cliente sobre os riscos da incumbência’ — até porque tal dever já existe, hodiernamente —, mas antes, meramente adequar o texto do art. 723 do CC aos ditames da Lei Complementar nº 95, de 1998.”

aperfeiçoamento a nosso ordenamento jurídico.

3.9.2 Análise da possível configuração de inconstitucionalidade por desrespeito à LC 95/98

Afastada a tese de hierarquia entre lei complementar e ordinária, bem como a pretensão de que a LC 95/98 sirva de parâmetro para a realização de controle de constitucionalidade,²¹⁷ passamos a analisar as consequências da aprovação de uma lei sem a observância dos critérios de Legística veiculados pela LC 95/98 no tocante às relações normativas no seio do ordenamento jurídico.

A LC 95/98, como visto, possui natureza instrumental, veicula critérios formais para a elaboração de outras normas, a evidenciar que o não acatamento, pela legislação ordinária, das regras ali previstas, *não* dá azo a invasão à área constitucionalmente reservada a ela (CF, art. 59, parágrafo único). Exemplificativamente: uma lei ordinária que discipline a venda de produtos pela rede mundial de computadores, mas tenha sido veiculada com imperfeições como, *v.g.*, estar desprovida de ementa ou não mencionar expressamente os dispositivos por ela revogados — desatendendo, portanto, no primeiro caso, os artigos 3º, I, e 5º²¹⁸ e, no segundo, o artigo 9º²¹⁹ da LC 95/98 — não está, evidentemente, invadindo competência da LC 95/98.

Que efeito teria, portanto, essa violação?

A falta de clareza doutrinária e jurisprudencial em relação ao âmbito de aplicação da LC 95/98 e a celeuma quanto à existência de hierarquia entre esse ato normativo e as leis ordinárias têm levado parte da doutrina e da jurisprudência a incidir em equívocos interpretativos.

²¹⁷ O controle de constitucionalidade da lei elaborada sem a observância dos parâmetros de Legística previstos na LC 95/98 poderá ser realizado, mas de uma forma mais refinada, como procuraremos demonstrar adiante (vide itens 4.3 e 6, *infra*).

²¹⁸ “Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas: I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; [...]”. “Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.”

²¹⁹ “Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. (Redação dada pela Lei Complementar n. 107, de 26.4.2001). Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)”.

De fato, como mencionado, para aqueles que vislumbram hierarquia entre a lei complementar e a ordinária, a edição de lei ordinária em confronto com os termos da lei complementar ocasionaria a sua inconstitucionalidade por violação aos termos da lei complementar.²²⁰ Paulo de Barros Carvalho, ao analisar a previsão constitucional contida no parágrafo único do artigo 59 da Carta de 1988, conclui que a necessidade de observância da lei complementar ali prevista pelas demais espécies normativas decorreria de sua superioridade hierárquica.²²¹ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em comentário à legislação que trata da cédula de crédito bancário, aduzem que a lei que a veiculou, por ter desrespeitado flagrantemente o artigo 7º da LC 95/98, seria inconstitucional.²²²

²²⁰ Para José Afonso da Silva, fiel à proposta hierárquica, a questão acerca da violação das leis complementares pelas ordinárias ainda seria pertinente no caso de leis complementares que fundamentam a validade de outros atos normativos, desde que estas já tenham sido editadas: “Manteremos a discussão da matéria tal como foi proposta na 1ª edição. Mas acrescentaremos, agora, que, se não houver ainda lei complementar regulando a matéria mesmo nesse caso, teremos simplesmente uma invasão de competência, que se resolve pelo confronto entre a lei ordinária (ou outro ato) e a própria Constituição. A questão da ofensa à lei complementar, evidentemente, só se coloca se esta já existir e for de natureza normativa, ou seja, fundante da validade de outros atos normativos, como a do art. 146 (Código Tributário Nacional). Nesses termos, a resposta àquela indagação ainda tem relevância. Antes da Constituição de 1967 uma lei somente poderia ser invalidada na forma prevista para o controle de constitucionalidade da lei, isto é, quando ferisse as normas constitucionais. Mesmo nas hipóteses em que se erguia a questão da invalidade de uma lei local em face da lei federal (caso do recurso extraordinário do art. 102, III, ‘c’, da Constituição de 1988) também se alegava tratar-se de inconstitucionalidade, de modo indireto, por invasão de competência. A situação agora é diferente, porque uma lei federal ordinária pode também ser inválida por ferir lei complementar. Dizer que se trata de mera ilegalidade não só repugna considerar uma *lei ilegal*, como teríamos um modo de invalidar lei, que goza de presunção de constitucional de validade, sem a observância das regras de controle de constitucionalidade: a) exigência de maioria absoluta dos tribunais (art. 97); b) suspensividade de sua execução por resolução do Senado Federal (art. 52, X). Poderíamos cunhar para o caso a expressão *ilegitimidade constitucional*, já usada na Itália preferentemente ao termo inconstitucionalidade. E o controle de ilegitimidade constitucional atenderia aos mesmos princípios do controle de inconstitucionalidade. Com efeito, lei ordinária que ofenda uma lei complementar estará vulnerando a própria Constituição, visto que disciplinará interesses que esta determina sejam regulados por ela. Tratar-se-á, então, de conflito de normas, subordinado ao princípio da compatibilidade vertical, entroncando, pois, na norma de maior superioridade hierárquica, que é a que ficou ofendida – a Constituição.” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade...** Op. cit., p. 248.

²²¹ “Se, como dissemos, as relações de subordinação entre normas, bem como a de coordenação, são tecidas pelo sistema do direito positivo, o nosso, inaugurado em 1988, houve por bem estabelecer que as leis, todas elas, com nome ou com *status* de lei, ficam sujeitas aos critérios que o diploma complementar previsto no art. 59 (CF) vier a prescrever. Note-se que seu papel é meramente formal, porque nada diz sobre a matéria que servirá de conteúdo significativo às demais leis. Entretanto, nenhuma lei ordinária, delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução poderá inobservar as formalidades impostas por essa lei complementar. É a consagração da superioridade hierárquica formal dessa espécie do processo legislativo com relação às previstas nos outros itens.” CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 208-209.

²²² “Criando e regulando cédula de crédito bancário, a LPAlI desrespeitou flagrantemente o artigo 7º da lei complementar - LC 95/98 - que regula a elaboração e redação de leis no País, ofendendo-se a garantia do *due process of law*, maculando-se de inconstitucionalidade, no tópico que cria e regula a cédula de crédito bancário. Essa inconstitucionalidade, por ofensa às regras do processo legislativo, é, a um só tempo, formal

Quanto à jurisprudência, vejam-se os seguintes julgados, compilados por Rizzatto Nunes,²²³ também sustentando a inconstitucionalidade de leis que desatenderam os preceitos da LC 95/98:

CONTRATO BANCÁRIO - CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - Cobrança mensal de juros capitalizados - Inadmissibilidade - Prática vedada - Medida Provisória 2170-36, todavia, que apresenta grave vício de origem, pela não observância obrigatória dos requisitos determinados na LC 95/98 (artigo 7º) - Hipótese em que a capitalização de juros é matéria estranha ao objeto e ao âmbito de aplicação da MP, estabelecido no seu artigo 1º - Capitalização mensal afastada, permitida sua cobrança anual - Regra de incidência do artigo 591 do atual Código Civil - Parcial procedência da ação mantida - Apelo desprovido.²²⁴

EXTINÇÃO DO PROCESSO - Execução de título extrajudicial - Cédula de crédito bancário - Previsão na Lei n. 10.931/2004 de que a mesma constitui título executivo extrajudicial - *Lei que não observou as disposições da Lei Complementar n. 95/98, quando de sua elaboração* - Lei n. 10.931/2004 que dispõe sobre regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias - Objeto desta que, portanto, não guarda relação com a cédula de crédito bancário - *Invalidez da referida Lei nessa parte verificada, e, por consequência, da tipificação da cédula em causa como título executivo* - Extinção do processo *ab initio* decretada - Recurso provido.²²⁵

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Cédula de crédito bancário - Ausência de título executivo - Ilegalidade da lei que prevê tal título (Lei n. 10.931/2004) - *Inobservância do princípio da hierarquia das leis - Não cumprimento do estipulado no art. 7º, caput, e seus incisos, da Lei Complementar n. 95/98 - Determinação ex officio para que seja anulado o processo de execução ab initio* - Análise prejudicada.²²⁶

No mesmo sentido, pode-se citar julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, do qual se extrai o seguinte trecho:

e substancial. São inconstitucionais, portanto, os arts. 26 a 46 da LPAIL.” NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 10. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 988 (grifos nossos).

²²³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op. cit.

²²⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 7.073.259-3**. 23ª Câ. Direito Privado, v.u., j. 20 ago. 2008 (grifos nossos).

²²⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 7.142.052-3**. Rel. Oseas Davi Viana, 23ª Câ. Direito Privado, v.u., j. 20 jun. 2007, DJ 24 set. 2007 (grifos nossos).

²²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 7.200.746-2**. Rel. Franco de Godoi, 23ª Câ. Direito Privado, v.u., j. 16 abr. 2008, DJ 9 jun. 2008 (grifos nossos).

Além disso, nem a Medida Provisória 1.963-17, de 30 de março de 2000, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória 2.170-36 de 23 de agosto de 2001, *não têm validade constitucional, pois padecem de grave vício de origem capaz de rechaçá-las do ordenamento jurídico*. Do mesmo modo, a Lei 10.931/2004 gerada pelas Medidas Provisórias citadas e que prevê a possibilidade de capitalizar juros (art. 28, § 1º) é inaplicável nesse ponto.

E a razão é simples. Referidas leis violam a Lei Complementar 95, de 26.02.1998, publicada no Diário Oficial da União de 27.02.1998, pela não observância obrigatória dos requisitos nestes determinados que, em seu artigo 7º, impõe que “o primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação”, inclusive com a precisa indicação de que “a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

E, no caso, referidas normas prevêem em seu artigo 1º que:

“Art. 1º. Os recursos financeiros de todas as fontes de receitas da União e de suas autarquias e fundações públicas, inclusive fundos por elas administrados, serão depositados e movimentados exclusivamente por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Nacional, na forma regulamentada pelo Poder Executivo”.

Desse modo, afastando-se desses limites, acabaram regulando matéria diversa, fixando a possibilidade de capitalização de juros no Sistema Financeiro Nacional (artigo 5º, caput).

Vale consignar a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que “[...] a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar, em consequência disso não prevalecem contra elas, sendo inválidas as normas que a contradisserem.” (Do Processo Legislativo – 5ª ed. - p. 247 - SARAIVA - 2002 - São Paulo).

Evidenciada a ilegalidade do processo legislativo que as produziu, padecendo referidas normas de vício de origem na parte que não cumprem a determinação da Lei Complementar 95/98, razão pela qual não há que se falar em possibilidade de capitalização dos juros..²²⁷

Admitindo-se, apenas para argumentar, a validade da tese que apregoa a hierarquia entre as leis complementares e ordinárias, chegar-se-ia à conclusão de que *qualquer dissonância entre a lei ordinária aprovada e o teor da LC 95/98 causaria inconstitucionalidade*.

A título de exemplo: a ausência das cláusulas de revogação ou de vigência expressas, a indicar, no primeiro caso, todos os diplomas normativos revogados e, no segundo, o momento preciso da entrada em vigor da lei, em desatenção ao previsto nos

²²⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 561.138**. Rel. Alfeu Machado, j. 25 jan. 2012, Web 25 jan. 2012 (grifos nossos). No mesmo sentido: DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 556.053**. Rel. Alfeu Machado, j. 14 dez. 2011, Web 14 dez. 2011; DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 561.134**. Rel. Alfeu Machado, j. 25 jan. 2012, Web 25 jan. 2012; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0055773-78.2011.8.13.0625**. Rel. Maurílio Gabriel, j. 12 abr. 2012, Web 17 abr. 2012.

artigos 9º²²⁸ e 8º²²⁹ da LC 95/98, constituiria, necessariamente, causa de inconstitucionalidade da lei aprovada. Esse entendimento, todavia, *acabaria por ocasionar um efeito oposto ao objetivado pelas normas de Legística* — que possuem por escopo assegurar a segurança jurídica —, de modo a gerar um estado de extrema *insegurança e incerteza* quanto à validade das leis.

Contudo, como procuramos demonstrar acima, com fundamento em sólida doutrina sobre a matéria (vide item 3.4, *supra*), a LC 95/98, como ocorre com as demais leis complementares, *não ostenta hierarquia superior às demais espécies normativas previstas no artigo 59 da Carta Federal*. Outrossim, em nosso ordenamento, *inexiste sanção para a violação de lei complementar — a sanção decorre, sempre, da violação à Constituição e não à lei complementar*.

Por esses motivos, *não se configura a inconstitucionalidade de uma lei pelo simples fato de não ter atendido aos preceitos da LC 95/98*.

Não é possível cogitar, assim, de controle de constitucionalidade sucessivo, ou *a posteriori*, de caráter abstrato ou concreto — portanto, pelas vias principal ou difusa — da lei mal gestada, *com fundamento exclusivo em violação da LC 95/98*. Eventual vício haverá de ser aquilatado em face de princípios constitucionais. A verificação de constitucionalidade será possível apenas se a lei aprovada em descompasso com os termos da LC 95/98 possuir mácula de gravidade suficiente a violar os *princípios do devido processo legal* ou *da segurança jurídica*.

Assim, entendemos que a verificação de constitucionalidade da lei produzida sem observância dos ditames de Legística contidos na LC 95/98 deve ser realizada mediante

²²⁸ “Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001). Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei Complementar n. 107, de 26.4.2001).”

²²⁹ “Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão. § 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001). § 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar n. 107, de 26.4.2001).”

uma análise em *dois estágios*: (i) primeiramente, deve-se constatar se houve violação de algum dos dispositivos da LC 95/98 pela proposição legislativa transformada em lei (violação por si só incapaz de acarretar a sua inconstitucionalidade); (ii), em seguida, deve-se analisar se o defeito intrínseco decorrente dessa violação possui gravidade suficiente para vulnerar os princípios constitucionais do devido processo legal ou da segurança jurídica: em caso positivo, configura-se o vício de inconstitucionalidade da lei mal gestada, por violação direta àqueles princípios, o primeiro materializado constitucionalmente entre nós no dispositivo que prevê o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e o segundo no conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).

Não se defende, portanto, que uma mera inobservância a qualquer dos dispositivos da LC 95/98 possa eivar de vício a lei aprovada. Os critérios de racionalidade, coerência e lógica ali previstos devem ser apreciados sob as luzes de princípios constitucionais, em especial dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica: toda vez que o desrespeito aos critérios de Legística constantes na LC 95 macular a formação interna da lei, de forma a atingir os direitos individuais dos cidadãos,²³⁰ ou for capaz de acarretar insegurança jurídica, abre-se espaço para a invalidação da lei, mediante controle jurisdicional de constitucionalidade, por violação aos artigos 5º, LIV, e 1º da Carta Federal.

Como se pode perceber, o vício decorre de violação direta, pela lei mal gestada, aos princípios do devido processo legal ou da segurança jurídica, sem que haja necessidade de invocação da LC 95/98. A análise prévia dos critérios da lei complementar serve apenas como instrumento auxiliar, apto a evidenciar um estado de possível mácula a princípios constitucionais. Presta-se, no caso do controle sucessivo ou *a posteriori* de constitucionalidade, a emitir um sinal de alerta a possíveis inconstitucionalidades, um indício de sua eventual ocorrência, a ser verificado mediante aprofundada análise de possível violação direta à Constituição pela lei intrinsecamente imperfeita.

Passaremos, então, a analisar a evolução da doutrina da inconstitucionalidade das leis para, ao final, examinar a má formação interna do ato normativo como causa de configuração de vício de inconstitucionalidade, por violação aos princípios do devido

²³⁰ A doutrina norte-americana estabelece os direitos à vida, à liberdade e à propriedade como núcleo do devido processo legal (vide, nesse sentido, os itens 5.1 e 6.2.2.1, *infra*).

processo legal e da segurança jurídica.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 Inconstitucionalidade: o vício e a natureza da sanção

Antes de adentrar no exame das espécies de inconstitucionalidades propriamente ditas, é conveniente examinar a extensão do termo *inconstitucionalidade*, que pode referir-se ao vício ou à respectiva sanção, bem como a natureza da sanção dela decorrente.

Rui Barbosa invoca o ensinamento de Dicey para demonstrar a equivocidade que atinge o termo “inconstitucionalidade”, nos diversos ordenamentos jurídicos, em alguns casos significando a nulidade do ato e, em outros, não se mostrando motivo hábil a conduzir à nulidade.²³¹

No mecanismo de controle desenvolvido nos Estados Unidos, a nulidade é o apanágio do ato inconstitucional, sendo certo que o ato legislativo contrário à Constituição, naquele País, sequer poderia ser considerado lei. Nesse sentido o teor da celebre decisão de Marshall, proferida no caso *Marbury versus Madison*, como demonstra o seguinte trecho, na tradução de Rui Barbosa:

Se o ato legislativo inconciliável com a Constituição é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu: e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.²³²

²³¹ “Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante os vários sistemas de Constituições, escreve Dicey, o insigne constitucionalista inglês: ‘A expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir: (I) Empregada em relação a um ato do Parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo. (II) Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura. (III) Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo, o vocábulo *inconstitucional* quer dizer que esse ato excede os poderes do Congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por *inconstitucional*, isto é, *ultra vires*, isto é, *nulo*’.” DICEY, *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution*. Londres, 1885, p. 165-166, *apud* BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed., Campinas: Russel, 2004, p. 39.

²³² BARBOSA, Rui. Op. cit., p. 49.

Vislumbra-se, assim, que a invalidade da lei é uma consequência lógica da supremacia constitucional. No confronto entre Constituição e lei, cabe ao Poder Judiciário aplicar uma ou outra e, sendo a Constituição hierarquicamente superior à lei ordinária, deve aplicar aquela em detrimento desta. A decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem *natureza declaratória*, simplesmente reconhecendo a existência do vício do qual já padecia o ato normativo e, assim, com efeitos retroativos impróprios,²³³ *ex tunc*.

Essa é a teoria clássica da inconstitucionalidade.

No modelo idealizado por Hans Kelsen, a invalidação do ato normativo eivado de vício só ocorre após a pronúncia da nulidade pelo órgão incumbido dessa tarefa, o Tribunal Constitucional. A decisão proferida por esse órgão, portanto, tem caráter constitutivo e, em regra, efeitos prospectivos, *ex nunc*. Em seu ensaio sobre a jurisdição constitucional, ao tratar das garantias necessárias à proteção da Constituição, Kelsen elenca como garantias objetivas, que teriam um caráter repressivo acentuado, a nulidade e a anulabilidade. Mais adiante, afirma que o ato normativo, devidamente aprovado, deve surtir efeitos até que seja declarado inválido pela autoridade competente, segundo o procedimento previsto para tanto:

Essa interpretação se impõe porque a decisão é o resultado de um procedimento que tem por objeto a nulidade do ato — nulidade que, de início, é simplesmente afirmada pelo interessado —; porque, consequentemente, a nulidade não pode de forma alguma ser considerada como definida antes da conclusão do procedimento, que poderá conduzir a uma decisão que a nega; e porque a decisão deve ter necessariamente um caráter constitutivo, mesmo se em seu texto ela pronuncia que o ato era nulo.²³⁴

²³³ Rigorosamente, ao contrário do que sustenta boa parte da doutrina nacional, não se trata de efeitos retroativos ou de repristinação, como bem explica Elival da Silva Ramos: “Em outras palavras, não é o provimento jurisdicional que, reconhecendo a inconstitucionalidade do ato controlado, desconstitui os seus efeitos, retroativamente, desde a sua edição; o ato normativo controlado se caracteriza por uma ineficácia congênita, exatamente por não haver sequer entrado no plano da validade, ineficácia essa que é apenas reconhecida pela decisão de controle, decisão, insista-se, de natureza meramente declaratória. Portanto, nos sistemas jurídicos em que se adota a sanção de nulidade, para o ato inconstitucional a decisão de controle não apresenta propriamente efeitos retroativos; pode-se falar sim em uma aparência de retroatividade ou em uma retroatividade imprópria, que consiste, precisamente, no reconhecimento da sanção imposta *ab initio* pelo ordenamento” RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade...** Op. cit., p. 84.

²³⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Op. cit., p. 143.

Dessa forma, entende que a inconstitucionalidade deve acarretar sempre a anulabilidade do ato, com efeito semelhante ao da revogação de uma lei (daí a utilização, por Kelsen, da expressão “legislador negativo” para designar a atividade do Tribunal Constitucional), sendo a nulidade um mero caso-limite daquela, no qual a anulação ocorreria com caráter retroativo.²³⁵ Assim, a decisão que reconhece o vício, no sistema idealizado por Kelsen, produz, em regra, efeitos para o futuro, *ex nunc*, podendo o Tribunal Constitucional, inclusive, fixar um momento específico para a entrada em vigor da decisão anulatória.²³⁶

Apenas uma exceção é admitida por Kelsen à regra da irretroatividade dos efeitos da decisão constitutiva que revoga o ato normativo, que se refere ao *caso concreto que deu ensejo à realização do controle*. Nessa hipótese, o jurista da Escola de Viena entende que deve ser conferido ao Tribunal Constitucional o poder de atribuir efeito retroativo à decisão de anulação proferida no caso que deu ensejo ao pedido.²³⁷

Em comentário à teoria kelseniana, esclarece Elival da Silva Ramos que ela acaba por unificar as categorias gerais de sanção de nulidade, deslocando a inconstitucionalidade do plano da validade para o plano da eficácia.²³⁸

Jorge Miranda desdobra a sua abordagem ao fenômeno da inconstitucionalidade

²³⁵ “Do ponto de vista do direito positivo, isto é, da autoridade que decide sobre o ato supostamente nulo, nunca há mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade — uma anulação com efeito retroativo.” KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Op. cit.

²³⁶ Ibidem, p. 170.

²³⁷ “Se a lei foi contestada por um tribunal ou por uma autoridade administrativa por ocasião da sua aplicação a um caso concreto, a questão do efeito retroativo poderá acarretar alguma dificuldade. Se a lei anulada só deixar de vigorar certo tempo depois da publicação da anulação; se, por conseguinte, as autoridades tiverem de continuar a aplicá-la ao caso concreto que provocou o pedido, o que diminuirá seu interesse a levar as leis inconstitucionais ao tribunal constitucional. É um argumento suplementar a favor da concessão ao tribunal constitucional do poder de restabelecer, anulando imediatamente a lei, o estado de direito anterior à sua entrada em vigor. De fato, essa modalidade permite deixar que o efeito retroativo desejável da sentença de anulação se produza sobre o caso que provocou o pedido, dando ao mesmo tempo ao órgão legislativo o prazo necessário para elaborar uma nova lei, que corresponda às exigências da Constituição.” Ibidem, p. 178.

²³⁸ “Mais do que unificar as categorias gerais de sanção de invalidade, Kelsen praticamente desloca a questão do plano da validade para o plano da eficácia, ao conceituar a anulabilidade como uma espécie de revogação, pois, para ele, ‘se a afirmação [...] de que uma lei é inconstitucionalidade há ter um sentido jurídico possível [...] o seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Daí a expressão por ele cunhada para identificar a função que seria exercida pelos Tribunais Constitucionais, qual seja a função de ‘legislador negativo’.” RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade...** Op. cit., p. 51-52.

entre a desconformidade da norma em face da Constituição e as consequências daí decorrentes. Designa, assim, a inconstitucionalidade, em sentido amplo, enquanto vício do ato normativo, como um *conceito de relação*, relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento, que está ou não em conformidade com ela. Assim, não estão em causa a adequação de uma realidade a outra, mas sim o cumprimento ou não de uma norma jurídica.²³⁹

Já quanto às consequências do ato inconstitucional, afirma o mestre português, nem sempre são a invalidade do ato editado em desrespeito à norma constitucional,²⁴⁰ pois o juízo de inconstitucionalidade não se reduziria a algo lógico-formal ou silogístico.²⁴¹ Mediante uma análise abrangente e fundada nas categorias do Direito Privado e do Direito Administrativo, Jorge Miranda enumera as seguintes possíveis consequências do vício de inconstitucionalidade:

Em termos muito perfunctórios, sem embargo de uma necessária localização e aproveitando, na medida do possível, a lição das ciências do Direito privado e do Direito administrativo, os quatro valores jurídicos (negativos) enunciados distinguem-se pelo seguinte:

Inexistência jurídica – o acto inconstitucional não produz nenhuns efeitos desde a origem, sem necessidade de declaração por parte de qualquer órgão com competência específica, as autoridades públicas não o podem executar, uma decisão jurisdicional que o aplique não faz caso julgado, os funcionários e agentes da Administração não devem obediência a ordens nele fundadas e os cidadãos não estão adstritos a acatá-lo;

²³⁹ “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base. [...] Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: t. 4: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 09-10.

²⁴⁰ “Porque fundamento do poder político, a Constituição é o fundamento de validade, substancial e formal, de todos e de cada um dos actos dos seus órgãos, projecta-se sobre eles, determina, directa ou indirectamente, a sua subsistência – eis o postulado em que assentamos e que o art. 3º, n.º 3, da Constituição portuguesa proclama. Mas, se todos os actos de Direito interno inconstitucionais devem ter-se por inválidos, nem por isso se apresentam idênticos a posição e o alcance que obtêm na dinâmica jurídica. Condicionam-nos certos fatores: os requisitos que as normas constitucionais estabeleçam, o sentido e a função sistemática destas normas à luz da Constituição material, a gravidade maior ou menor da infração, as estruturas de garantia predispostas. Quer dizer: a invalidade compagina-se com uma pluralidade de valores jurídicos (negativos) dos actos inconstitucionais.” Ibidem, p. 93-94.

²⁴¹ “Mais do que qualquer outro aspecto torna-se aqui patente como o juízo de inconstitucionalidade não se reduz a algo de lógico-formal ou silogístico, como se torna ainda indispensável apreciar o acto frente à norma constitucional, bem como às relações e situações da vida que visa conformar. E tal juízo ainda mais complexo se recorta, quando recai sobre um acto normativo — então a norma, que é um dever ser ou um valor, é também um objecto de um juízo de valor.” Ibidem, p. 94.

Nulidade – o acto não produz efeitos desde a origem ou desde que o seu conteúdo colida com a norma constitucional, e é insanável ou inconvalidável, mas torna-se necessária uma decisão pelo órgão de fiscalização, embora de natureza declarativa e não podendo ser alvo de sanções os cidadãos que, antes dela, se tenham recusado a obedecer;

Anulabilidade – o acto só deixa de produzir efeitos depois da decisão do órgão de fiscalização, a qual tem, portanto, natureza constitutiva; e pode, porventura, ainda ser prevista a sanção do vício;

Irregularidade – a inconstitucionalidade não prejudica a produção de efeitos pelo acto, se bem que possa, lateralmente, trazer outras consequências e até sanções.²⁴²

Por sua vez, Canotilho ensina que a sanção de nulidade “pode revelar-se uma sanção pouco adequada para certas situações que, embora imperfeitas sob o ponto de vista constitucional — situações constitucionais imperfeitas — exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta.”²⁴³

Vislumbra-se, portanto, ser intrincada a matéria referente à natureza da sanção decorrente do vício de inconstitucionalidade, não havendo uma solução única para a questão.

Dessa breve explanação, pode-se concluir que o vício de inconstitucionalidade pode ou não gerar consequências, conforme a estruturação de cada ordenamento jurídico, prevendo-as ou não — na França, por exemplo, eventual desconformidade de uma lei com a Constituição não gera, via de regra, a invalidade daquela. Por outro lado, a própria consequência do vício pode variar segundo o sistema de controle adotado em um ou outro ordenamento jurídico.

Acerca da distinção dos sentidos do termo “*inconstitucionalidade*” e de seus efeitos, no ordenamento jurídico brasileiro, esclarece Elival da Silva Ramos não haver homogeneidade em seu uso:

Importa, desde logo, entretanto, esclarecer que o termo “*inconstitucionalidade*” tanto é utilizado para designar os vícios da lei quanto a sanção de invalidade prevista para a sua neutralização. Assim, uma lei contaminada por falha no procedimento de sua criação

²⁴² MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 97-98.

²⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 957.

padece de inconstitucionalidade formal (o vício), sujeitando-se, por isso, em nosso ordenamento, a ser declarada inconstitucional, ou seja, nula *ab initio* (a sanção).²⁴⁴

E conclui que, com a expressão “lei inconstitucional”, usualmente “quer-se aludir, simultaneamente, ao vício e à sanção dele resultante”.²⁴⁵

No Brasil, a sanção tradicionalmente prevista e que continua sendo a regra é a de *nulidade do ato normativo inconstitucional* (efeitos *ex tunc*, na verdade efeitos com aparência de retroatividade, pois a própria lei é inválida *ab initio* e, por isso, como visto, não produz efeito algum; a decisão judicial apenas reconhece essa situação, possui natureza declaratória), admitida apenas excepcionalmente a modulação dos efeitos da decisão, mediante o quórum qualificado de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme previsto no artigo 27 da Lei n. 9.869/1999.

Nesse sentido, posiciona-se Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar as decisões de mérito em sede de controle abstrato de constitucionalidade:

O Tribunal poderá, no julgamento da ação, declarar a constitucionalidade da lei. Poderá, porém, declarar a inconstitucionalidade. Nessa hipótese, a declaração de inconstitucionalidade corresponde a uma declaração de nulidade *ipso jure* da lei. A lei declarada inconstitucional será eliminada com eficácia *ex tunc*.

Na tradição brasileira, julgada procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou improcedente a ADC, ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional. Eventual decisão de caráter restritivo há de ser expressa, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99.²⁴⁶

É esse, igualmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, em diversos julgados, afirma prevalecer o *princípio da nulidade* da lei inconstitucional em nosso ordenamento.²⁴⁷ É oportuno esclarecer, todavia, que o Supremo Tribunal Federal atribuiu a

²⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade...** Op. cit., p. 35.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517.

²⁴⁷ “Ementa: controle abstrato de constitucionalidade. Alegada omissão, posto não haver o acórdão atacado explicitado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 25 do ADCT paranaense, se “*ex tunc*” ou “*ex nunc*”. A declaração de inconstitucionalidade decorrente da procedência de ação direta tem efeitos “*ex tunc*”, regra que somente admite exceção na forma do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, hipótese não configurada no caso em questão. Embargos rejeitados.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 483.** Rel. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 22 ago. 2001, DJ 05

si próprio o *dever de*, uma vez presentes os requisitos previstos no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, *realizar a modulação de efeitos da decisão*, ainda que não tenha havido pedido expresso nesse sentido, reconhecendo, outrossim, a possibilidade de a questão ser suscitada pelas partes em embargos de declaração.²⁴⁸

Não obstante reconhecer que certas situações, excepcionais, demandem a aplicação de sanções mitigadas, com modulação de efeitos da declaração da inconstitucionalidade, pensamos que a sanção de nulidade (nulidade absoluta, *ipso jure*), em sistemas de Constituição rígida que resguardem a supremacia constitucional, é uma decorrência natural do ato inconstitucional.

É inegável que a inconstitucionalidade revela um conflito normativo entre lei e Constituição, ambas regulando a mesma matéria de forma distinta. Assim, no momento da aplicação concreta da norma ou da análise abstrata de sua validade, há, necessariamente, que se escolher qual das duas — lei ou Constituição — prevalecerá. Sendo a Constituição o repositório dos valores mais importantes e significativos para uma sociedade —

out. 2001, p. 57, e. 2046-01, p. 1). “Ementa: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional e administrativo. 1. Efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. 2. Servidor público: inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. 1. As decisões proferidas nos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade têm efeitos retroativos e são oponíveis contra todos com força vinculante. Precedentes. 2. Servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico. Assim, a transposição de regime celetista para o estatutário acarreta a extinção do contrato de trabalho. Precedentes.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 592327**. Rel. Cármen Lúcia, 1ª T., j. 24 ago. 2010, DJe 179, d. 23 set. 2010, p. 24 set. 2010, e. 2416-06, p. 1250.

²⁴⁸ “Ementa: Embargos de Declaração. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei distrital nº 3.642/05, que “dispõe sobre a comissão permanente de disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal”. Ausência de pedido anterior. Necessidade de modulação dos efeitos. 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio — primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601**. Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 09 set. 2010, DJe-244, d. 14 dez. 2010, p. 15 dez. 2010, e. 2451-01, p. 1, RTJ 217, p. 230.

decorrendo daí a sua supremacia —, matizada em um documento escrito e rígido, deve-se reconhecer, em caso de confronto entre lei e Constituição, a nulidade da lei, que não pode ser aplicada, pois é congenitamente maculada, não tendo sequer ingressado no plano de validade.

Na física, a lei da impenetrabilidade, conceito bastante difundido desde a escolástica, assegura que dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo; de forma análoga, no ordenamento jurídico não é possível que duas normas (lei e Constituição) regulem a mesma matéria, ao mesmo tempo, de forma diversa. Por isso, aplicar a lei inconstitucional significa desaplicar a Constituição.²⁴⁹

No plano filosófico e sociológico, a tese da nulidade da lei inconstitucional e da natural possibilidade de seu reconhecimento pelo Poder Judiciário sofreu diversas críticas. Afirma-se que, ao contrário do que dispunha a tese liberal — na qual o juiz é visto como mero aplicador da lei —, o intérprete tem o poder de extrair da norma jurídica diversos sentidos, em decorrência de dificilmente possuir um caráter unívoco e em virtude de sua congênita abertura. Por esse motivo, encontrar-se-ia em suas mãos um poder discricionário. Questiona-se, então, por que atribuir aos tribunais, que não foram eleitos democraticamente, a função de traçar os rumos da sociedade, através da aplicação da Constituição.

Não é objeto deste trabalho analisar a legitimidade da jurisdição constitucional. Caberia, apenas de passagem, comentar que, se é verdade que o ato de aplicação da lei possui certa dose de criatividade, a criatividade aí existente, como já fora notado por Kelsen, é bastante limitada, pois deve reportar-se ao texto da lei, do qual não pode se descolar a interpretação.²⁵⁰ Além disso, a fundamentação e a publicação das decisões

²⁴⁹ “Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. A razão é simples de demonstrar. Quando uma pretensão jurídica funda-se em uma norma que não integra a Constituição – uma lei ordinária, por exemplo –, o intérprete, antes de aplicá-la, deverá certificar-se de que ela é constitucional. Se não for, não poderá fazê-la incidir, porque no conflito entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer. Aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** Op. cit., p. 23.

²⁵⁰ “O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais. A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente

judiciais revelam-se como poderosos instrumentos para que se controle a atuação dos juízes e se exponham as suas decisões à crítica social.²⁵¹

Em artigo em que Kelsen rebate as críticas de Carl Schmitt acerca de qual seria o órgão mais adequado para exercer a função de guardião da Constituição, enfatiza o professor da Escola de Viena que, para se limitar o poder dos tribunais, deve-se limitar ao máximo a discricionariedade que *as norma constitucionais* concedem à utilização desse poder,²⁵² pois é inegável que uma lei bem-articulada, clara e precisa quanto à sua aplicação dificulta e limita a criatividade judicial. E adverte Kelsen:

Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras — como as disposições sobre direitos fundamentais e similares —, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar chavões vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder — não previsto pela Constituição e altamente inoportuno — do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no parlamento.²⁵³

Assim, verifica-se que a técnica de elaboração das leis e, sobretudo da Constituição, possui uma importante função política de limitar o indevido ativismo judicial, a partir de normas bem construídas, com sentido claro e preciso.

Esclareça-se, ainda, que a Constituição de 1988 não contém previsão permitindo a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade, como o faz, por exemplo, a Constituição portuguesa (artigo 282º, 4º²⁵⁴). Assim, só pode prevalecer a tese da possibilidade de

grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.” KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Op. cit., p. 126.

²⁵¹ Sobre o tema, vide os comentários que tivemos a oportunidade de tecer sobre os princípios da publicidade e da motivação: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato...** Op. cit., p. 236-252. Lembre-se, ainda, que: “Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político da sua função – tendência que sobressai particularmente na monarquia constitucional, podendo, porém, ser observada também na república democrática –, deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização desse poder.” KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Op. cit., p. 262.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ “Artigo 282º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente,

limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se for possível reconhecer que o princípio da segurança jurídica e o “excepcional interesse social” possuem assento constitucional.²⁵⁵

Ressalte-se que, apesar de o Supremo Tribunal Federal vir aplicando rotineiramente a mitigação de efeitos, com fundamento no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, há questionamento acerca da constitucionalidade desse dispositivo perante aquela própria Corte (ADIs 2.154 e 2.258), ainda não resolvido.

Luís Roberto Barroso lembra que o reconhecimento da nulidade da lei inconstitucional prevaleceu na maioria dos Países, com exceção da Áustria, que se manteve fiel à doutrina de Kelsen.²⁵⁶

A experiência estrangeira, comumente utilizada entre nós como fundamento de aplicação de um instituto, muitas vezes revela-se inadequada ou mal-interpretada. No tocante à modulação de efeitos, a experiência do Tribunal Constitucional alemão é frequentemente invocada. Todavia, a sua atuação, em seu País de origem, é severamente criticada, como bem esclarece Humberto Ávila:

haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.”

²⁵⁵ “A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 474.708**. Rel. Gilmar Mendes (decisão monocrática), j. 17 mar. 2008, DJE 18 abr. 2008). Não fosse assim, incidiria em flagrante inconstitucionalidade, pois a norma tem sede legal e não constitucional.

²⁵⁶ “A tese de que a norma inconstitucional é nula prevaleceu nos Estados Unidos, embora tenha sofrido algumas atenuações a partir dos anos 60 do século passado. Foi acolhida, ademais, em praticamente todos os países que adotaram o modelo de controle judicial de constitucionalidade, sem embargo da previsão expressa ou tácita de uma ou outra exceção, como em Portugal, Espanha, Alemanha e Itália. Somente na Áustria, fiel à doutrina de Kelsen (v., *infra*) prevaleceu o entendimento de que a lei inconstitucional é meramente *anulável*, de modo que a decisão que reconhece tal situação tem efeito constitutivo e, como regra, efeitos prospectivos, isto é, *ex nunc*.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** Op. cit., p. 39-40.

Um exemplo da insuficiência de um modelo estrangeiro pode ser colhido na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão a respeito da modulação de efeitos das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Enquanto essa técnica é copiada no Brasil, quer em sede legislativa, quer em sede jurisprudencial, como se fosse a quintessência do desenvolvimento teórico, ela é vigorosa e extensamente criticada pela doutrina alemã, que chega ao ponto de afirmar que “o modelo da judicatura do Tribunal Constitucional Alemão não é digno de imitação (*nachahmenswert*)”, ou, com referência à manutenção de leis inconstitucionais, que “esse conceito deveria ser abandonado”.²⁵⁷

Assim, entendemos que apenas em situações excepcionais, com o fito de preservar a segurança jurídica ou excepcional interesse social, tal qual disposto no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, poderá a lei inconstitucional ter seus efeitos preservados. A mitigação dos efeitos justifica-se em face de leis cuja inconstitucionalidade prejudique o cidadão, violando a sua segurança jurídica, pois não pode o Estado utilizar a sua própria falha para punir o cidadão de boa-fé. Assim, por exemplo, leis destinadas a criar cargos, benefícios ou outras espécies de vantagens aos cidadãos devem, sempre que possível, ser objeto de mitigação em caso de eventual reconhecimento de inconstitucionalidade.

No sistema brasileiro, que proclama a nulidade da lei inconstitucional, a mitigação de efeitos só pode ocorrer, assim pensamos, caso se reconheça que o Tribunal Constitucional tem o poder de suspender, temporária ou circunstancialmente, a eficácia das normas constitucionais com as quais contrasta a lei, permitindo, assim, que esta produza, por certo período de tempo ou em certas situações, os seus efeitos. Mas isso não transforma a sanção aplicável à lei inconstitucional em uma sanção de anulabilidade, apenas permite uma proteção, temporal ou circunstancial, quanto aos efeitos da nulidade.

A mitigação de efeitos, se admitida, é, repita-se, excepcional, pois a segurança jurídica decorre, em regra, do cumprimento da Constituição. É a Constituição o principal repositório de normas e valores de uma sociedade, sendo, assim, da sua estrita observância que advém a segurança nas relações sociais.

²⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92-93.

Por fim, é necessário esclarecer que as observações acima delineadas prestam-se a qualificar a inconstitucionalidade por ação, ou comissiva, mas não a inconstitucionalidade por omissão.²⁵⁸ A inconstitucionalidade por omissão não decorre de um ato praticado pelo Poder Público, mas de uma abstenção da prática de determinada providência exigida pela Constituição. Assim, o que se sanciona é a mora normativa inconstitucional. Enquanto a inconstitucionalidade por ação gera um vício que invalidará o ato normativo por atingir o seu plano de validade, a inconstitucionalidade por omissão atua no plano da existência ou, mais precisamente, na inexistência do ato, que dá ensejo à sanção constitucional pela mora em sua edição.²⁵⁹

A natureza do provimento jurisdicional proferido na ação direta de inconstitucionalidade por omissão varia segundo a existência, ou não, de prazo constitucionalmente previsto para a prática do ato ou edição da lei: se a própria Constituição estipula determinado lapso temporal, a inércia do Legislativo extrapolando-o dá origem à mora legislativa, que será apenas *declarada* pelo tribunal. Já no caso de ausência de cominação de prazo na Carta Magna, situação mais comum, a Corte Constitucional emitirá provimento de natureza *constitutiva*, constituindo em mora o legislador omissor, por não ter editado a norma em um prazo que a Corte entenda razoável.²⁶⁰

²⁵⁸ “Não há, de outra parte, como pretender um tratamento unitário da inconstitucionalidade, enquanto ilicitude constitucional, já que a construção teórica se altera profundamente quando transitamos da inconstitucionalidade por ação, isto é, pela prática de ato legislativo contrário à Constituição, para a inconstitucionalidade por omissão. No primeiro caso, parte-se da projeção sucessiva do ato legislativo em três planos diversos, o da existência, o da validade e o da eficácia.” RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**... Op. cit., p. 48

²⁵⁹ “Na hipótese da inconstitucionalidade por omissão, não há que se cogitar do exame da irregularidade no plano da validade dos atos jurídicos, visto que não se está diante de ato e sim de ‘não ato ou ato omissivo. O que interessa, no que pertence a essa segunda modalidade de inconstitucionalidade, é a caracterização da omissão, o que se dá, obviamente, no plano da existência, no qual, aliás, há a necessidade de avaliar o impacto da inação do Poder recalcitrante no plano da eficácia da norma constitucional descumprida. Uma vez configurada a inconstitucionalidade por omissão, passa-se às consequências do ato omissivo, isto é, à atuação da sanção ou sanções prescritas pelo ordenamento, por intermédio do sistema de controle.” Ibidem, p. 49.

²⁶⁰ “A decisão de controle emitida ao ensejo do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão no Brasil apresenta natureza variada, no tocante à tradicional classificação da natureza dos provimentos jurisdicionais. Em algumas hipóteses, diante da estipulação na Constituição de prazo para o adimplemento do dever de legislar, está-se diante de decisão meramente declaratória da mora estatal. Na maioria das vezes, o Supremo Tribunal Federal emitirá provimento de natureza constitutiva, no sentido restrito de constituir em mora o Poder Público omissor, porquanto é uníssona a jurisprudência da Corte no sentido de que não assiste a ela, ‘em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão [...] a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente’.” Ibidem, p. 311.

Feita essa breve explanação, passaremos a analisar as espécies de vício de inconstitucionalidade, com a finalidade de verificar se a má formação intrínseca da lei é apta a causá-lo.

4.2 As espécies de vícios de inconstitucionalidade

4.2.1 A inconstitucionalidade material e a inconstitucionalidade formal

O fenômeno da inconstitucionalidade das leis²⁶¹ passou a ser analisado com profundidade no campo do Direito Constitucional a partir das revoluções liberais ocorridas no século XVIII, nos Estados Unidos da América (1776) e na França (1789). Esses movimentos tiveram como consequência a criação de constituições escritas e rígidas²⁶² que se inseriam, no plano normativo, em um nível superior ao das demais normas.

A distinção entre a Constituição e as demais leis já havia sido evidenciada por Vattel, na obra “O direito das gentes”, publicada em 1758, em que sustentou a impossibilidade de o Poder Legislativo mudar a Constituição:

A constituição do Estado deve ser estável, e desde que a Nação a estabeleceu em primeiro lugar e que, em seguida, confiou o *poder legislativo* a certas pessoas, as leis fundamentais são retiradas da competência delas. Nota-se que a sociedade apenas desejou prover que o Estado fosse sempre munido de leis convenientes às conjunturas ao dar aos legisladores, por este efeito, o poder de ab-rogar leis civis antigas e leis políticas não fundamentais, e de fazer novas leis; mas nada nos permite pensar que a sociedade tenha desejado submeter a sua constituição à vontade deles. Numa palavra, é da constituição que esses legisladores recebem o seu poder; como então, eles poderiam mudá-la sem destruir o fundamento da sua própria autoridade?²⁶³

²⁶¹ Acerca da evolução do controle de constitucionalidade, desde o seu antecedente grego, o *graphé paranomón*, perpassando pela experiência americana e europeia, veja-se: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato**... Op. cit., p. 57-72.

²⁶² Rigidez, como costuma ser conceituada, é a característica que ostentam as constituições que exigem para a sua modificação um processo diferenciado e mais dificultoso que aquele exigido pela lei ordinária. A essa concepção, todavia, Elival da Silva Ramos tece a seguinte crítica: “Em geral, a doutrina conceitua a rigidez de modo a nela compreender a estipulação de um procedimento especial para a modificação das normas constitucionais, distinto e mais gravoso do que o procedimento legislativo ordinário. No entanto, a rigidez propriamente dita significa a inalterabilidade da Constituição por lei ordinária.” RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**... Op. cit., p. 42-43.

²⁶³ VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; Universidade de Brasília, 2004, p. 30.

A ideia da superioridade das normas constitucionais também estava presente no pensamento de Sieyès, que bem compreendeu a importância da defesa do texto constitucional, tendo forjado um projeto prevendo a criação de um órgão destinado a realizar essa tarefa: o “Jury Constitutionnaire”, apresentado à Convenção em 18 Termidor do ano III.

Segundo o projeto,²⁶⁴ o júri seria composto por 108 membros, renovados anualmente por terços, contemporaneamente aos corpos legislativos (art. II) e escolhidos entre os membros que deviam sair na mesma época dos conselhos dos corpos legislativos (art. III). O júri pronunciar-se-ia sobre as violações ou danos à Constituição, mediante denúncia de órgãos pré-estabelecidos (art. VI), prescrevendo o projeto que *os atos declarados inconstitucionais seriam tidos como nulos e como se nunca tivessem existido* (art. VIII).

É interessante também notar que o júri proposto por Sieyès *não poderia agir por conta própria*, característica típica dos órgãos jurisdicionais (princípio da ação ou demanda²⁶⁵), conforme previsto no artigo XVII, e que *suas sessões não seriam públicas* (art. V), peculiaridade que se mantém até hoje em relação às sessões do Conselho Constitucional francês.²⁶⁶

Essa proposta, embora rejeitada na Carta de 1795, chegou a ser inserida na Constituição de 22 Frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799), ficando a cargo do

²⁶⁴ Vide: PASQUINO, Pasquale. **Sieyès et l'invention de la constitution en France**. Paris: Odile Jacob, 1998, p. 193-196.

²⁶⁵ Nesse sentido, veja-se trabalho escrito pelo autor da presente tese sobre o tema, a indicar que a necessidade de observância ao princípio da demanda é característica típica dos órgãos de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, decorrente de sua própria natureza jurisdicional: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle abstrato**... Op. cit., p. 118-146.

²⁶⁶ Em vista ao Brasil, o presidente do Conselho Constitucional da França, Jean Louis Debré, informou como funciona o novo instrumento de controle implantado na França pela revisão constitucional de 2008, de natureza concentrada e *a posteriori*, conforme divulgado nas Notícias STF de 13 de outubro de 2010: “O presidente do Conselho Constitucional relatou as regras procedimentais adotadas na corte. Informou que os processos estão totalmente informatizados e que, em média, devem ser concluídos no prazo máximo de três meses. Afirmou que os advogados têm direito a uma defesa oral de, no máximo, 15 minutos. *Declarou que as decisões do Conselho são tomadas por consenso em sessão fechada*, em que cada magistrado tem direito a apresentar sua avaliação do caso por um período de cinco minutos. Acrescentou que não são admitidas declarações de voto vencido ou opiniões minoritárias. Na sua avaliação, é importante que o Conselho Constitucional apresente posições uniformes, que garantam a estabilidade jurídica para os agentes econômicos e sociais.” (grifos nossos).

Senado (*Sénat Conservateur*) a eliminação das leis ordinárias inconstitucionais.²⁶⁷ A inovação, todavia, não teve aplicação prática, em decorrência da ascensão de Napoleão Bonaparte, que não cumpriu os termos da Constituição.²⁶⁸

Nos Estados Unidos da América, a concepção da necessidade de proteção da Constituição surgiu no contexto da defesa da federação, unindo os Estados, então confederados, com um Governo central, sob a égide de uma Constituição federal.

Alexander Hamilton, nos itens LXXVIII e LXXXI de “Os artigos federalistas”, expôs a necessidade de limitar os excessos do Poder Legislativo, esclarecendo que nenhum ato legislativo contrário à Constituição deve ser considerado válido, bem como que cabe aos juízes definir o sentido da Constituição assim como de quaisquer atos do Poder Legislativo e, caso haja um confronto irreconciliável entre ambos — entre lei e Constituição —, “a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes”.²⁶⁹ Por tais razões, a “completa independência dos tribunais é peculiarmente essencial numa Constituição limitada”.²⁷⁰ Assevera, ainda que:

Na prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição. Sem isto, todas as restrições a direitos ou privilégios equivaleriam a nada.²⁷¹

Hamilton defende, outrossim, que essa faculdade de invalidação das leis não representa uma superioridade do Poder Judiciário em relação ao Legislativo, mas sim que o poder do povo é superior a ambos:

Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os

²⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. Op. cit., p. 17.

²⁶⁸ “Não há dúvida que as ideias de Sieyès não tiveram êxito na prática. O Senado estabelecido pela C. de 1799 tolerou todas as inconstitucionalidades que foram praticadas por Napoleão Bonaparte. Foi no âmbito do sistema estabelecido pela Constituição de 1799 que Napoleão passou de Primeiro-Cônsul a Imperador dos franceses. Vê-se facilmente que o Senado, amoldado por Sieyès, não foi capaz de realizar a sua missão de impedir o prevalecimento da inconstitucionalidade.” Ibidem.

²⁶⁹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787-1788. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480-481.

²⁷⁰ Ibidem, p. 480.

²⁷¹ Ibidem.

juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais.²⁷²

A invalidação de leis por vício de inconstitucionalidade teve início, assim, nos Estados Unidos da América, como bem nota Rui Barbosa, ao comentar o poder dos tribunais de declararem a nulidade das leis inconstitucionais: “desde os tempos coloniais a jurisprudência americana se detinha ante esta questão, e várias vezes a resolvia, atribuindo esse poder, como função privativa, aos tribunais.”²⁷³ Cita, então, decisões de 1780, do Supremo Tribunal de Nova Jérsei; de 1782, da magistratura de Virgínia; de 1786, de Rhode Island; e de 1787, da Carolina do Norte, nas quais houve o reconhecimento da invalidade das leis inconstitucionais.²⁷⁴ Conclui Rui Barbosa:

[...] muito antes da Revolução Francesa o senso jurídico dos colonos anglo-saxônicos da América do Norte resolvera praticamente essa questão, vital para os países livres, do equilíbrio das assembleias políticas pelos tribunais de justiça, que, na grande e nunca tranquila França, inquieta inutilmente, há cem anos, conservadores e radicais, estadistas e reformadores, desde Sieyès até Tracy, desde Boland até Luiz Banc, e que, na Grã-Bretanha, durante o século passado, levou a perplexidade e a confusão aos espíritos mais eminentes na política e no direito, opondo, nos conflitos entre privilégio dos comuns e a autoridade dos juízes, a eloquência de Chatham à ciência profissional de Mansfield, e prorrogando indefinidamente o litígio sobre as fronteiras, sempre indecisas, entre o Parlamento e a justiça nas controvérsias constitucionais, todo dia suscitadas.²⁷⁵

O episódio mais célebre e que viria a ser considerado o embrião da *judicial review*, ou controle de constitucionalidade de molde norte-americano, ocorreu em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, no qual a Suprema Corte norte-americana, em decisão proferida por Marshall, então presidente daquele Tribunal, delineou os contornos do raciocínio que proclama a invalidade — nulidade absoluta — da lei contrária a Constituição.²⁷⁶

Como bem pontua José Afonso da Silva, foi nesse julgamento que a concepção liberal de santidade da lei sofreu a sua primeira contestação, passando a se submeter a lei ao princípio da legitimidade, para concluir que esse instrumento cresce em importância

²⁷² MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Op. cit., p. 481.

²⁷³ BARBOSA, Rui. Op. cit., p. 47.

²⁷⁴ Ibidem, p. 47-48.

²⁷⁵ Ibidem, p. 48-49.

²⁷⁶ A tradução da decisão foi feita, em sua parte essencial, por Rui Barbosa: Ibidem, p. 49-52.

quando a lei se torna um instrumento de governo:

Esse procedimento de verificação da legitimidade das leis é tanto mais importante quanto mais a lei se torna instrumento de governo, de interferência na esfera da autonomia das pessoas. É preciso, assim, estruturar meios adequados e eficazes de precaver-se contra a ameaça do legislador, que, servindo-se desse instrumento, pode instaurar um regime de força, transformando a força da lei numa lei da força.²⁷⁷

No caso, a Suprema Corte norte-americana analisou a questão constitucional sob o prisma da incompatibilidade entre o *conteúdo* da lei e a Constituição. Essa ilação pode ser facilmente alcançada mediante a análise dos exemplos trazidos por Marshall para evidenciar a necessidade de os tribunais analisarem os casos a partir da Constituição:

Muitos outros tópicos da Constituição esclareceriam ainda o assunto. Estatui ela que “não se lancem impostos sobre artigos exportados”. Supõe que se criem tributos sobre a exportação do fumo, do algodão, ou da farinha, e se instaurem processos, para os cobrar. Devem as sentenças deferir o pedido? Devem os juízes fechar os olhos à Constituição, e fitar exclusivamente a lei? A Constituição proíbe os *bills of attainder*” e as leis retroativas. Se, todavia, passar um *bill of attainder*, e em virtude dele se perseguir alguém, há de o tribunal condenar à morte as vítimas, que a Constituição quis preservar? “Ninguém”, reza a Constituição, “ninguém será convencido de traição, a não ser mediante depoimento de duas testemunhas, que jurem sobre o mesmo ato manifesto, ou confissão do próprio acusado em sessão pública do tribunal.” Aqui a linguagem da Constituição se endereça especialmente aos tribunais, prescrevendo-lhes diretamente uma regra de prova, de que não devem arredar-se. Se o Poder Legislativo alterasse a regra, decretando que a testemunha ou a confissão extrajudicial bastaria, para condenar, o princípio constitucional havia de ceder ao ato legislativo?²⁷⁸

Tratou a decantada decisão, portanto, daquilo que viria a ser, posteriormente, classificado doutrinariamente como *inconstitucionalidade material*.

A Europa, como se sabe, não abraçou o sistema de controle de constitucionalidade na mesma época em que os norte-americanos, tendo relutado até o início do século XX para adotar algum mecanismo similar, que só veio a ser amplamente implantado após a Segunda Guerra Mundial.²⁷⁹

²⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional**... Op. cit., p. 32-33.

²⁷⁸ Ibidem, p. 51.

²⁷⁹ Louis Favoreu enumera os seguintes fatores para o insucesso na implantação do controle na Europa: a) a

Eduardo García De Enterría lembra como a triste e terrível experiência do nazi-fascismo contribuiu para a ampla reimplantação dos tribunais constitucionais na Europa após a 2ª Guerra, com a finalidade de impedir que a lei se transformasse em ameaça à liberdade:

Viveu-se, sobretudo nos dois grandes países europeus que adotam o sistema, Alemanha e Itália, a trágica experiência, a enorme experiência de que o legislador passe a ser a maior ameaça para a liberdade, diante da concepção tradicional do Estado de Direito, como um Estado que se submete às leis; a lei, até agora vista como garantia, como escudo da liberdade, apareceu aqui, com um legislador arbitrário, dono do poder de fazer leis, como a possibilidade de introduzir injustiças sistemáticas, de perverter o ordenamento jurídico, na expressão de uma famosa interpretação da ordem jurídica nacional-socialista. Essa experiência é que forçou os constituintes dos dois países a fixar-se outra vez na técnica dos Tribunais Constitucionais, para precaver-se contra uma atividade legislativa arbitrária, uma vez que foi concretizado no texto constitucional um quadro de valores supremos e tendencialmente inalterável.²⁸⁰

Foi principalmente através do intelecto de Hans Kelsen que o continente europeu passou a assimilar o sistema de controle de constitucionalidade das leis. Suas formulações foram inseridas na Constituição da Áustria de 1920, que veio a constituir um novo modelo de controle de constitucionalidade, no qual o vício é analisado de uma forma abstrata e concentrada, a cargo de um único órgão, autônomo, o Tribunal Constitucional, que não faz parte do Poder Judiciário, do Legislativo e tampouco do Executivo.

Kelsen descreveu duas espécies de imperfeições que poderiam afetar o ato normativo, de modo a torná-lo inconstitucional: a primeira delas referente ao *aspecto formal* da lei, decorrente da não observância do *devido processo legislativo* quando de sua aprovação; e a segunda concernente ao próprio *conteúdo* da norma, que não se harmoniza

sacralização da lei naquele continente; b) a incapacidade do juiz ordinário europeu de exercer a jurisdição constitucional; c) a ausência de unidade de jurisdição (a Europa conta, como se sabe, com tribunais administrativos e judiciários); e d) a insuficiente rigidez da Constituição. (FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Op. cit., p. 20-22). Também tivemos a oportunidade de sustentar que um dos fatores importantes para a não aceitação do modelo estadunidense na Europa, a par das diferenças históricas de evolução dos Direitos europeu e estadunidense, foi a ausência, nos países de tradição romanística (*civil law*), do princípio da vinculação dos precedentes (*stare decisis*). Nesse sentido, vide: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato de constitucionalidade**... Op. cit., p. 67-68.

²⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed., Madri: Civitas, 1985; 3ª reimpressão, 1991 (tradução livre).

com o do texto constitucional.

Para Kelsen, o espectro *material* da Constituição — ou seja, as normas materialmente constitucionais ou matérias constitucionais por excelência ou, ainda, a Constituição em *sentido estrito* — seria bastante restrito, alcançando apenas as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais, isto é, normas de processo legislativo:

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra *significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais*.²⁸¹

Esclarece, ainda, que a Constituição em sentido *material* deve se distinguir da Constituição em sentido *formal* que, enquanto documento escrito, albergaria não só as normas de produção normativa, mas também determinadas matérias politicamente relevantes, às quais se pretenda conferir o *status* de norma constitucional:

Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como “Constituição” que — como Constituição escrita — não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o documento o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual.²⁸²

Em outra obra, destinada a expor o sistema de *jurisdição constitucional* por ele

²⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura...** Op. cit., p. 247 (destaque nosso). Esclareça-se que essa norma pode ser escrita ou consuetudinária, como esclarece Kelsen: “Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição “escrita”, para a distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária. A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo e, portanto, tem caráter vinculante, elas transformam-se em Constituição escrita.” Ibidem.

²⁸² Ibidem, p. 247-248.

idealizado, Kelsen retoma essas ideias, explicitando, com clareza, a distinção entre Constituição em sentido *estrito* (composta de normas materialmente constitucionais) e em sentido *lato* (na qual se incluem também as normas formalmente constitucionais):

Se o direito positivo conhece uma forma constitucional especial, distinta da forma legal, nada se opõe a que essa forma também seja empregada para normas que não entram na Constituição em sentido estrito, e antes de mais nada, para normas que regulam, não a criação, mas o conteúdo das leis. Daí resulta a noção de Constituição no sentido lato. É ela que está em jogo quando as Constituições modernas contêm não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais. Com isso — e o sentido primordial, senão exclusivo, dessa prática —, a Constituição traça princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras. Proclamando a igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade, na forma habitual de uma garantia aos sujeitos de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade, etc., a Constituição dispõe, no fundo, que as leis não apenas deverão ser elaboradas de acordo com o modo que ela prescreve, mas também não poderão conter disposição que atente contra a igualdade, a liberdade, a propriedade, etc.²⁸³

Assim, o jurista austríaco identifica *dois* tipos de vícios que podem afetar as leis: a inconstitucionalidade decorrente de uma irregularidade no procedimento de sua elaboração — que conhecemos como *inconstitucionalidade formal* — e a mácula advinda de uma contrariedade aos princípios e diretivas contidos na Constituição — a qual se costuma designar de *inconstitucionalidade material*:

A Constituição não é, então, unicamente uma *regra de procedimento*, mas também uma *regra de fundo*; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma *irregularidade de procedimento de sua elaboração*, seja em decorrência da *contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição*, quando excede os limites estabelecidos por esta.²⁸⁴

Elival da Silva Ramos, citando a lição de Crisafulli, identifica o vício formal como aquele que incide no ato legislativo enquanto tal, em decorrência de falha no seu

²⁸³ Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. Op. cit., p. 131-132 (grifos nossos).

²⁸⁴ Ibidem, p. 132. Adverte, contudo: “Essa distinção só é admissível com a reserva de que a inconstitucionalidade dita material é, em última análise, uma inconstitucionalidade formal, no sentido de que uma lei cujo conteúdo está em contradição com a Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como lei constitucional.” (Ibidem). Entre nós, essa assertiva não é inteiramente adequada, pois, em decorrência da existência de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), há uma reserva de matérias constitucionais que não podem ser objeto de alteração e, portanto, qualquer norma que as contrarie revela-se materialmente inconstitucional.

procedimento; e o material como o que afeta o conteúdo do ato:

A principal classificação que a doutrina oferece a respeito distingue os vícios *formais* dos vícios *materiais* ou substanciais.

Conforme esclarece Crisafulli, “vícios formais são aqueles que incidem *sobre o ato legislativo enquanto tal*, independentemente do seu conteúdo e em razão somente do procedimento seguido e da sua externalização: caracterizados, assim, *pela violação de normas instrumentais*”. Ainda para o citado autor, vícios “materiais ou de substância são, ao contrário, aqueles inerentes ao conteúdo do ato, por aquilo que nele está disposto, prescindido de qualquer consideração de ordem formal (o ato, isto é, pode ter sido formado com pleno respeito em contraste com normas constitucionais disciplinadoras daquilo que, conforme o caso, se *deve* ou se *pode* validamente dispor)”.²⁸⁵

E arremata:

Em outros termos, a inconstitucionalidade formal seria aquela decorrente da violação das normas-parâmetro que disciplinam o processo legislativo, ao passo que a inconstitucionalidade material seria derivada da desconformidade entre o conteúdo normativo da lei e o conteúdo normativo da Constituição.²⁸⁶

No dizer de José Afonso da Silva, o processo legislativo se constitui de um “conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizados pelos órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis”.²⁸⁷

Formal, portanto, é o vício que decorre de não observância das normas constitucionais que disciplinam o *processo legislativo* em qualquer um de seus atos: iniciativa, emenda, votação ou sanção. Os vícios formais atingem o ato normativo individualmente considerado, em seu processo de formação legislativa, sem necessidade de análise de seu conteúdo.

O vício material, por sua vez, constitui uma desconformidade entre o conteúdo, o teor, a matéria, o objeto da lei e o teor da norma-parâmetro constitucional, que pode ser tanto uma regra como um princípio constitucional.²⁸⁸ Há um contraste entre a previsão

²⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** Op. cit., p. 149. A obra de Crisafulli citada é esta: CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di diritto costituzionale**. 4. ed. Padova: Cedam, 1976, v. 2, p. 437.

²⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** Op. cit.

²⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional...** Op. cit., p. 42.

²⁸⁸ “A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei e a

normativa existente na lei e aquela esculpida no texto constitucional, que deve prevalecer sobre a primeira por força dos princípios da supremacia e da rigidez constitucionais.

4.2.2 A inconstitucionalidade orgânica ou por incompetência

A partir dessa distinção fundamental, foram sendo desenvolvidas outras diferenciações, com a finalidade de melhor identificar os vícios que atingem os atos normativos e evidenciar a melhor forma de saná-los.

Uma terceira hipótese de vício delineada pela doutrina relaciona-se com a *competência* para a edição de determinada norma.

Em um Estado federado, caso a lei seja editada por um dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, no caso brasileiro) que não possua competência legislativa para dispor sobre aquela matéria, haverá mácula na sua formulação. Esse vício é classificado, doutrinariamente, como *inconstitucionalidade orgânica*, em decorrência de a lei ter sido editada por órgão da federação que não dispunha de competência para tanto.

Para sua melhor assimilação, pode-se propor a denominação de *inconstitucionalidade incompetência*, pois, embora o ente federativo possua competência para editar atos normativos, neste caso o faz acerca de matérias que não estão em sua esfera de competência, segundo as regras de divisão previstas na própria Constituição Federal.²⁸⁹

O conceito de lei, sob o ponto de vista dogmático e centrado no Direito positivo, é obtido, como esclarece Elival da Silva Ramos, “a partir de seus caracteres formais, em que

Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional — e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) — ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegítimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º *caput*, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da harmonia.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** Op. cit., p. 51.

²⁸⁹ Para uma análise da divisão de competências na Constituição de 1988, vide ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84-85. No mesmo sentido: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. O federalismo e o modelo brasileiro de distribuição territorial do poder. **Revista de Direito Educacional**. São Paulo: RT, v. 4, p. 87-108, jul. 2011.

se destacam o órgão competente para editá-la e o procedimento estabelecido para sua elaboração”.²⁹⁰ A inconstitucionalidade orgânica ou por extrapolação de competência atinge o primeiro elemento do referido conceito de lei, *o órgão competente para editá-la*, enquanto a inconstitucionalidade formal propriamente dita alcança o segundo, *o procedimento estabelecido para a sua elaboração*.

Todavia, nem todos fazem essa distinção. Clèmerson Merlin Clève,²⁹¹ Luís Roberto Barroso,²⁹² Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco²⁹³ identificam a imperfeição orgânica, mas classificam-na como uma espécie de inconstitucionalidade formal.

Já para Elival da Silva Ramos, a inconstitucionalidade orgânica constitui uma *terceira categoria* de inconstitucionalidade, diversa das anteriores (material e formal), pois, embora diga respeito ao ato normativo em si considerado, deve, necessariamente, levar em consideração o seu conteúdo normativo:

Em nosso entender, é preciso extremar duas situações distintas: a incompetência para a prática do ato de iniciativa do processo legislativo e incompetência para a edição da lei. Na primeira hipótese, trata-se, indubitavelmente, de inconstitucionalidade formal, consistente na violação das normas que regem o procedimento de elaboração legislativa.

²⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** Op. cit., p. 15.

²⁹¹ “Inconstitucionalidade formal e orgânica — A inconstitucionalidade orgânica, decorrente de vício de incompetência do órgão que promana o ato normativo, consiste numa das hipóteses de inconstitucionalidade formal. Diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando elaborada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou quando segue procedimento diverso daquele fixado na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita). Pode, então, a inconstitucionalidade resultar de vício de elaboração ou de incompetência.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.

²⁹² “A Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação. De parte isso, em sua dimensão substantiva, determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrera inconstitucionalidade *formal* quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido par seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será *material* quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio. A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade *orgânica*, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. Se, por exemplo, a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal ou em matéria de direito civil, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria. De outra parte, haverá inconstitucionalidade *formal propriamente dita* se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** Op. cit., p. 48-49.

²⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.061.

Na segunda hipótese, não são essas as normas violadas e sim aquelas concernentes à discriminação constitucional da competência legislativa. Aqui, sustentamos que se cuida de uma terceira categoria de inconstitucionalidade, diversa das duas outras (formal e material).

Com efeito, se o vício formal se reporta diretamente ao ato e o vício material ao seu conteúdo normativo, o vício de incompetência diz respeito ao ato, mas em função de seu conteúdo normativo. Afinal, a falta de competência para a prática do ato legislativo é apurada conforme critérios *ratione materiae* de distribuição, de que se vale o Legislador Constituinte.²⁹⁴

Carlos Blanco de Moraes também diferencia a inconstitucionalidade orgânica da formal, mas sobre aquela tem uma noção um pouco mais amplificada, embora igualmente identificando-a com a violação a uma regra constitucional de competência.²⁹⁵

Segundo o mestre português, não seria correta a doutrina que classifica esse vício como “adulterino”, decorrência de ser germinado a partir de uma relação ilícita entre vícios materiais e formais, porque tal inconstitucionalidade “não pressupõe, necessariamente, a pré-existência de vícios formais, já que o ato praticado por um órgão sem competência para o efeito pode ter sido gerado de acordo com os trâmites constitucionais relativos à produção e revelação de actos respeitantes à mesma norma”.²⁹⁶ Tampouco pressuporia, essa espécie de mácula, “uma prévia inconstitucionalidade material, já que o conteúdo do acto aprovado por um órgão sem competência pode ser compatível com o conteúdo das normas constitucionais que conformam o seu objecto mediato”.²⁹⁷ Conclui, assim, ser mais correto “considerar esta espécie de defeito como consequência de uma viciação nos *pressupostos*, simultaneamente subjectivos e objectivos do ato”.²⁹⁸ Assim, o vício pode atingir, Segundo Blanco de Moraes, tanto a vertente subjetiva como a objetiva da competência. No primeiro caso:

A inconstitucionalidade orgânica pode ocorrer por defeito na vertente *subjectiva* da competência, no caso de o órgão não ter existência jurídica efectiva no momento em que pratica o acto; no caso de os titulares do mesmo órgão serem coagidos na formação de sua vontade psicológica; no caso de a mesma vontade ter sido defraudada; ou na circunstância de os titulares do órgão que exprima a vontade funcional geradora do acto

²⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis...** Op. cit., p. 150-151.

²⁹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: t. 1: garantia da Constituição e controle de constitucionalidade. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2006, p. 154.

²⁹⁶ Ibidem, p. 155.

²⁹⁷ Ibidem.

²⁹⁸ Ibidem.

carecerem de legitimidade ou não se encontrarem no devido exercício devido de funções.²⁹⁹

Na vertente objetiva, essa imperfeição ocorreria quando:

[...] o órgão pratica um acto correspondente a uma função do Estado que não se lhe encontra cometida; quando invade a reserva material de poder de outros órgãos; e quando excede os limites da sua competência, neles incluídos os que se encontram em autorizações para o exercício de determinadas responsabilidades.³⁰⁰

Distingue, então, formas radicais, absolutas e relativas de incompetência. A forma radical ocorreria quando há:

uma preterição total dos atributos elementares da vertente subjectiva da competência (inexistência de órgão, ilegitimidade do titular, coacção sobre a vontade psicológica), ou uma penetração indevida e ostensiva de um acto no núcleo do universo material subjacente a uma função estatal de que o órgão que o pratica não é titular (usurpação de poder).³⁰¹

Já a incompetência *absoluta* estaria presente “quando a um órgão seja vedado, na totalidade, o exercício de um poder funcional sobre dada matéria”,³⁰² citando Blanco de Moraes o exemplo de um decreto-lei do Governo que viole a competência da Assembleia da República portuguesa,³⁰³ ou a incursão de um decreto legislativo regional no espaço de competências próprias ou exclusiva dos órgãos de soberania³⁰⁴ (neste último caso, ao que tudo indica, identificando-se com a noção de inconstitucionalidade orgânica existente no Brasil).

Por fim, a incompetência *relativa* caracterizar-se-ia “quando, não se encontrando

²⁹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**.... Op. cit. Em sentido contrário, a opinião de Elival da Silva Ramos, para quem: “A caracterização de vícios que atinjam a manifestação de vontade, tal qual sucede no Direito privado (erro, dolo, coacção relativa, etc.), é totalmente afastada do domínio da invalidade legislativa, pela própria natureza da lei (em geral, um ato complexo criado mediante o transcurso de um longo *iter* procedimental, e passível de revogação por outro ato de igual força) e em atenção à segurança nas relações jurídicas.” RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**... Op. cit., p. 35.

³⁰⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**.... Op. cit., p. 156.

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Ibidem.

³⁰³ No Brasil, incidiria em tal vício a regulamentação de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas Legislativas (CF, arts. 49, 51 e 52) por parte do Executivo, seja por meio de decreto, seja pela apresentação de projeto de lei tratando dessas matérias (v. g., a lei que disciplina as Comissões Parlamentares de Inquérito (Lei n. 1.579/1952).

³⁰⁴ Ibidem, p. 156.

reunidas as condições jurídicas ou fáticas de carácter objectivo para que um órgão exerça o poder funcional destinado à prática de um acto no âmbito de certa matéria, o acto é, mesmo assim, praticado”.³⁰⁵ Cita como exemplos: o decreto-lei que, embora autorizado, ultrapassa os limites da autorização em termos de objeto e extensão, “os decretos-legislativos regionais que violem o limite positivo do interesse específico, fazendo-o todavia dentro do espectro das matérias da órbita concorrencial ente o Estado e as regiões”³⁰⁶ etc.

Blanco de Moraes chega a mencionar como vício radical a usurpação de poder, “quando um órgão pratica actos próprios de uma função do Estado que se lhe não encontra cometida pela Constituição”.³⁰⁷ Cita como exemplos: a revogação de sentenças por ato legislativo parlamentar ou governamental; a prática de atos administrativos com eficácia externa por parte da Assembleia da República; a prolação de sentenças aditivas e inovadoras que conformem como genuína atividade normativa primária; e a invasão manifesta do núcleo da reserva autônoma da administração por lei ordinária.³⁰⁸

Como se pode notar, a classificação proposta pelo jurista luso é também para nós bastante útil para evidenciar más práticas normativas que não raro acontecem em nosso País. A partir dessa classificação torna-se mais fácil a identificação das máculas, permitindo a sua prevenção ou a necessária invalidação pelos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Também a doutrina italiana diferencia o vício de incompetência das inconstitucionalidades formal e material. Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò vislumbram duas espécies de incompetência para edição de leis: a primeira (*incompetência* relativa) ocorreria no caso de a competência para legislar pertencer a outro órgão; a segunda (*incompetência* absoluta), quando nenhum órgão fosse competente para legislar sobre a matéria.³⁰⁹

Enquanto na *incompetência relativa* a lei, embora formal e materialmente

³⁰⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**.... Op. cit.

³⁰⁶ Ibidem, p. 157.

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 2012, p. 247.

constitucional, não teria sido editada pelo órgão competente para tanto, sendo o vício, assim, passível de ser corrigido, na *incompetência absoluta* inexistiria órgão competente para a edição da espécie normativa.³¹⁰ Nesta última hipótese, entendem os autores que se trata de desvio de poder legislativo, mediante o abuso da função para finalidade que não lhe é própria.³¹¹

Resta observar, por fim, que o *vício de iniciativa*, embora esteja intimamente ligado ao *procedimento* e, portanto, ao ato em seu aspecto formal, possui peculiaridade, pois para a sua configuração é necessária a análise do rol de matérias cuja prerrogativa de dar início ao processo legislativo é reservada a agentes públicos ou órgãos constitucionalmente previstos. A título de exemplo: tendo em vista serem de iniciativa exclusiva do Presidente da República as leis que disponham sobre “servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria” (CF, art. 61, § 1º, II, “c”), poder-se-ia cogitar se uma lei de iniciativa de membro do Congresso Nacional destinada a regulamentar o *direito de greve dos servidores públicos* (art. 37, VI) padeceria de vício, por imiscuir-se, indevidamente, no regime jurídico dos servidores públicos.³¹²

Vislumbra-se que, para saber se a matéria objeto do projeto de lei é de competência privativa do Executivo, faz-se necessária a análise do rol de temas de iniciativa exclusiva desse órgão e, ainda, a investigação sobre a inserção do objeto do projeto de lei nessa órbita. Portanto, há que se analisar o objeto, o conteúdo, da lei e não apenas os seus aspectos formais.

Há nesse caso uma abordagem que vai além do exame dos elementos meramente formais do processo legislativo.

Todavia, em virtude de a iniciativa ser uma das fases do processo legislativo, no

³¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. Op. cit., p. 247-248.

³¹¹ Ibidem, p. 248. A hipótese denominada pelos autores como *incompetência absoluta* adequa-se ao conceito da inconstitucionalidade finalística, que será objeto de análise a seguir, em seção própria (item 4.2.3 *infra*), pois entendemos que se trate de vício cujas características distinguem-no das demais espécies.

³¹² Dispondo sobre os termos e limites do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, há, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 4.479/2001, de autoria da deputada Rita Camata, com vários outros projetos anexados; no Senado, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei n. 710/2011, de autoria do senador Aloysio Nunes Ferreira, a indicar que a análise acerca da iniciativa legislativa reservada nem sempre é tão evidente. Nesse caso, por se tratar de regulamentação de direito social (CF, art. 9º), entendemos que não se trata de iniciativa exclusiva do Presidente da República, sendo viável a iniciativa parlamentar.

qual está, portanto, inserida, o vício que a atinge alcança o próprio processo legislativo. Se a mácula atinge o processo legislativo, não vemos incoerência em denominá-la de *inconstitucionalidade* pura e simplesmente *formal* e não *orgânica*. Ademais, o vício que incide sobre a iniciativa gera a inconstitucionalidade de todo o ato normativo, de toda a lei, característica típica dos vícios formais.

Já em relação ao vício *orgânico* propriamente dito (incompetência), a *inconstitucionalidade decorrente de extrapolação de competência*, entendemos seja relevante a sua classificação em uma categoria à parte, diversa das anteriores (formal e material). É possível que a norma gestada não contenha mácula alguma quanto aos aspectos formais do processo legislativo que lhe deu origem e que sequer o seu conteúdo contraste como os princípios e regras constitucionais — não havendo, assim, vícios formais nem materiais. Portanto, a inconstitucionalidade, neste caso, decorreria apenas do não preenchimento de um pressuposto necessário à edição da lei: *a competência legislativa*.

A distinção de tais categorias tem o mérito de permitir a identificação, com maior evidência, da existência ou não de vícios na lei, facilitando, assim, o seu controle. Por outro lado, propicia uma maior racionalização no estudo da inconstitucionalidade, permitindo a identificação precisa dos vícios.

4.2.3 A inconstitucionalidade finalística ou decorrente do desvio de poder legislativo

A par dessas três variedades da tipologia de inconstitucionalidade, a doutrina evidencia ainda uma *quarta* manifestação, decorrente do *abuso do poder legislativo*, que pode acarretar a *violação dos critérios de proporcionalidade ou razoabilidade*.

J. J. Gomes Canotilho expõe que, atualmente, quando se trata da figura do “desvio do poder legislativo como vício da lei não se pretende tanto confrontar a lei com um parâmetro e daí deduzir a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas confrontar a lei consigo mesma, tendo em especial atenção os fins por ela prosseguidos”.³¹³ De fato, segundo a doutrina do desvio de poder administrativo, sempre que a

³¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...** Op. cit., p. 1.317.

norma atribui a uma autoridade o órgão de administração um poder com vista a determinado fim (condicionante do exercício da sua competência) e essa autoridade ou órgão prossegue fins distintos dos fixadas pela norma, a decisão ou deliberação (acto administrativo) que adopte deve considerar-se viciada de nulidade.³¹⁴

Todavia, atesta o mestre português que a doutrina tradicional não admitia a aplicação desse raciocínio ao âmbito de liberdade de conformação legislativa, pois a “discrecionarietà do legislador ou, como hoje se diz, o *âmbito de liberdade de conformação legislativa*, não eram susceptíveis de controlo e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei”.³¹⁵

Jorge Miranda menciona, igualmente, o vício decorrente do desvio de poder legislativo:

Afigura-se que existem vícios quanto ao conteúdo dos actos legislativos (em paralelo com os vícios dos actos administrativos): *violação de lei constitucional e desvio de poder legislativo* — aquela patenteada através da pura e simples contradição de conteúdos tal como constam dos textos e esta através da contradição entre os fins da norma e do acto e os fins da norma constitucional; aquela apurando-se, por conseguinte, por mera subsunção e esta exigindo ponderação.³¹⁶

Reconhece, também, a existência de doutrina a sustentar que o juízo de constitucionalidade deva compreender o exame da *racionalidade* da lei, mediante o qual se pode aquilatar mácula decorrente da contradição interna da lei ou da inadequação do seu conteúdo com o seu fim: “Há ainda quem sustente que o juízo de constitucionalidade (sobretudo em face do princípio da igualdade) não pode deixar de envolver a consideração da *razoabilidade* da norma ou da solução”.³¹⁷ Esclarece, então, o mestre português que a razoabilidade é um conceito que pode ser entendido de diferentes maneiras, a incluir, dentre elas, a *coerência interna da lei*, *razoabilidade imanente*:

Pode equivaler a adequação à *ratio Constitutionis*, a harmonia de valorações, a proporcionalidade, a respeito do processo equitativo (*due*

³¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...** Op. cit., p. 1.318.

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 43.

³¹⁷ Ibidem, p. 47.

process of law). Ou pode significar não já adequação teleológica, mas sim adequação lógica, coerência interna da lei, razoabilidade imanente.³¹⁸

Todavia, parece ser um tanto cético quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade da razoabilidade interna da lei:

Em qualquer das acepções compreendidas na primeira perspectiva, a preterição da razoabilidade redonda ainda em desvio de poder. Já não tanto, na segunda óptica, em que desponta o risco de transformar a apreciação da lei ou do acto num exame de Legística ou num juízo de mérito.³¹⁹

Contra a concepção tradicional, construída no sentido de inadmitir, por entender que o Legislativo possui discricionariedade no exercício de seu poder, o controle do excesso de poder legislativo, voltar-se-iam, hoje, como atesta Canotilho, poderosas críticas, pois a lei acaba por estar sempre vinculada a um fim constitucionalmente fixado e, por outro lado, não pode ser *contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma*.³²⁰

Também na Itália, a doutrina identifica como *desvio de poder legislativo* os vícios decorrentes de contradição interna da lei, podendo ser citados, nesse tema, Franco Modugno,³²¹ Antonio Ruggeri e Antonino Spadaro³²² (vide item 5.6, *infra*, acerca de uma breve análise da doutrina e jurisprudência italianas).

Doutrina e jurisprudência nacionais admitem, serenamente, a possibilidade de existência de desvio de poder não só na atividade administrativa como na legislativa e, até

³¹⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit.

³¹⁹ Ibidem.

³²⁰ “Contra uma concepção absoluta de lei como *acto livre no fim*, movem-se hoje poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos *teleologicamente* relevantes nos actos legislativos: (i) em primeiro lugar, a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos *fins* estabelecidos na constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a *lei* é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, *não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma*. Nas duas hipóteses assinaladas, topariamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da constituição; no segundo caso, o fim *imanente* à legislação imporia os limites materiais da *não contrariedade, razoabilidade e congruência*. Nas duas hipóteses assinaladas, topariamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da constituição; no segundo caso, o fim *imanente* à legislação imporia os limites materiais da *não contrariedade, razoabilidade e congruência*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**... Op. cit., p. 1.318 (grifos nossos e no original).

³²¹ MODUGNO, Franco. **L’invalidità della legge**. Milano: Giuffrè, 1970, v. 2, p. 334, *apud* PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004, p. 229-250.

³²² RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. **Lineamenti di giustizia costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 104-123.

mesmo, na judiciária. Nesse sentido, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

Tanto pode existir desvio de poder em ato administrativo quanto em ato legislativo ou jurisdicional.

Assim como o ato administrativo está assujeitado à lei, às finalidades nela prestigiadas, a lei está assujeitada à Constituição, aos desideratos ali consagrados e aos valores encarecidos neste plano superior.

Demais disto, assim como um ato administrativo não pode buscar escopo distinto do que seja *específico* à *específica* norma legal que lhe sirva de arrimo, também não pode a lei buscar objetivo diverso do que seja inerente ao específico dispositivo constitucional a que esteja atrelada a disposição legiferante expedida. Ou seja, se a Constituição habilita legislar em vista de dado escopo, a lei não pode ser produzida com traição a ele.³²³

Cita, então, o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com espreque no magistério de Caio Tácito, diversos julgados, até mesmo antigos, do Supremo Tribunal Federal, nos quais o desvio de poder é explicitamente reconhecido como vício suscetível de macular a produção legislativa.³²⁴

O fenômeno não passou despercebido a Clèmerson Merlin Clève que, invocando Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho, reconhece a existência de vício decorrente do desvio ou excesso de poder legislativo e da violação ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, inserindo-o, contudo, dentre os casos de inconstitucionalidade *material*:

Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à “liberdade de conformação do legislador”, tenha sido editada “não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles”, ou tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável. Trata-se, no primeiro caso, da hipótese de desvio ou excesso do poder legislativo, e, no segundo, de manifesta ofensa ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade dos atos do Poder Público, e aqui, do Poder Legislativo.³²⁵

E conclui:

³²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 18. ed., 2005, p. 905.

³²⁴ *Ibidem*, p. 905-906.

³²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata...** Op. cit., p. 45-47.

Em muitos casos a teoria do excesso de poder e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem cobrir um mesmo campo teórico, oferecendo, portanto, soluções semelhantes (senão idênticas) quando da aferição da legitimidade de determinados atos normativos do Poder Público.³²⁶

No mesmo sentido, o entendimento de Luís Roberto Barroso:

Por fim, diversos autores incluem no estudo da inconstitucionalidade material a questão do desvio ou excesso de poder legislativo, caracterizado pela edição de normas que se afastam abusivamente dos fins constitucionais e/ou dos fins declarados. A ascensão e difusão do princípio da razoabilidade, com sua exigência de adequação entre meio e fim, de necessidade da medida (com a consequente vedação do excesso) e de proporcionalidade em sentido estrito, de certa forma atraiu o tema para seu domínio, tornando-se, na atualidade, um dos principais parâmetros de controle da discricionariedade dos atos do Poder Público.³²⁷

Na doutrina portuguesa, Carlos Blanco de Moraes também vê na espécie uma inconstitucionalidade *material*: “Fala-se, igualmente, na *incoerência e na irracionalidade* como *vícios lógicos intrínsecos* do acto, susceptíveis de implicarem a sua inconstitucionalidade material, situação que tem sido abundantemente tratada na doutrina italiana.”³²⁸

Canotilho faz, contudo, duas advertências: (i) quando é a própria Constituição que subordina a lei a fins específicos — entre nós poder-se-ia citar como exemplo a determinação no sentido de que a propriedade atenda a sua função social, CF, art. 5º, XXIII — e a lei não os observa, a inconstitucionalidade daí resultante *não* decorre de abuso de poder, revelando-se apenas como uma hipótese de *inconstitucionalidade material*, por violação dos fins constitucionalmente prescritos; (ii) em relação aos casos de *irrazoabilidade* e de *contrariedade intrínseca da lei*, corre-se o risco de transformar o juízo de constitucionalidade em juízo de mérito do ato, pois, segundo o seu entender, ao “órgão fiscalizador da inconstitucionalidade está vedado valorar-se se a lei cumpre bem ou mal os fins por ela estabelecidos”.³²⁹

³²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata...** Op. cit., p. 47-48.

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...** Op. cit., p. 52-53.

³²⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional...** Op. cit., p. 146.

³²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...** Op. cit., p. 1.319-1.320.

Por tais razões, essas máculas, que o mestre português denomina de “*vícios de mérito*”, constituir-se-iam nos assuntos mais difíceis no que diz respeito ao controle de constitucionalidade de leis, emanando daí duas questões básicas:

(1) a fundamentação da decisão pode assentar em vícios produzidos no âmbito da liberdade de conformação do legislador ou no exercício do poder discricionário dos órgãos legiferantes?; (2) a fundamentação da decisão pode basear-se em vícios que afectam a vontade do legislador como o erro, dolo ou coação?³³⁰

Quanto à segunda questão proposta, referente ao vício da vontade, já tratamos do tema na análise da inconstitucionalidade orgânica, tópico para o qual se remete o leitor (item 4.2.2, *supra*).

No tocante ao primeiro questionamento, Canotilho anota certas cautelas que devem ser observadas na realização do controle de constitucionalidade de vícios decorrentes do “excesso” ou do “desvio do poder legislativo”, a exigir que haja uma *profunda incongruência* entre o uso do poder legislativo e os fins ou escopos constitucionalmente fixados.³³¹ Nessa linha de pensamento, para Canotilho, em alguns casos poder-se-ia confrontar a lei *com ela própria*, “perguntando se existem ou não os pressupostos de facto legitimadores da edição de uma determinada disciplina legislativa, ou *se o regime jurídico estabelecido por lei é ilógico, arbitrário ou contraditório*”.³³² Assim, afirma que os vícios de mérito da lei podem ser elencados em duas categorias, a saber:

(1) vícios de mérito porque o uso do poder legislativo no sentido de impor determinadas soluções é objectivamente inadmissível perante determinadas circunstâncias, violando-se regras e princípios constitucionais (princípio da igualdade, princípio da proibição do excesso, direitos, liberdades e garantias); (2) vícios de mérito por *irrazoabilidade da lei* captada através de um conjunto de manifestações (inconsequência, incoerência, ilogicidade, arbitrariedade,

³³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...** Op. cit., p. 1.320.

³³¹ “O ‘excesso’ do poder legislativo ou ‘desvio’ do poder legislativo entendido como vício de mérito eventualmente justificativos da nulidade da lei devem ser transpostos para o sistema de fiscalização da inconstitucionalidade com muitas cautelas. Em primeiro lugar, deve demonstrar-se que existe uma *profunda incongruência* entre o uso do poder legislativo e os fins ou escopos fixados pela Constituição. A fixação de fins pela Constituição condiciona o uso em concreto do poder legislativo, sendo possível, em certos casos, controlar se existe ou não adequação entre os fins constitucionais e os meios utilizados para os prosseguir, e se os fins prosseguidos são radicalmente diversos dos visados pelas normas e princípios constitucionais.” Ibidem, p. 1.320.

³³² Ibidem (grifo nosso).

contraditoriedade, completo afastamento do senso comum e da consciência ético-jurídica comunitária).³³³

No presente estudo interessa investigar a segunda espécie de vícios de mérito mencionada, decorrente da *irrazoabilidade da lei consigo própria, captada através de um conjunto de manifestações, como a inconsequência, incoerência, ilogicidade, arbitrariedade, completo afastamento do senso comum e da consciência ético-jurídica comunitária*. Os vícios dessa espécie poderiam ser sinteticamente identificados como vícios *violadores da regras de Legística*, pois, através dessa ciência, como visto, procura-se, justamente, afastar da confecção da lei as imperfeições acima mencionadas — que afetam a segurança jurídica —, de modo a produzir legislação de qualidade.

Elival da Silva Ramos defende, a nosso ver acertadamente, a existência de uma *quarta categoria de inconstitucionalidade* que pode viciar os atos normativos, distinta das demais e dotada de características próprias, a que denomina de *inconstitucionalidade finalística*.³³⁴ Esclarece o mestre das Arcadas que não “se trata aqui de mera desconformidade entre o fim buscado pelo ato legislativo e o fim assinalado em norma constitucional, o que redundaria no vício de inconstitucionalidade material”, mas sim de situações em que “o ato legislativo se mostra inadequado para a consecução dos fins por ele próprio perseguidos ou contraditório em si mesmo, ou ainda, desproporcional no tocante à acomodação de dois ou mais princípios constitucionais que por ele devam ser prestigiados”.³³⁵ E detalha as características e desdobramentos da inconstitucionalidade finalística:

Nessa ampla categoria deve-se incluir toda sorte de contradição entre o ato legislativo e os fins que lhe forem assinalados pelas normas constitucionais, podendo-se mesmo falar em subespécies de inconstitucionalidade finalística, dentre elas destacando-se: (A) a falta de aptidão mínima da lei para atingir o objetivo traçado pela Constituição e ao qual pretendeu se submeter o legislador; (B) o excesso na promoção de determinada medida restritiva, embora ajustada, a princípio, à teleologia constitucional; (C) a inadequada otimização de duas normas-princípio potencialmente colidentes, exacerbando-se a força prescritiva

³³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**... Op. cit.

³³⁴ “Sustentamos que há uma quarta modalidade de vício de inconstitucionalidade dotada de autonomia em relação às demais, qual seja a inconstitucionalidade finalística, denominada, por muitos autores, excesso de poder legislativo ou desvio de poder legislativo.” RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**... Op. cit., p. 49-50.

³³⁵ Ibidem, p. 50.

de uma delas em detrimento ao núcleo essencial de outra; (D) a deficiente estruturação interna do ato legislativo, quer sob o aspecto formal, quer sob o aspecto de conteúdo, tornando-o inábil à consecução do fim (mediato) que lhe é inerente, no plano da segurança jurídica.³³⁶

A inconstitucionalidade finalística está ligada aos fenômenos da falta de razoabilidade ou de proporcionalidade do ato legislativo. Razoabilidade e proporcionalidade são conceitos que não se equivalem e, em geral, não estão expressamente previstos nas Constituições cujos ordenamentos preveem a sua supremacia hierárquica.³³⁷ Historicamente, a razoabilidade é exigência que partiu do sistema jurídico estadunidense, enquanto a proporcionalidade tem origem no constitucionalismo germânico.³³⁸

A proporcionalidade na jurisprudência alemã tem um âmbito mais restrito de incidência que a razoabilidade, tratando-se de técnica de controle de constitucionalidade da legislação restritiva de direitos fundamentais,³³⁹ enquanto a razoabilidade norte-americana tem um espectro de atuação muito mais amplo, fundada que é no princípio da *common law* segundo o qual as leis devem observar padrões de razoabilidade e racionalidade, a permitir o controle finalístico da legislação, como esclarece Silva Ramos:

tomando como parâmetro a cláusula do devido processo legal, em sua

³³⁶ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. **Revista Mestrado em Direito: Direitos Humanos Fundamentais**, v. 10, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://intranet.unifio.br/legado/edificio/index.php/rmd/article/view/423/471>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

³³⁷ Uma exceção a essa regra é o estado de São Paulo, onde a Carta estadual submete a administração pública ao princípio da razoabilidade: “Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (NR) - Redação dada pela Emenda Constitucional n. 21, de 14/2/2006.”

³³⁸ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade... Op. cit.

³³⁹ “Na Alemanha, muito embora o termo proporcionalidade também possa ser empregado em acepção genérica, por vezes indicativa de princípio constitucional (implícito) ou de técnica de interpretação de princípios constitucionais de incidência simultânea ou, ainda, de raciocínio que permite otimizar a aplicação de normas jurídicas de conteúdo variado, o certo é que, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional construiu-se, doutrinariamente, um conceito bem mais preciso e, na mesma medida, bem mais restritivo de proporcionalidade. Cuida-se, nesse caso, de técnica de controle da cos. De legislação restritiva de direitos fundamentais, a qual tem em vista direitos de liberdade ou de propriedade, vale dizer, espaço reservados à autonomia individual, passíveis de sofrerem compressão fundada na preservação de outros direitos fundamentais de igual porte hierárquico ou na observância de normas constitucionais, que, explícita ou implicitamente, consagram certas imposições da vida em coletividade. Por meio do controle de proporcionalidade o *Bundesverfassungsgericht* verifica a aptidão da legislação restritiva para alcançar os objetivos a que se predispõe (adequação), a existência ou não de medidas alternativas menos gravosas ao direito restringido (necessidade) e se a legislação fiscalizada consegue harmonizar, satisfatoriamente, a norma sede do direito fundamental comprimido com as normas constitucionais contrapostas, preservando o núcleo irredutível da cada preceito (proporcionalidade em sentido estrito). Ibidem.

dimensão substantiva, incompatível com leis inadequadas, excessivas ou teleologicamente desbalanceadas ou até mesmo irracionais, em face da inconsistência interna, formal ou material, de seus comandos.³⁴⁰

Assim, a *inconstitucionalidade finalística* tem um espectro de incidência maior — também alcançado pelo postulado da razoabilidade, pela sua grande plasticidade — que o controle da proporcionalidade, pois, além de abranger todas as hipóteses em que se pode constatar a “desproporcionalidade (inadequação, desnecessidade, desbalanceamento na implementação de normas finalísticas concorrentes)”, alcança, outrossim:

aquelas em que não há, propriamente, desproporção entre meios e fins e sim inaptidão formal do ato legislativo, de modo a não permitir a compreensão de seu significado (obscuridade, laconicidade etc.), ou contraditoriedade ou ilogicidade (irracionalidade) em seu conteúdo dispositivo.³⁴¹

Percebe-se que a inconstitucionalidade finalística se manifesta de diversas formas, algumas delas já tendo sido objeto de estudos específicos entre nós.³⁴²

A vertente que nos interessa nesse momento e que se conecta ao estudo da Legística é aquela afeta à última subespécie descrita acima, qual seja, a inaptidão *decorrente de deficiente estruturação interna do ato legislativo, redacional ou de conteúdo*, a impedir a sua correta compreensão e aplicação por todos que lhe devem cumprimento. Trata-se de vício ligado à radical inobservância de regras de Legística, a constituir impropriedade de tal gravidade a ponto de impedir que a lei possa surtir efeitos e obrigar, dada a sua vagueza, teor lacônico, obscuridade, contraditoriedade, ilogicidade ou a irracionalidade de seu conteúdo normativo ou de sua estruturação interna.

Em decorrência de severa deficiência redacional ou estrutural interna, a norma fere os *princípios do devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV) e *da segurança jurídica*, extraído do conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1).

A seguir, analisaremos a doutrina e jurisprudência estrangeiras sobre o tema para, em seguida, procurar caracterizar o vício em questão, qual seja, a *inconstitucionalidade*

³⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade... Op. cit., p. 124-125.

³⁴¹ Ibidem, p. 128.

³⁴² Nesse sentido, veja-se: VIANA, Felipe Benedito. Op. cit.

finalística intrínseca ao ato normativo eivado de severa deficiência redacional ou estrutural interna, por violação aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica.

5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB O ASPECTO FORMAL E ESTRUTURAL INTERNO DAS NORMAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

O Direito Comparado possui um rico repertório de experiências e de construções doutrinárias, hábeis a nos fornecer subsídios para melhor construir o Direito pátrio no tocante ao controle da má formação interna da lei.

A importação das categorias estrangeiras deve, contudo, ser feita com extrema cautela, verificando-se não apenas a sua adaptabilidade ao Direito nacional, como também a sua funcionalidade, no sentido de tornar mais eficiente a sistematização interna, como bem enfatiza Elival da Silva Ramos:

Não se questiona que o Direito Comparado, dentre outras serventias, pode ser extremamente útil à compreensão do direito nacional. Entretanto, a importação de categorias doutrinárias alienígenas deve ser feita de modo extremamente criterioso. Não basta a verificação da compatibilidade da construção teórica com o ordenamento jurídico nacional: faz-se necessário perquirir de sua *funcionalidade*, isto é, se contribui do modo mais eficiente possível para a sistematização do direito pátrio.³⁴³

No tocante ao tema da inconstitucionalidade finalística decorrente de grave deficiência interna ou redacional do ato normativo, a importância da análise do Direito Comparado é ainda maior, tendo em vista que tanto a doutrina como a jurisprudência nacionais são muito escassas acerca desse tema. Desse modo, passaremos a examinar, com a brevidade que impõe o presente estudo, as principais manifestações, doutrinárias e jurisprudenciais, estrangeiras acerca de imperfeições na formação dos atos normativos e suas consequências, em particular a invalidação dessas normas por meio do exercício da jurisdição constitucional.

5.1 Nos Estados Unidos

Os Estados Unidos da América são pioneiros não só na realização do controle de

³⁴³ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade... Op. cit.

constitucionalidade das leis, como, também, no delineamento teórico da inconstitucionalidade decorrente de deficiências internas da lei que comprometam a sua devida compreensão pelos cidadãos. As cortes norte-americanas há muito tempo vêm entendendo que esses defeitos impedem a devida compreensão da lei, segundo o critério do homem médio, e vulneram, por esse motivo, a *cláusula do devido processo legal*, em seu *sentido adjetivo ou processual*.

De fato, a jurisprudência estadunidense acerca da invalidação de leis vagas (*void-for-vagueness* ou *vagueness doctrine*) remonta a 1875,³⁴⁴ quando a Suprema Corte decidiu o caso **United States v. Reese**.³⁴⁵ Discutia-se, então, a possibilidade de aplicação de pena criminal a fiscais de eleições municipais que impediram o voto de um cidadão norte-americano de origem africana.

A 15ª Emenda à Constituição norte-americana impede qualquer discriminação em virtude de raça, cor ou prévio estado de servidão.³⁴⁶ O Congresso norte-americano havia editado ato normativo voltado a dar plena efetividade à Emenda Constitucional n. 15, de modo a impedir que qualquer lei ou Constituição estadual criasse embaraços ou proibisse o voto de cidadãos americanos de origem africana.

No caso Reese, fiscais eleitorais impediram o voto de um cidadão norte-americano de origem africana, em virtude de não ter pago à cidade um imposto *per capita* (*capitation tax*, incidente “por cabeça”, independentemente de sua renda), cujo recolhimento constituía, para qualquer cidadão, uma condição prévia para votar nas eleições.³⁴⁷

Embora contando com votos divergentes dos juízes Clifford³⁴⁸ e Hunt, a Suprema Corte entendeu que os atos normativos, de caráter criminal, que previam a punição dos

³⁴⁴ Nesse sentido: RRAPI, Patricia. **La mauvaise qualité de la Loi: vagueness doctrine at the french Constitutional Council**. Disponível em: <http://works.bepress.com/patricia_rrapi>. Acesso em: 06 maio 2013.

³⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Reese**. 92 U.S. 214, 1875. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/214/case.html>>. Acesso em: 22 maio 2013.

³⁴⁶ Emenda XV. Seção 1. “O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão.”

³⁴⁷ Veja-se o voto de divergência do juiz Clifford, hábil a elucidar a questão: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Reese**. Op. cit., p. 92, U.S. 224-225.

³⁴⁸ Ibidem.

fiscais, eram demasiadamente abertos e não cumpriam, assim, a sua função de regulamentar a Emenda Constitucional n. 15, motivo pelo qual não se reconheceu a sua constitucionalidade, nos termos do voto condutor do juiz-chefe da Suprema Corte, Waite, do qual se extraem os seguintes trechos:

O eleitor, segundo as determinações do estatuto legal, deve apor em sua declaração apenas que ele foi indevidamente impedido pelo oficial de se qualificar para a votação. Não há palavras de limitação nessa parte da seção legislativa. Em um caso como esse, se a declaração atende aos termos da lei, deve ser suficiente tanto para o eleitor como para o fiscal. Leis que proíbem certas ações e preveem punições para essas condutas não devem ter duplo sentido. Um cidadão não deve ser desnecessariamente colocado em uma situação em que, por um engano honesto na compreensão de um dispositivo penal, possa ser submetido a um processo criminal por falso juramento, e um inspetor de eleições não deve ser colocado em risco em razão de, com a mesma honestidade, possuir uma opinião diversa.³⁴⁹

Assevera, ainda, o *Chief Justice* Waite, com argumentos hábeis a demonstrar que a fundamentação da decisão baseou-se nos termos imprecisos da lei, que:

Dispositivos penais não devem ser expressos em uma linguagem tão incerta. Se o Poder Legislativo compromete-se a definir por lei uma nova ofensa e prever para ela uma pena, essa previsão deve expressar o seu objetivo com uma linguagem que não leve a engano uma pessoa comum. Todo homem deve ser capaz de saber com certeza quando está cometendo um crime.³⁵⁰

Entendeu a Suprema Corte que a legislação editada para dar cumprimento à 15ª Emenda ia além de seu propósito de criar punições pela discriminação raciais e permitia a punição de forma aberta a todos que, em virtude do uso de força, suborno, obstrução, atraso etc., impedissem uma pessoa de se qualificar para o voto. O juiz Waite conclui seu

³⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Reese**. Op. cit., p. 219 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*The elector, under the provisions of the statute, is only required to state in his affidavit that he has been wrongfully prevented by the officer from qualifying. There are no words of limitation in this part of the section. In a case like this, if an affidavit is in the language of the statute, it ought to be sufficient both for the voter and the inspector. Laws which prohibit the doing of things and provide a punishment for their violation should have no double meaning. A citizen should not unnecessarily be placed where, by an honest error in the construction of a penal statute, he may be subjected to a prosecution for a false oath, and an inspector of elections should not be put in jeopardy because he, with equal honesty, entertains an opposite opinion.*”

³⁵⁰ Ibidem, p. 220 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*Penal statutes ought not to be expressed in language so uncertain. If the legislature undertakes to define by statute a new offense and provide for its punishment, it should express its will in language that need not deceive the common mind. Every man should be able to know with certainty when he is committing a crime.*”

voto expondo que o Poder Legislativo não poderia tecer uma teia de tal forma abrangente que pudesse alcançar todos os possíveis infratores e transferir ao Poder Judiciário a prerrogativa de incriminá-los, pois esse órgão não pode atuar dessa forma, sob pena de estar se substituindo ao Poder Legislativo:

Seria certamente perigoso se o Poder Legislativo pudesse fazer uma teia suficientemente abrangente para alcançar todos os possíveis infratores e deixar para os tribunais dizerem quem poderia ser legitimamente detido e quem poderia ser solto. Isso faria com que, em alguma extensão, o Poder Judiciário substituísse o Legislativo. Os tribunais aplicam a vontade do Legislativo quando provocados, desde que aquela esteja de acordo com o que prevê a Constituição. Dentro da sua legítima esfera de poder, o Congresso é supremo e situa-se além do controle dos tribunais; mas se ele dá um passo para além de suas limitações constitucionais e volta-se a realizar aquilo que está além de seu alcance, os tribunais estão autorizados a — e quando chamados no curso de um processo judiciário devem fazê-lo — anular as intromissões do Legislativo sobre os poderes reservados aos Estados e ao povo.

Para limitar essa lei da forma ora solicitada seria necessário fazer uma nova e não dar cumprimento àquela. Isso não se encontra dentro de nosso dever.

Nós devemos, então, decidir se o Congresso ainda não forneceu a “legislação apropriada” para a punição do delito descrito na acusação, e se o Tribunal de origem agiu corretamente ao acolher as preliminares e dar ganho de causa à defesa.³⁵¹

A doutrina norte-americana da vagueza possui sua matriz constitucional nas Emendas n. 5³⁵² e 14³⁵³ à Constituição dos Estados Unidos, ao preverem que *ninguém*

³⁵¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Reese**. Op. cit., p. 221-222 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*It would certainly be dangerous if the legislature could set a net large enough to catch all possible offenders and leave it to the courts to step inside and say who could be rightfully detained, and who should be set at large. This would to some extent substitute the judicial for the legislative department of the government. The courts enforce the legislative will when ascertained, if within the constitutional grant of power. Within its legitimate sphere, Congress is supreme and beyond the control of the courts; but if it steps outside of its constitutional limitations and attempts that which is beyond its reach, the courts are authorized to, and when called upon in due course of legal proceedings must, annul its encroachments upon the reserved power of the states and the people. To limit this statute in the manner now asked for would be to make a new law, not to enforce an old one. This is no part of our duty. We must therefore decide that Congress has not as yet provided by “appropriate legislation” for the punishment of the offense charged in the indictment, and that the circuit court properly sustained the demurrers and gave judgment for the defendants.*”

³⁵² Emenda V. “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” ESTADOS UNIDOS. **Constituição**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da->

poderá ser privado de sua vida, liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal.

Paulatinamente, foi sendo forjada a doutrina da *vagueza normativa* (*Vagueness Doctrine*), no sentido de que as normas legais de conteúdo excessivamente *vago*, *indefinido* ou *incerto* seriam *nulas* (*void for vagueness*). A Doutrina da Vagueza, como informa Marc Ribeiro, exige “que a legislação alcance um adequado nível de precisão para que possa manter sua validade constitucional”. Acrescenta que tal doutrina baseia-se em *dois fundamentos centrais*: “que aos cidadãos seja dada adequada advertência acerca do que a lei prescreve; e que o poder discricionário conferido para aplicação da lei seja limitado”.³⁵⁴ Ribeiro assevera que, nos Estados Unidos, as exigências constitucionais de precisão nas leis são de *natureza primariamente procedimental*. Isso significa que essas exigências “são direcionadas à forma da lei e não ao seu conteúdo ou substância.” “Em outras palavras, o Estado não é impedido por esses parâmetros de desenvolver o mérito de suas políticas. Tudo o que é requerido é que o Poder Legislativo respeite parâmetros formais de precisão.”³⁵⁵

Em análise à jurisprudência estadunidense acerca do devido processo legal, Laurence H. Tribe conclui que, após décadas de sua aplicação, a Suprema Corte adotou o entendimento de que a forma do devido processo legal procedimental ou adjetivo não era fixa. Em verdade, seu conteúdo variaria de acordo com os contextos factuais específicos. Assevera, contudo, que:

Em todos os casos, o conteúdo essencial do devido processo legal procedimental colocava sobre o governo o dever de dar notícia e uma oportunidade de ser ouvido aos indivíduos ou grupos cujos interesses acerca da vida, liberdade ou propriedade estivessem adversamente afetados pela ação governamental.³⁵⁶

america-1787.html>. Acesso em: 03 jun. 2013.

³⁵³ Emenda XIV. Seção 1. “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” ESTADOS UNIDOS. **Constituição**. Op. cit.

³⁵⁴ RIBEIRO, Marc. **Limiting Arbitrary Power**. Vancouver, Canadá: UBC Press, 2004, p. 73 (tradução livre).

³⁵⁵ Ibidem, p. 74.

³⁵⁶ TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2. ed., Minelola: The Foundation Press, 1998, p. 683 (tradução livre).

Por outro lado, de acordo com o conteúdo procedimental da cláusula do devido processo legal, a vida, a liberdade e a propriedade não poderiam ser subtraídas por meio de normas vagas e incertas, como menciona Tribe, citando o caso *Lanzetta v. New Jersey*,³⁵⁷ (em que se reverteu a condenação fundamentada em uma norma que tornava crime ser um “gangster”): “Vida, liberdade e propriedade não poderiam, igualmente, ser tiradas em virtude de uma lei cujos termos fossem ‘tão vagos, indefinidos e incertos’ que uma pessoa não pudesse determinar o seu significado.”³⁵⁸ Esclarece, por fim:

Esperava-se que o Governo mantivesse altos padrões de honestidade ao lidar com os cidadãos. Assim era considerado violador do devido processo legal condenar “um cidadão por exercer um direito que o Estado claramente havia dito que lhe seria disponível”, ou para o Estado efetuar “uma condenação [...] através de uma deliberada fraude ao tribunal e ao juri por meio da apresentação de uma testemunha que se sabia perjurada”.³⁵⁹

O fundamento constitucional para a invalidação das leis em decorrência de sua vagueza é, portanto, *o devido processo legal procedimental ou adjetivo* e não o devido processo legal substantivo, do qual se costuma extrair o princípio da razoabilidade.

Ribeiro faz uma distinção entre os *casos verdadeiros* — casos de *vagueza procedimental* — e *falsos* — casos de *vagueza substantiva ou de mérito* — de aplicação da doutrina, notando que o seu verdadeiro conteúdo não é alcançado por todos os julgados extraídos da jurisprudência da Suprema Corte nos quais a doutrina da vagueza foi invocada como um dos fundamentos da decisão de invalidação por inconstitucionalidade.³⁶⁰

Uma verificação da jurisprudência norte-americana mostra que a Corte motivou, com frequência, as suas decisões em outras considerações que não as de natureza procedimental ao invalidar leis com fundamento em sua vagueza: “[n]essas situações, interesses ligados ao devido processo legal substantivo foram, de fato, o principal objeto de análise, ao invés de valores ligados ao devido processo legal procedimental que

³⁵⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lanzetta v. New Jersey**. 306 U.S. 451, 1939. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/451/case.html>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

³⁵⁸ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 684.

³⁵⁹ Ibidem, p. 74.

³⁶⁰ RIBEIRO, Marc. Op. cit.

caracterizam a teoria básica da vagueza.”³⁶¹

A falta de precisão no uso do argumento da vagueza para a declaração de inconstitucionalidade de leis foi também identificada por A. G. Amsterdam, para quem a doutrina é muitas vezes utilizada como um *contrapeso*, de modo que, embora em um número significativo de casos o pedido de vagueza seja rejeitado ou até mesmo ironizado, algumas vezes a Corte utiliza-se desse argumento como contrapeso e faz dele a *ratio decidendi*, o que resulta em evidente desarmonia na aplicação do instituto, que tem sido utilizado tanto em casos que efetivamente tratam de vagueza de texto quanto em outros em que não se emprega uma sintaxe vaga.³⁶²

Essa confusão possivelmente se deu em decorrência de a doutrina da vagueza ter vindo à tona ao mesmo tempo em que o desenvolvimento da noção de devido processo legal substantivo (econômico),³⁶³ como alerta Ribeiro, advertindo que “nesse sentido seria inevitável encontrar considerações de natureza econômica nas primeiras decisões acerca da vagueza”.³⁶⁴ Conclui que, embora os primeiros casos em que a teoria da vagueza apareceu tenham sido generosos em invocar a proteção aos ideais da legalidade e do Estado de Direito (*rule of law*) por meio da exigência de alta precisão, é mais provável que as invalidações fossem motivadas por razões econômicas de cunho substantivo.³⁶⁵

³⁶¹ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 74 (tradução livre).

³⁶² AMSTERDAM, Anthony G. The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 109, n. 1, p. 67-116, nov. 1960, p. 71-72. O exame desses fatos leva o autor a sustentar que: “Essas diversas circunstâncias indicam que a vagueza por si só, embora útil e importante, não proporciona uma racional e completa explanação dos precedentes em que aparece tão proeminente.” (Ibidem, p. 74, tradução livre). O texto original possui a seguinte redação: “These several circumstances indicate that vagueness alone, although helpful and important, does not provide a full and rational explanation of the case development in which it appears so prominently.”

³⁶³ Uma breve e esclarecedora resenha da doutrina do devido processo legal é trazida por Ribeiro: “A interpretação da cláusula americana do devido processo legal tem dado azo a grande controvérsia, especialmente no início do Século XX. O devido processo foi primeiramente entendido como instrumento de proteção apenas para interesses procedimentais. mas a Corte conferiu o seu conteúdo substantivo em 1897 com a sua decisão no caso *Allgeyer v. Louisiana*. Nos anos que se seguiram, especialmente desde a famosa decisão de 1905 no caso *Lochner v. New York*, a Corte usou a cláusula do devido processo para rever o mérito da legislação de natureza econômica. Muitas leis foram invalidadas pela Corte favorecendo o *laissez-faire* econômico. Em 1937, após pressões do Executivo, a Corte abandonou essa atitude no caso *West Coast v. Parrish*. Um ano depois, a Corte expressou sua intenção de deferir ao Legislativo o campo da legislação regulatória. Com esse contexto histórico em mente, é interessante notar que a doutrina da nulidade pela vagueza (*void-for-vagueness*) foi desenvolvida pela Corte durante o mesmo período.” RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 74-75 (tradução livre).

³⁶⁴ Ibidem, p. 75.

³⁶⁵ Ibidem.

A partir da crise financeira de 1937, que assolou os Estados Unidos de forma grave, o foco da Suprema Corte mudou para a proteção das liberdades civis garantidas pela Constituição, em especial a liberdade de expressão. Ribeiro lembra que muitos dos casos envolvendo a liberdade de expressão nesse período demandavam abertamente um maior nível de precisão legal. Todavia, não devem, também, ser esses casos tidos como verdadeiras aplicações da teoria da vagueza, pois, igualmente, utilizavam fundamentos de razoabilidade, suscitando a análise do mérito da lei.³⁶⁶

Por outro lado, como ilustrações de *casos verdadeiros* de aplicação da teoria da vagueza, podem ser citados aqueles envolvendo leis destinadas a combater a *vadiagem nas ruas* (“*Street-Cleaning*” statutes) e os que tratam de *moral pública*.³⁶⁷ Assevera Ribeiro que aquilo que as leis voltadas a combater a vadiagem nas ruas e similares têm em comum é o fato de possuírem tipos muito vagos e abertos de tal forma que conferem à polícia poderes de prisão ditatoriais.

Um exemplo dessa espécie de norma é aquela declarada inconstitucional pela Suprema Corte no caso *Papachristou v. City of Jacksonville*,³⁶⁸ qual seja, a Ordinance Code § 257, de Jacksonville, com o seguinte teor:

Trapaceiros e vagabundos, ou pessoas dissolutas que se dedicam a mendigar, jogadores habituais, pessoas que usam malabarismo ou jogos ilegais, alcoólicos habituais, andarilhos noturnos habituais, ladrões, gatunos ou trombadinhas, receptadores, pessoas libidinosas, devassas ou lascivas, mantedores de casas de jogos de apostas, encenqueiros e agitadores habituais, pessoas deambulando ou passeando de um lugar para outro sem nenhum objetivo ou meta legais, vadios habituais, pessoas desordeiras, pessoas que deixam de lado todos os negócios legais e habitualmente passam seu tempo frequentando casas de má fama, casas de jogo, ou lugares onde bebidas alcoólicas são vendidas ou servidas, pessoas aptas ao trabalho mas habitualmente vivendo dos ganhos de suas esposas ou crianças menores devem ser considerados vadios e, em decorrência de condenação na Corte Municipal, devem ser punidos com as penas previstas para as ofensas de Classe D.³⁶⁹

³⁶⁶ RIBEIRO, Marc. Op. cit.

³⁶⁷ Ibidem, p. 78-79.

³⁶⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Papachristou v. City of Jacksonville**. 405 U. S. 152, 1972. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/156/case.html>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

³⁶⁹ Ibidem (tradução livre). O texto original possui a seguinte redação: “*Rogues and vagabonds, or dissolute persons who go about begging; common gamblers, persons who use juggling or unlawful games or plays, common drunkards, common night walkers, thieves, pilferers or pickpockets, traders in stolen property, lewd, wanton and lascivious persons, keepers of gambling places, common railers and brawlers, persons*

Os processos por violação a essas normas frequentemente levam a condenações em decorrência da *amplitude da linguagem legal*. Por outro lado, como não há a indicação de nenhuma violação específica, há uma grande dificuldade de o acusado realizar uma defesa adequada perante o tribunal.³⁷⁰

Carlos Roberto Siqueira de Castro traz os seguintes subsídios, em comentário a esse histórico julgado:

O reconhecimento dessa proposição científico-jurídica a respeito da inteligibilidade das leis deu-se no julgamento do caso *Papachristou v. City of Jacksonville*, no ano de 1972, quanto a Corte Maior daquela nação do norte considerou inconstitucional a lei de vadiagem instituída pela legislatura da cidade de Jacksonville, na Flórida, fazendo-o ao argumento de que suas disposições eram vagas e imprecisas. Além do mais, cuidava-se de estatuto de caráter penal (*vagrancy ordinance*) que qualificava de vadios e, como tais, sujeitos às penas do delito de vadiagem, todos quantos estivessem nas mal-explicadas e hipergenéricas atitudes de ócio em logradouros ou ambientes públicos.³⁷¹

Quanto à decisão da Suprema Corte, unânime, expressada no voto de Douglas, membro do Tribunal, Siqueira de Castro faz as seguintes considerações:

Em decisão unânime prolatada por Justice Douglas, aquele admirável Tribunal entendeu que a lei municipal em referência era nula em razão da vagueza de seu enunciado (*void for vagueness*), uma vez que não possibilitava ao homem comum uma satisfatória compreensão da conduta punida, desse modo abrindo ensejo a prisões e condenações arbitrárias, isto é, segundo o talante, destituído de parâmetro de controle, das autoridades policiais e judiciais encarregadas de sua aplicação.³⁷²

Conclui, frisando a relevância da decisão em tela:

É valioso registrar que essa estupenda decisão judicial impugnou em

wandering or strolling around from place to place without any lawful purpose or object, habitual loafers, disorderly persons, persons neglecting all lawful business and habitually spending their time by frequenting houses of ill fame, gaming houses, or places where alcoholic beverages are sold or served, persons able to work but habitually living upon the earnings of their wives or minor children shall be deemed vagrants and, upon conviction in the Municipal Court shall be punished as provided for Class D offenses."

³⁷⁰ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 78.

³⁷¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 222.

³⁷² Ibidem.

profundidade a própria política criminal subjacente àquela legislação repressora da vadiagem, na medida em que o sistema normativo conferia às autoridades policiais e judiciais um poder contaminado de potencial abusivo, que lhes permitiria reprimir de modo arbitrário e até mesmo discricionário as pessoas carentes de recursos ou desocupadas que permanecessem, mesmo sem qualquer intenção delitiva, nas calçadas das vias públicas [...].³⁷³

Outro importante julgado da Suprema Corte nessa linha de argumentação foi o *Lanzetta v. New Jersey*, já mencionado acima. A lei do Estado de Nova Jersey, analisada no caso, previa o seguinte:

Qualquer pessoa não envolvida em alguma ocupação legal, conhecida por ser membro de uma gangue constituída de duas ou mais pessoas, que tenha sido condenada por ao menos três vezes por ser uma pessoa desordeira, ou que tenha sido condenada pela prática de crime neste ou em qualquer outro Estado, é considerado um *gangster* [...].³⁷⁴

Segundo o voto de Butler, encarregado de redigir a opinião da Suprema Corte norte-americana no julgamento:

o dispositivo guerreado não condena nenhum ato ou omissão; os termos que emprega para indicar o que pretende condenar são tão vagos, indefinidos e incertos que o dispositivo deve ser considerado como repugnante à cláusula do devido processo legal prevista na Emenda Catorze.³⁷⁵

Uma segunda categoria de *casos verdadeiros* de aplicação da teoria da vagueza, segundo a definição de Ribeiro, diz respeito a questões ligadas a leis tratando de moral pública (*Public Morals Statutes*). Em processos envolvendo a moral pública, como esclarece Ribeiro, ao contrário do que acontece naqueles referentes à “limpeza das ruas”, a Suprema Corte tende a ser mais tolerante com o uso de termos vagos:

Muitas dessas leis destinam-se a tratar de assuntos sexuais. Elas são

³⁷³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta...** Op. cit., p. 222.

³⁷⁴ Tradução livre. O texto original possui a seguinte redação: “Any person not engaged in any lawful occupation, known to be a member of any gang consisting of two or more persons, who has been convicted at least three times of being a disorderly person, or who has been convicted of any crime in this or any other State, is declared to be a gangster. [...]” ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lanzetta v. New Jersey**. Op. cit.

³⁷⁵ Tradução livre. O texto original possui a seguinte redação: “The challenged provision condemns no act or omission; the terms it employs to indicate what it purports to denounce are so vague, indefinite and uncertain that it must be condemned as repugnant to the due process clause of the Fourteenth Amendment.” Ibidem.

voltadas a punir comportamentos sexuais ou ilustrações sexuais que são consideradas especialmente repreensíveis pela sociedade. Como uma grande variedade de situações têm o potencial de ofender os valores morais da sociedade em questões sexuais, tal legislação frequentemente utiliza termos vagos, como “indecente” ou “obsceno”. A Corte geralmente sustenta a validade desses dispositivos, afirmando que seria impossível para o Legislativo estabelecê-los mais precisamente.³⁷⁶

Quanto a essa vertente, podem ser citados os seguintes casos: *Roth v. United States*;³⁷⁷ *Memoirs v. Massachusetts*;³⁷⁸ *Miller v. California*;³⁷⁹ e *Rose v. Locke*.³⁸⁰

O motivo da existência dessa disparidade de apreciação da vagueza pela Suprema Corte norte-americana, de um lado a exigir maior precisão nos termos das leis que tratam de *vadiagem nas ruas* e, de outro, menor apuro de linguagem naquelas que tratam de questões ligadas à moral pública, pode ser explicado, segundo Ribeiro, pela compreensão dos dois elementos fundamentais que dão sustentação à doutrina da vagueza: “*fair warning*” (advertência adequada) e “*law enforcement discretion*” (discricionariedade para a aplicação da lei).

O primeiro requisito (“*fair warning*”) deve garantir que aos cidadãos seja dada adequada advertência acerca do que seja prescrito pela lei.³⁸¹ Ribeiro, com esboço na doutrina de John Calvin Jeffries Jr.,³⁸² menciona que o conhecimento da lei, todavia, não está tão significativamente ligado à precisão da linguagem utilizada pela lei (ou às decisões judiciais interpretando-a), mas sim ao fato de se saber se o indivíduo normal e cumpridor das leis teria recebido um sinal no sentido de que a sua conduta possui o risco de violar uma lei penal.³⁸³ Esclarece, assim, que:

³⁷⁶ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 79 (tradução livre).

³⁷⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Roth v. United States**. 354 U.S. 476, 1957. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

³⁷⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Memoirs v. Massachusetts**. 383 U.S. 413, 1966. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/413>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

³⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Miller v. California**. 413 U.S. 15, 1973. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/case.html>>. Acesso em 05/06/2013.

³⁸⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Rose v. Locke**. 423 U.S. 48, 1975. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/423/48>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

³⁸¹ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 80.

³⁸² A obra mencionada é a seguinte: JEFFRIES, John Calvin. *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*. **Virginia Law Review**, v. 71, n. 189, p. 189-245, 1985. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/jeffries/71va_1_rev189_1985.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

³⁸³ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 80.

Em outras palavras, o foco não está tanto na linguagem da lei, mas nos valores e hábitos da comunidade. Se uma lei disciplina condutas que são geralmente tidas como passíveis de acarretar riscos de responsabilização penal, a racionalidade da adequada advertência não desperta interesse. Mas se a vagueza de uma lei lhe confere um alcance tão extenso a ponto de proibir condutas que são geralmente tidas como inocentes, o conceito de advertência adequada torna-se relevante.³⁸⁴

Assim, o conceito de advertência adequada pode ser ofendido mesmo em casos em que a lei é bem específica. Ribeiro, novamente com fundamento em Jeffries,³⁸⁵ menciona o caso *Lambert v. California*,³⁸⁶ no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou uma lei de Los Angeles que tipificava como crime, para aqueles que já haviam sido condenados por roubo, a permanência na cidade por mais de cinco dias sem que fossem realizados certos procedimentos de registro. “Como o requerimento de registro era altamente incomum, a advertência adequada pela lei de Los Angeles era defeituosa, pois a sua existência poderia bem ser desconhecida para maioria dos cidadãos.”³⁸⁷

Conclui Ribeiro que, com fundamento nessa noção da natureza da exigência de advertência adequada em mente, torna-se mais fácil entender o tratamento diferenciado conferido pela Corte aos casos de leis de “limpeza de ruas” (“*street cleaning*”) de um lado e os de moral pública de outro, pois quando uma conduta é tida como publicamente inocente e, dessa forma, vista por um cidadão ordinário como incapaz de levar à responsabilização penal, a racionalidade da advertência adequada vem à tona com maior intensidade.³⁸⁸

Assim, as leis que objetivam a “limpeza de ruas”, como forma de tirar de circulação vadios e desocupados, embora não sejam vertidas em linguagem demasiadamente vaga, são reconhecidas como inconstitucionais em virtude de os termos utilizados serem muito amplos, alcançando condutas tidas como inocentes.³⁸⁹ Por outro lado, as leis que tratam da

³⁸⁴ RIBEIRO, Marc. Op. cit. (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*In other words, the focus is not so much on the language of the law as it is on the values and habits of the community. If a law regulates conduct that is generally perceived as triggering risks of legal liability, the fair warning rationale is not really a concern. But if the vagueness of a law gives it a reach so great as to prohibit acts that are generally perceived as innocent, then the concern of notice becomes relevant.*”

³⁸⁵ JEFFRIES, John Calvin. Op cit.

³⁸⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lambert v. California**. 355 U.S. 225, 1957. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/225/case.html>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

³⁸⁷ RIBEIRO, Marc. Op. cit.

³⁸⁸ Ibidem, p. 81-82.

³⁸⁹ Ibidem, p. 82.

moralidade pública são menos problemáticas em relação à advertência adequada em virtude de serem tidas pelo cidadão comum como passíveis de acarretar riscos de sanção penal.³⁹⁰

O segundo elemento racional da aplicação da teoria da vagueza é a *discrecionalidade para a aplicação da lei* (“*law enforcement discretion*”). Esse critério, como lembra Ribeiro, tem por fundamento o ideal de Estado de Direito (“*rule of law*”) e por finalidade evitar a aplicação arbitrária da lei. Quando uma lei é vertida em critérios muito vagos, a liberdade do cidadão fica sujeita à discrição ou vontade do aplicador da lei.³⁹¹

Embora a discrecionalidade seja necessária à administração da justiça e não deva ser vista como plenamente ilegítima, o que a racionalidade da “aplicação arbitrária” extraída da teoria da vagueza tem por objetivo é erradicar a *desnecessária* atribuição de discrecionalidade.³⁹²

Ribeiro pondera que os tribunais estadunidenses estão apenas parcialmente comprometidos com essa doutrina, pois entendem que há violação à racionalidade da teoria da vagueza quando há probabilidade de condenação seletiva, decorrente da excessiva amplitude (“*catch all character*”) da lei, conduzindo à sua inconstitucionalidade. Por outro lado, a teoria da vagueza raramente irá proteger contra a mera existência de discrecionalidade desnecessária, apesar de esta revelar-se inconsistente com o Estado de Direito.³⁹³

Não obstante, a análise da jurisprudência levaria, segundo Ribeiro, à conclusão de que a Corte permite seja atribuído um maior nível de discrecionalidade aos tribunais, que atuam aos olhos dos cidadãos, que à polícia, que opera informalmente.³⁹⁴ Dessa forma, não seria de se espantar que os casos de maior aplicação da teoria da vagueza sejam aqueles ligados à “limpeza de ruas”, pois nestes a linguagem utilizada nas leis é ampla, a permitir à polícia prender qualquer pessoa que seja tida como “indesejável”, o que, geralmente,

³⁹⁰ RIBEIRO, Marc. Op. cit.

³⁹¹ Ibidem, p. 83.

³⁹² Ibidem.

³⁹³ Ibidem.

³⁹⁴ Ibidem.

atinge os pobres ou as minorias raciais. O mesmo não ocorre em casos de moralidade pública, como aqueles referentes à proibição de material obsceno (*Roth v. United States*³⁹⁵) e de práticas sexuais forçadas (*Rose v. Locke*³⁹⁶).

Vislumbra-se que a teoria da vagueza possui uma função essencialmente voltada a assegurar a regularidade do exercício do poder governamental e a resguardar a liberdade individual:

Uma necessidade básica com a finalidade de ajustar o conflito de interesses públicos e privados é assegurar o controle responsável sobre o objetivo e a provável regularidade do exercício do poder governamental. Em um sistema de leis aprovadas pelo Legislativo e publicadas, esse objetivo e provável regularidade será mediado por palavras; e a teoria da vagueza visa explicitamente regular o grau de permissibilidade e ductilidade das palavras. O defeito comum das leis demasiadamente incompreensível em *Lanzetta*, demasiadamente aproximativa em *Cline*, e demasiadamente atribuidora de poder discricionário em *Gelling* é que o curso prático de sua aplicação é propenso a atuar erraticamente — sujeito a caprichos ou discriminação, desconectada de qualquer determinação específica de necessidade pelos órgãos sociais responsáveis pela edição de políticas públicas — e resultar em um número significativo de inadmissíveis resoluções de interesses-públicos-versus-privados, que estão além da efetiva avaliação ou descoberta da Corte.³⁹⁷

À guisa de conclusão deste item, servimo-nos das palavras de Amsterdam, que bem sintetizam a natureza da teoria da vagueza:

A vagueza não é uma manobra estranha ou um *deus ex machina*, mas possui, contudo, muito íntimas conexões de um lado com a substância da liberdade individual contra o arbítrio e com a ação governamental discriminatória e, de outro, como foi indicado, com o processo institucional federal estabelecido para proteger a liberdade.³⁹⁸

³⁹⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Roth v. United States*. Op. cit.

³⁹⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Rose v. Locke*. Op. cit.

³⁹⁷ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 90 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*One basic need in adjusting conflicting public and individual interests is to assure responsible control over the scope and probable regularity of exercise of governmental force. Under a system of legislated, published laws, that scope and probable regularity will be mediated by words; and void-for-vagueness theory purports explicitly to regulate the permissible degree of ductility of words. The common fault of the too incomprehensible statute in Lanzetta, the too approximative statute in Cline, and the too discretion-giving statute in Gelling is that in the practical course of its operation it is likely to function erratically — responsive to whim or discrimination unrelated to any specific determination of need by the responsible policy-making organs of society — and to result in a significant number of impermissible public-versus-private-interest resolutions which are beyond the effective discovery or appraisal of the Court.*”

³⁹⁸ AMSTERDAM, Anthony G. Op. cit., p. 88 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*Vagueness is not an extraneous ploy or a judicial deus ex machina but rather has very intimate connections*

5.2 Na França

A exigência de qualificação da legislação tem sido crescente na França, onde o Conselho Constitucional passou a assumir um papel de destaque na consecução dessa finalidade.

Laure Milano, em artigo sobre o controle de constitucionalidade e de qualidade da norma, analisa a jurisprudência do Conselho Constitucional francês³⁹⁹ no tocante à caracterização do vício de constitucionalidade decorrente da deficiência de acessibilidade e inteligibilidade da lei.⁴⁰⁰ Afirma, inicialmente, que embora diversas medidas tenham sido propostas, no âmbito legislativo, com a finalidade de assegurar uma melhor qualidade da lei na França, não obtiveram êxito, ressoando apenas como piedosos votos. Assim, diante dessa impotência do legislador, foi necessária a busca de outras soluções e o Conselho Constitucional não demorou a se posicionar como um ator de primeira grandeza da política de revalorização da lei. A análise de sua jurisprudência nos dez anos anteriores (o artigo foi escrito em 2006), demonstra uma preocupação crescente do Conselho em incitar o legislador a melhorar a qualidade formal da lei.⁴⁰¹

both with the substance of individual freedom from arbitrary and discriminatory governmental action and, as has been indicated, with the federal institutional processes established to protect freedom.”

³⁹⁹ Esclareça-se que o controle realizado na França possui colorações próprias. É conceituado doutrinariamente como *contrôle politique*, pois o Conselho Constitucional atua, em regra, *durante o processo legislativo*, antes de a lei entrar em vigor (*a priori*). Mas isso não significa que os critérios utilizados sejam políticos. A escolha dos membros do Conselho privilegia a formação técnica, o que propicia que os critérios utilizados na aferição de constitucionalidade sejam de natureza jurídica. Acresça-se, a título de elucidação, que recente alteração na Constituição francesa, decorrente da revisão constitucional ocorrida em julho de 2008, inseriu, por meio do artigo 61-1, hipótese de controle de constitucionalidade repressivo ou *a posteriori* no sistema francês, mas apenas no que diz respeito à violação de direitos e liberdades garantidos na Constituição. Referido sistema entrou em vigor em 1º de março de 2010 e foi regulamentado por meio da Lei Orgânica n. 10, de dezembro de 2009, que disciplinou as condições de aplicação da nova competência. O dispositivo constitucional mencionado possui a seguinte redação: “*Article 61-1. Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation que se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article.*” Ou, em tradução livre: “Artigo 61-1. Quando, por ocasião de demanda em curso perante determinada ordem jurisdicional, for alegado que uma disposição legislativa viola direitos e liberdades que a Constituição garante, o Conselho Constitucional pode ser provocado a propósito dessa questão, por reenvio do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, pronunciando-se em prazo determinado. Lei orgânica determinará as condições de aplicação do presente artigo.”

⁴⁰⁰ MILANO, Laure. *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*. **Revue du Droit Public**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 3, p. 637-671, maio/jun. 2006, p. 637-671.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 638-639.

Segundo o seu entendimento, o reconhecimento do *princípio de clareza da lei* e de que o *objetivo constitucional de acessibilidade e inteligibilidade da lei* constituem elementos-chave da necessária inscrição no corpo da Constituição das exigências inerentes à *segurança jurídica* seria demonstração da vontade do Conselho em tomar conhecimento do problema da qualidade da lei, com inspiração na jurisprudência comunitária europeia.⁴⁰²

Laure Milano afirma que, a partir de 2004, tem havido uma atuação mais forte do Conselho Constitucional em censurar leis por falta de *normatividade* (normas conhecidas como “nêutrons normativos”) e *inteligibilidade*, embora as decisões que conduzam à inconstitucionalidade da lei com base nesses argumentos sejam ainda raras.⁴⁰³

A autora desenvolve em seu artigo uma crítica à duplicidade de fundamentos com base nos quais o Conselho tem reconhecido o vício de inconstitucionalidade — a falta de clareza, de um lado, e o objetivo de inteligibilidade e acessibilidade da lei, de outro —, pois, além de se fundarem em normas-parâmetro constitucionais distintas, a natureza da obrigação imposta ao legislador também difere: fundado no artigo 34 da Constituição, o *princípio da clareza* seria uma exigência *objetiva*, fonte de uma *obrigação de resultado* ao legislador; já o *objetivo de acessibilidade e de inteligibilidade* possuiria fundamento no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a revelar uma dimensão *subjetiva*, fonte de uma *obrigação de meio* ao legislador.⁴⁰⁴

É digno de nota que a jurisprudência europeia, com o objetivo de obter uma legislação de melhor qualidade, tem reconhecido a invalidade de leis com fundamento em *normas-parâmetro não expressas para essa finalidade*. O artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão possui a seguinte redação: “Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” Já o artigo 34 da Constituição francesa estipula apenas quais matérias serão objeto de lei (lei formal, aprovada pelo

⁴⁰² MILANO, Laure. Op. cit., p. 639.

⁴⁰³ Ibidem, p. 640-641. Cita, em nota de rodapé, a seguintes decisões do Conselho: “CC, 2000-435 DC, 7 décembre 2000, Loi d’orientation pour l’Outre-mer, *Rec.* p. 397; CC, 2003-435 DC, 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l’élection des sénateurs, *Rec.* p. 397; CC, 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *op. cit.*; CC, 2005-512 DC, 21 avril 2005, *op. cit.*”

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 644.

Parlamento),⁴⁰⁵ em contraponto às demais, que poderão, por força do artigo 37, ser regulamentadas por meio de decretos.⁴⁰⁶

A ausência de previsão expressa de norma a exigir qualidade da legislação não impede o Conselho Constitucional francês de sancionar as leis destituídas de normatividade ou ininteligíveis. De fato, Dominique Rousseau, após demonstrar que o bloco de constitucionalidade, conjunto de normas utilizadas como parâmetro para a verificação de constitucionalidade, inclui também princípios previstos em outros textos, esclarece que nele se incluem princípios ou regras de valor constitucional e, ainda, de exigência constitucional:

Ao lado desses princípios que podem encontrar sua origem em um texto — Constituição de 1958, Declaração de 1789, Preâmbulo da Constituição de 1946 —, o Conselho utiliza, ainda, como bases e instrumentos de seu controle de leis, aquilo que se denomina “princípios, disposições ou regras de valor constitucional”, “objetivos de valor constitucional”, e mesmo “exigência constitucional”.⁴⁰⁷

Assim, sem se referir a um texto preciso, enfatiza Dominique Rousseau⁴⁰⁸ que o Conselho Constitucional francês qualifica de *objetivo de valor constitucional*, dentre outros, a *acessibilidade e inteligibilidade da lei*;⁴⁰⁹ e de *exigência constitucional*, dentre outras, a *inteligibilidade e a acessibilidade da lei*.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ “Article 34. La loi fixe les règles concernant: [...].”

⁴⁰⁶ “Artigo 37. As matérias que não constituam domínio de lei possuem caráter regulamentar. Normas editadas pelo Parlamento acerca destas matérias poderão ser modificadas por decretos editados após consulta ao Conselho de Estado. Quaisquer normas desta espécie que forem editadas após a entrada em vigor da presente Constituição poderão ser modificadas por decreto apenas se o Conselho Constitucional declarar que possuem caráter regulamentar, em conformidade com a alínea precedente”. Tradução livre de: “Article 37. Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d’État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l’entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu’ils ont un caractère réglementaire en vertu de l’alinéa précédent.”

⁴⁰⁷ ROUSSEAU, Dominique. Op. cit., p. 111 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “À côté de ces principes qui peuvent trouver leurs sources dans un texte — Constitution de 1958, Déclaration de 1789, Préambule de 1946 —, le Conseil utilise encore comme bases et instruments de son contrôle des lois, ce qu’il appelle ‘exigence constitutionnelle’, ‘objectifs de valeur constitutionnelle’, et même ‘exigence constitutionnelle’.”

⁴⁰⁸ Ibidem.

⁴⁰⁹ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 99-424-DC**, 22 dez. 1999. Journal Officiel, 29 dez. 1999, p. 19.041, Recueil, p. 136. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/99-424-dc/decision-n-99-424-dc-du-29-decembre-1999.11857.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013, p. 176

⁴¹⁰ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2004-500-DC**, 29 jul. 2004. Journal Officiel, 30 jul. 2004,

Louis Favoreu e Loïc Philip citam a Decisão 2005-512 DC,⁴¹¹ de 21 de abril de 2005, acerca do futuro da escola, como uma ilustração significativa da política jurisprudencial realizada pelo Conselho Constitucional francês em favor de uma revalorização da lei.⁴¹² Esclarecem que, desde 1991, o Conselho de Estado francês tem denunciado em termos rigorosos a proliferação desordenada de textos, a instabilidade crônica da regra de direito e a degradação preocupante da qualidade das normas em geral, sublinhando que “quando a lei fala demais, o cidadão não lhe dá ouvidos.” Assim, concluem que a restauração da qualidade da lei se afirma como uma exigência superior e se insere em um quadro maior do imperativo da “segurança jurídica”, como uma referência implícita do controle de constitucionalidade.⁴¹³

Na Decisão 2005-512 DC, o Conselho declarou a inconstitucionalidade do artigo 7, II, da lei acerca do futuro da escola, em decorrência de entender que o dispositivo era completamente desprovido de *alcance* ou *conteúdo normativo* (*portée normative*). Previa a referida norma que “o objetivo da escola é o sucesso de todos os alunos” e que, “levando em conta a diversidade dos alunos, a escola deve reconhecer e promover todas as formas de inteligência para lhes permitir valorizar seus talentos”.⁴¹⁴

Concluem os autores que, em decorrência dessa decisão, a lei passa a ser definida, implicitamente, mas necessariamente, pelo seu alcance normativo, na medida em que “prescreve”, “determina”, “estabelece”, “habilita”, “reconhece”, “reprime”, “fornece”, “garante”, “fixa”, “cria”, “decide”, “defende”, “ordena” etc. Um dispositivo sem alcance normativo não pode ser considerado, portanto, uma lei.

Essa vertente jurisprudencial recebeu crítica doutrinária, tendo sustentado Favoreu que reduzir a atuação da lei ao campo do *normativo* e impedi-la de jamais adentrar ao

p. 13.562. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-500-dc/decision-n-2004-500-dc-du-29-juillet-2004.894.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013, p. 116

⁴¹¹ A sigla “DC” significa, em francês, “*contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées*”, cuja tradução para o português é: “decisão de controle de constitucionalidade de leis ordinárias, leis orgânicas, de tratados, de regulamentos de Assembleias”.

⁴¹² FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. **Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel**, 15. ed., Paris: Dalloz, 2009, p. 782.

⁴¹³ Ibidem, p. 783.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 784.

campo do *político* seria uma visão reducionista do pensamento de Rousseau e dos revolucionários, pois a lei, além de ser portadora de normas, exprimiria um *poder de decisão*. Assim, deveria ser a *competência decisiva* e não o objeto irremediavelmente normativo o ato qualificador da lei como fonte primeira das inconstitucionalidades a serem pronunciadas no futuro.⁴¹⁵

Patricia Rrapi faz um paralelo entre a jurisprudência do Conselho Constitucional francês e da Suprema Corte norte-americana no tocante à qualidade da lei e afirma que, a partir de 1998, o Conselho Constitucional tem tentado gerar uma doutrina da qualidade da lei, com a finalidade de melhorar a acessibilidade dos cidadãos aos textos normativos. Todavia, assevera que essa vertente ainda se encontra pouco desenvolvida em relação à norte-americana.⁴¹⁶

A doutrina estadunidense, como demonstrado acima (item 5.1), baseia-se na teoria da vagueza da lei (*vagueness doctrine*). Rrapi esclarece que os casos em que o Conselho Constitucional francês tem sido chamado a examinar a constitucionalidade de leis em decorrência de vagueza são raros e não representam um papel significativo na defesa dos direitos individuais, como acontece nos Estados Unidos.⁴¹⁷ Rrapi corrobora a assertiva no sentido de que, inicialmente, o Conselho Constitucional tentou distinguir o princípio da clareza da lei do princípio da inteligibilidade e acessibilidade à lei. Em virtude de ter sofrido críticas em sua postura, como mencionado acima (vide o entendimento de Laure Milano), abandonou a ideia do princípio da clareza.⁴¹⁸ Além disso, a autora disserta acerca

⁴¹⁵ FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. **Droit constitutionnel**. 13. ed., Paris: Dalloz, 2010, p. 818-819: “Réduire en particulier celle-ci au champ du normatif et lui imposer de ne jamais entreprendre dans le champ du politique procède à coup sûr d’une vision par trop réductrice de la pensée de Rousseau et à sa suite, de celles des révolutionnaires. [...] En ce sens, réduire, comme le fait le Conseil constitutionnel, en particulier dans sa décision 512 DC, la définition de la loi à manifestation obligatoire d’une norme est excessif et inadapté car ce qu’exige la Constitution n’est pas tant que la loi soit porteuse de normes mais qu’elle exprime un pouvoir de décision, en ce compris le cas échéant non normatif, dans un champ de compétence prédéfini (ibid, p. 924). C’est bien ce dernier ancrage, la compétence décisionnelle, et non l’objet irrémédiablement normatif de l’acte qualifié loi qui devrait être la source première des inconstitutionnalités prononcées à l’avenir.”

⁴¹⁶ RRAPI, Patricia. Op. cit., p. 1.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 9.

⁴¹⁸ Ibidem. Esses dois princípios, como mencionado, não se equivalem. De fato: “These two principles did not bind the legislature in the same way. Whereas the principle of intelligibility of law is only ‘un objetif à valeur constitutionnelle’ (constitutional status), which means that this principle is only a constitutional goal that the legislator must try to achieve (obligation of means), the second principle put a stronger obligation on the legislature (obligation of result). This distinction was weak and no one could bring out the exact

da doutrina da qualidade da lei abraçada pelo Conselho Constitucional, informando as duas facetas que a qualidade da lei exige: a *inteligibilidade* e a *acessibilidade* da lei.

A *acessibilidade* volta-se a conferir aos cidadãos o acesso material à lei, em respeito ao princípio segundo o qual a ignorância da lei a ninguém é escusada, exigindo-se, desse modo, que a lei seja publicada de forma suficiente (em um jornal oficial) e que sua apresentação seja clara.⁴¹⁹

Por outro lado, o *princípio da inteligibilidade* refere-se mais à clareza da lei que à habilidade de os cidadãos alcançarem a sua compreensão.⁴²⁰

Assim, após 2004, o Conselho Constitucional passou a usar o *princípio da acessibilidade e da inteligibilidade* para fixar um padrão destinado a permitir a aferição da compreensibilidade da lei. Esclarece Rrapi que o Conselho tem se utilizado, nos casos envolvendo a inteligibilidade e a acessibilidade da lei, do seguinte enunciado, a título de consideração de princípio, com o objetivo de impor ao Legislativo uma exigência no sentido de que a lei seja prontamente disponível e compreensível aos cidadãos, com a finalidade de proteger os direitos deles:

A igualdade perante a lei prevista no artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a garantia de direitos requerida pelo artigo 16º podem não ser efetivas se os cidadãos não tiverem suficiente compreensão das leis que se aplicam a eles, que essa compreensão também é necessária para o exercício de direitos e liberdades como garantido pelo artigo 4º da Declaração (O exercício de direitos naturais não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Apenas a lei pode determinar esses limites) e pelo artigo 5º da mesma Declaração (Tudo que não é vedado pela lei não poderá ser proibido e ninguém poderá ser obrigado a fazer aquilo que a lei não ordene).⁴²¹

difference between the two even though the theoretical explanations that the commentators of Constitutional Council's cases were trying to figure out were acceptable.” Em tradução livre: Esses dois objetivos não vinculavam o Legislativo do mesmo modo. Enquanto o princípio da inteligibilidade da lei é apenas ‘*un objetif à valeur constitutionnelle*’ (status constitucional), o que significa que esse princípio é apenas um objetivo constitucional que o legislador precisa tentar alcançar (obrigação de meio), o segundo princípio atribui uma obrigação maior ao Legislativo (obrigação de resultado). Essa distinção era fraca e ninguém conseguia esclarecer exatamente a diferença entre eles, ainda que as explicações teóricas que os comentadores da jurisprudência do Conselho Constitucional estivessem tentando demonstrar fossem aceitáveis.

⁴¹⁹ RRAPI, Patricia. Op. cit., p. 10.

⁴²⁰ Ibidem.

⁴²¹ Ibidem, p. 11-12 (em tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*The equality before the law*

Rrapi traz à baila diversos casos em que o Conselho Constitucional francês analisou os princípios da clareza e da acessibilidade e inteligibilidade da lei. Passamos, a seguir, a examinar alguns deles.

Em 1998, o Conselho Constitucional analisou a validade de uma lei que previa sua entrada em vigor em momento futuro.⁴²² A lei foi submetida à apreciação do Conselho por membros da Assembleia Nacional e do Senado, em virtude de, apesar de ter sido aprovada em 1998, prever o diferimento da sua entrada em vigor para 2000 e 2002. Os autores do pedido alegaram que, em virtude do diferimento da efetiva entrada em vigor da lei a momento posterior, dependente da edição de um relatório do Governo, a lei seria inconstitucionalmente vaga. Alegaram, ainda, que o Parlamento teria abdicado de seu poder (incompetência negativa), pois, se o Parlamento submete a lei a um relatório futuro (e, portanto, de um conteúdo incerto), a precisa implementação da lei é desconhecida no momento de sua aprovação.⁴²³ O Conselho Constitucional analisou o argumento, mas entendeu que a lei era suficientemente clara para seus propósitos constitucionais: o Parlamento poderia diferir a entrada em vigor da lei sem macular a sua clareza. Esse caso enfocava a doutrina da “clareza da lei”, abandonada, como visto, em casos posteriores.⁴²⁴

Em 1999, o Conselho Constitucional analisou uma questão envolvendo a codificação das leis.⁴²⁵ O Parlamento delegou seu poder com fundamento no artigo 38 da Constituição francesa para permitir ao Governo realizar a codificação da lei. A

laid down by Article 6 of the Declaration of Human and Civic rights of 1789 (DHCR) and the ‘guarantee of rights’ required by Article 16 may not be effective if the citizens do not have sufficient knowledge of the statutes that apply to them, that such knowledge is also necessary for the exercise of rights and freedoms as guaranteed by Article 4 of the Declaration (Natural rights have no bounds other than those ensure to the other members of society the enjoyment of these same rights. Only Law may determine these bounds) and by Article 5 of the same Declaration (nothing that is not forbidden by Law may be hindered, and no one may be compelled to do what the Law does not ordain).”

⁴²² FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 98-401-DC**: Lei de orientação e indicação relativa à redução do tempo de trabalho, 10 jun. 1998. Journal Officiel, 14 jun. 1998, p. 9.033, Recueil, p. 258. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1998/98-401-dc/decision-n-98-401-dc-du-10-juin-1998.11764.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013, p. 258

⁴²³ RRAPI, Patricia. Op. cit., p. 12.

⁴²⁴ Ibidem, pp. 12-13.

⁴²⁵ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 99-421-DC**: Lei autorizando o Governo a proceder, por ordenações (decretos), a adoção da seção legislativa de certos códigos, 16 dez. 1999. Journal Officiel, 22 dez. 1999, p. 19.041, Recueil, p. 136. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/99-421-dc/decision-n-99-421-dc-du-16-decembre-1999.11851.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013, p. 136.

interpretação do Conselho acerca do artigo 38, por outro lado, exige que o propósito da delegação seja definido precisamente e justificado por alguma urgência. O requerimento de apreciação da lei enviado ao Conselho Constitucional aduzia que esses dois requisitos não haviam sido preenchidos. O Conselho entendeu, todavia, que o princípio da inteligibilidade e acessibilidade da lei teria sido observado através da mencionada delegação, pois a codificação das leis poderia melhorar o acesso do cidadão a elas.⁴²⁶

Em 2003, foi submetida ao Conselho questão relativa à eleição de Senadores.⁴²⁷ A Provisão 7 do Ato de Eleição dos Senadores previa que:

Para cada categoria da eleição, os termos e o tamanho das cédulas devem estar em consonância com as leis e regulamentos — para eleições por escrutínio majoritário, as cédulas não devem incluir nenhum outro nome além do nome próprio do candidato — para eleições pelo escrutínio em lista, as listas apresentadas em cada um dos eleitorados departamentais ou regionais pode levar um único nome para a finalidade de ser identificada em nível nacional. Esse pode ser o nome de um grupo ou partido político ou de seus representantes.⁴²⁸

Segundo a compreensão do Conselho, o Parlamento pretendia regular as eleições senatoriais, mas alterou uma disposição legislativa em um título do Código Eleitoral que não estava relacionada com a eleição dos Senadores (artigo 52-3 do Título I do Livro I do Código Eleitoral). Segundo Rrapi, o “Conselho Constitucional explicou que esse dispositivo poderia modificar a legislação existente somente quando relacionado com a eleição de Senadores. O Conselho concluiu que à Provisão 7 faltava relação de pertinência com o Ato de Eleição dos Senadores”.⁴²⁹ Ademais, o Conselho Constitucional reconheceu que expressões como “nome próprio” e “representante de um grupo ou partido político”

⁴²⁶ RRAPI, Patricia. Op. cit., p. 13-14, vide considerando 22 da decisão.

⁴²⁷ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2003-475-DC**: Lei referente à reforma da eleição de Senadores, 24 jul. 2003. Journal Officiel, 31 jul. 2003, p. 13.038. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-475-dc/decision-n-2003-475-dc-du-24-juillet-2003.863.html>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

⁴²⁸ “For each category of election, the wording and the front size of ballots must be in accordance with laws and regulations — for elections ‘au scrutin majoritaire’ (election by majority vote), the ballots may not include any name other than the proper name of the candidate — for elections ‘au scrutin de liste’ (list-system), the lists in each of the departmental or regional constituency can take a single name in order to be identified at the national level. This could be the name of a group or political party or their representatives.” RRAPI, Patricia. Op. cit., p. 14-15.

⁴²⁹ Tradução livre de: “Therefore, Provision 7 of The Senators’ Election Act, was unconstitutionally inaccessible. The Constitutional Council explained that this Provision could modify existing legislation only when related to Senators’ election. It held that Provision 7 was lacking a relationship with the Senators’ Act”. Ibidem, p. 15.

são ambíguas. Em virtude de tais fatos, entendeu o Conselho que essa norma era inconstitucionalmente ininteligível:

[...] o último parágrafo do Artigo L. 52-3 permite, em alguns casos (envolvendo listas de candidatos), a inclusão na cédula dos nomes de pessoas que não são candidatas à eleição (os patrocinadores da lista), de tal modo que essa inclusão poderia criar uma confusão aos eleitores. Então, entendeu o Conselho que a norma era inconstitucionalmente ininteligível.⁴³⁰

Em 2004, o Conselho Constitucional invalidou um dispositivo da Lei orgânica relativa à autonomia financeira das coletividades territoriais.⁴³¹ O dispositivo não fazia mais do que apenas repetir o teor do Artigo 72-2 da Constituição, que garante autonomia financeira às comunidades territoriais. O Conselho entendeu que o dispositivo legal trazia apenas provisões tautológicas e, por outro lado, que a lei deve possuir um propósito útil, sendo certo que quando a Constituição exige a complementação de seus dispositivos, a lei deve fornecê-los; o Parlamento não deve apenas repetir os termos da Constituição.⁴³²

A Lei de Finanças para 2006 foi declarada inconstitucional pelo Conselho⁴³³ em virtude de ter sido gestada de uma forma muito complicada, referindo-se a outros artigos do Código Tributário Geral, e por trazer uma fórmula intrincada de cálculo dos benefícios tributários, que o Conselho entendeu ininteligíveis e inacessíveis para os contribuintes. O Conselho concluiu que, embora algumas normas devam ser justificadamente complexas, o dispositivo em questão (provisão 78) era excessivamente complexo, vago e impreciso.⁴³⁴

Por fim, Rrapi traz à baila julgado em que o Conselho Constitucional, por iniciativa própria, como permite o sistema francês, invalidou a Provisão 16 da Lei de Finanças para a Iniciativa Privada (The Private Finance Initiative Act).⁴³⁵ Segundo o Conselho, o referido

⁴³⁰ RRAPI, Patricia. Op. cit. O texto original possui o seguinte teor: “[...] *the last paragraph of Article L. 52-3 allows, in some cases (involving list of candidates), the inclusion on the ballot of names of people who are not themselves candidates for election (the list sponsors), that such inclusion might create confusion in the minds of voters. Therefore it held that the statute was unconstitutionally unintelligible.*”

⁴³¹ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2004-500-DC**. Op. cit., p. 13.562.

⁴³² RRAPI, Patricia. Op. cit., p. 17.

⁴³³ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2005-530-DC**: Lei de finanças para 2006, 29 dez. 2005. Journal Officiel, 31 dez. 2005, p. 20.705. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-530-dc/decision-n-2005-530-dc-du-29-decembre-2005.975.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013, p. 20.705.

⁴³⁴ RRAPI, Patricia. Op. cit., p. 19-21.

⁴³⁵ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2008-567-DC**: Lei de Finanças para a Iniciativa Privada,

artigo havia mencionado, por duas vezes, um patamar para os contratos ali referidos, enquanto deveria ter fixado um patamar inferior e outro superior. “O Conselho concluiu que o Poder Legislativo pretendia definir dois procedimentos, supostamente alternativos, abaixo e acima do patamar; todavia, o artigo referia-se, em ambos os casos, aos contratos cujos valores estivessem ‘acima do patamar’.”⁴³⁶ Conclui Rrapi que, como o legislador falhou ao aplicar a palavra correta, violou o princípio da inteligibilidade e da acessibilidade da lei, motivo pelo qual os dois últimos parágrafos do artigo 16 da Lei de Finanças para a Iniciativa Privada foram anulados.⁴³⁷

5.3 No Canadá

Doutrina e jurisprudência canadenses exigem um adequado nível de precisão para que a legislação possa alcançar validade, assemelhando-se, assim, à jurisprudência desenvolvida nos Estados Unidos da América — todavia, de aplicação muito mais recente.

Também no Canadá se aplica a teoria da vagueza (*Vagueness Doctrine*) para apuração de vício de inconstitucionalidade, como esclarece Marc Ribeiro, acrescentando que o caso emblemático acerca dessa matéria foi proferido pela Suprema Corte canadense em 1992, qual seja: *Nova Scotia Pharmaceutical*.⁴³⁸

Nesse julgamento, a Suprema Corte canadense baseou a sua decisão nos dois fundamentos desenvolvidos pela teoria da vagueza estadunidense, quais sejam, a necessidade de adequada advertência (*fair notice*) e a limitação do poder discricionário (*avoid the arbitrary enforcement of laws*), tendo, por outro lado, desenvolvido um *teste* para determinar se uma lei padece de inconstitucionalidade por vagueza.⁴³⁹

Todavia, como afirma Ribeiro, no caso *Nova Scotia Pharmaceutical*, a Suprema

24 jul. 2008. *Journal Officiel*, 29 jul. 2008, p. 12.151. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-567-dc/decision-n-2008-567-dc-du-24-juillet-2008.17226.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013, p. 12.151.

⁴³⁶ Tradução livre de: “*The Council held that the legislature intended to define two procedures, supposed alternatives, below and above the threshold, however, the article referred in both cases to the contracts whose amount is ‘above the threshold’.*” RRAPI, Patricia. Op. cit., p. 22.

⁴³⁷ Ibidem.

⁴³⁸ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 86.

⁴³⁹ Ibidem. O teste consistiria em saber se o texto legal confere uma base adequada para o debate legal.

Corte canadense conferiu um delineamento bastante diverso acerca do conceito de adequada advertência (*fair notice*). De fato, em sua forma tradicional, o conceito exige que o texto legislativo seja suficientemente preciso de modo a permitir que o cidadão que o lê possa saber com um razoável grau de aproximação o que é proibido e o que não é.

No caso *Nova Scotia Pharmaceutical*, a Suprema Corte canadense dividiu a noção de notícia adequada em dois componentes: um formal e outro substantivo. O aspecto *formal* é relacionado com o conhecimento que os cidadãos possuem do texto vigente da lei, voltado a perquirir se o acusado efetivamente leu a lei, possuindo, desse modo, menor importância, na medida em que a ninguém é permitido ignorar a lei. Por outro lado, o principal aspecto da teoria, segundo a Corte, é o *substantivo*, que diz respeito a saber “se os cidadãos foram avisados ou estão conscientes da natureza repreensiva de uma determinada exigência de conduta, não importando se eles tenham, efetivamente, lido o texto da norma”.⁴⁴⁰

Como mencionado pelo juiz Gonthier, pronunciando-se pela Corte no caso *Nova Scotia*, há, no caso exemplificativo de um homicídio, uma complexa rede de normas que tratam desse crime no Código Penal. Dificilmente um cidadão médio poderia conhecer a legislação que trata do homicídio em detalhe. Todavia, ninguém poderia razoavelmente argumentar que inexistiria adequada advertência (*fair notice*) acerca da proibição do cometimento do crime ou que a lei acerca do homicídio é vaga, pois todos (ou quase todos, como argui, com tristeza, o Relator) têm um conhecimento inato no sentido de que tirar a vida de outra pessoa é errado. Dessa forma, é esperado que o homicídio seja punido pelo Estado, o que efetivamente ocorre, sendo certo que os julgamentos e sentenças por esse crime são objeto de grande publicidade.⁴⁴¹

Nas palavras do juiz Gonthier, o “aspecto substantivo da adequada advertência é, portanto, a compreensão subjetiva de que a lei incide sobre alguma conduta, baseada no substrato de valores subjacentes às normas vigentes e no papel que exercem na vida da

⁴⁴⁰ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 86-87 (tradução livre).

⁴⁴¹ CANADÁ. Suprema Corte. **Nova Scotia Pharmaceutical Society**. Disponível em: <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/901/1/document.do>>. Acesso em: 15 ago. 2013 (tradução livre). O texto original possui a seguinte redação: “*Therefore it is expected that homicide will be punished by the State. Secondly, homicide is indeed punished by the State, and homicide trials and sentences receive a great deal of publicity.*”

sociedade”.⁴⁴² Esclarece, ainda, que, no caso de uma previsão legislativa não ser baseada em um “substrato de valores” comungado pela comunidade, a exigência de advertência pode ser satisfeita se o Estado compensa essa fraqueza, atraindo de algum modo a atenção dos cidadãos para o conteúdo da norma.⁴⁴³

Ribeiro adverte que essa é uma visão do requisito *fair notice* bastante distinta da tradicional, tal qual relacionada à vagueza. De acordo com a visão tradicional, a questão relevante é se a vagueza do texto impedirá um cidadão, mediante a leitura da lei, da compreensão de suas implicações. Pela visão da Suprema Corte canadense, a questão relevante é se a comunidade está subjetivamente consciente da proibição, independentemente da precisão da lei, ou do fato de os cidadãos terem efetivamente lido a lei.⁴⁴⁴

Ressalva, contudo, Ribeiro, que a Corte, no caso Nova Scotia, não eliminou por inteiro o aspecto tradicional da concepção de *advertência*, que se refere à clareza do texto da lei, de modo a permitir que os cidadãos que o leiam possam entendê-la, pois exige que a norma deva delinear suficientemente uma área de risco, para que possa satisfazer a norma constitucional. De fato, acrescenta: “Essa ideia obviamente exorta a precisão do comando dirigido aos cidadãos e torna relevante a efetiva precisão do texto legislativo”.⁴⁴⁵

Conclui Ribeiro que a análise das leis sob a doutrina da vagueza deve focar primariamente na clareza da mensagem legal, ao invés de utilizar os valores da sociedade, que se encontram relativamente alheios ao que a lei contém e fora do controle do Legislativo. Desse modo, o “substrato de valores” invocado pela Suprema Corte teria uma *função de balanceamento*, de modo a fazer o requisito da precisão variar de caso para caso, mas não permitindo que a Corte deixe de analisar o aspecto da precisão da norma legal.⁴⁴⁶

Para a validade de uma lei, segundo a doutrina da vagueza, um segundo critério

⁴⁴² Ibidem, p. 634.

⁴⁴³ CANADÁ. Suprema Corte. Op. cit., p. 634-635.

⁴⁴⁴ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 88.

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 91 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*This idea obviously calls upon the precision of the command directed towards citizens and renders relevant the actual precision of the legislative text.*”

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 91-92.

necessita ser preenchido, qual seja, examinar se a norma representa um risco de aplicação arbitrária.

O primeiro critério analisado, a adequada advertência, presta-se a ser invocado apenas no caso de leis que imponham comandos aos cidadãos, especialmente aquelas que criam tipos penais. Mas a doutrina da vagueza pode ser aplicada, algumas vezes, a leis que se destinam a outros fins. A ideia de evitar o arbítrio na aplicação da lei está ligada ao princípio republicano, no sentido de instituir um “governo de leis, não de homens”, decorrente do conceito de “*rule of law*” (entre nós insito no Estado de Direito, CF, art. 1º). Segundo Ribeiro, a noção de “governo de leis, não de homens” é um ideal constitucional muito importante no Canadá. Enfocando especialmente o preâmbulo da Constituição canadense, percebe-se que a discricionariedade da lei deve ser limitada ao que for razoavelmente necessário a não interferir nos objetivos legislativos. Assim, a discricionariedade criada por leis vagas será legítima quando a sua presença for razoavelmente necessária em relação ao projeto legislativo.⁴⁴⁷

Aqui também valem as observações feitas quanto a esse aspecto pela jurisprudência estadunidense, como uma exigência mais estrita quanto à discricionariedade no tocante às leis de natureza coercitiva. Assim, as leis penais exigem uma análise mais rigorosa da “razoável necessidade”.⁴⁴⁸

No caso Nova Scotia Pharmaceutical, a Suprema Corte canadense firmou uma noção diversa também acerca da discricionariedade. Asseverou a Corte que uma lei não pode ser destituída de precisão no seu conteúdo a ponto de que a condenação decorra automaticamente da decisão de acusar.⁴⁴⁹

Ribeiro adverte que a análise das leis não deve ficar limitada à aplicação do critério de automática condenação, extraído da jurisprudência estadunidense, por duas razões: primeiro porque esse critério refere-se apenas a leis penais e a doutrina da vagueza pode ser aplicada a outros tipos de leis; e segundo porque a análise deve ser guiada pelo princípio do *rule of law* (Estado de Direito) que, mesmo em sua compreensão mais

⁴⁴⁷ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 95.

⁴⁴⁸ Ibidem, pp. 95-96.

⁴⁴⁹ CANADÁ. Suprema Corte. Op. cit., p. 636.

limitada, certamente prescreve uma limitação da discricionariedade legal de uma forma mais completa que o critério da condenação automática.⁴⁵⁰

Esclareça-se que, embora a Suprema Corte canadense tenha analisado com profundidade a teoria da vagueza, seus elementos e efeitos, no caso *Nova Scotia Pharmaceutical*, cuja legislação inquinada de inconstitucional tratava de apenar acordos destinados a impedir ou diminuir *indevidamente*⁴⁵¹ a competição, a ação foi julgada improcedente, não tendo sido reconhecida a alegada incompatibilidade dos dispositivos legais com a seção 7 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades.⁴⁵²

Segundo Ribeiro, a sua proposta quanto à maior amplitude na compreensão do critério da *discricionariedade racional* pode ser fundamentada pelo entendimento manifestado pela Suprema Corte canadense no caso *Morales*.⁴⁵³ Neste, a Suprema Corte do Canadá analisou a validade da S. 515(10) (b) do Código Penal canadense, que conferia ao juiz o poder de negar fiança ao acusado quando “necessário ao interesse público ou para a proteção da segurança do público”. O critério do “interesse público” foi considerado inconstitucional por vagueza por violar com fundamento na seção 11(e) da Constituição canadense.⁴⁵⁴

Como afirma Ribeiro, embora a lei fosse certamente vaga e abrangente, não conferia poder discricionário à polícia ou ao Ministério Público para alcançar os assim chamados “indesejáveis”; ainda assim, o padrão foi tido como incompatível com a noção de governo pela lei, pois o direito do acusado de ter a fiança arbitrada foi submetido ao critério arbitrário ou aos caprichos do juiz. Essa foi a razão de sua invalidação e não a estreita ideia de condenação automática ou a questão da advertência adequada.⁴⁵⁵

Ressalte-se que a expressão “interesse público” não é necessariamente vaga em

⁴⁵⁰ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 98.

⁴⁵¹ A alegação foi feita no sentido de que o termo “*unduly*” era vago e não permitia a adequada compreensão da lei.

⁴⁵² CANADÁ. Suprema Corte. Op. cit., p. 661.

⁴⁵³ Ibidem.

⁴⁵⁴ “11. *Any person charged with an offence has the right; [...] (e) not to be denied reasonable bail without just cause.*” Em tradução livre: “11. Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito de: [...] (e) não ter negada fiança razoável, sem justa causa”.

⁴⁵⁵ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 99.

qualquer contexto, pois uma expressão pode ser considerada suficientemente precisa em um contexto e demasiadamente vaga em outro.⁴⁵⁶

Ribeiro esclarece, afinal, que o teste proposto pela Suprema Corte, no sentido de verificar se o texto legal é suficientemente claro de modo a permitir uma adequada base para o “debate legal”, não é suficiente quando considerado sob as luzes do princípio da legalidade e do Estado de Direito (*rule of law*), ambos a exigir que se confira grande apreço à elaboração legislativa. De fato, esses princípios significam que as leis devem proporcionar aos cidadãos advertência adequada para que possam ajustar suas condutas (*principle of legality*) e que a influência da discricionariedade na aplicação dessas leis seja limitada (*rule of law*).⁴⁵⁷

Vislumbra-se que a doutrina e a jurisprudência canadenses aproximam os elementos da doutrina americana à europeia, na medida em que invocam o princípio do *rule of law*, muito próximo da segurança jurídica utilizada pelos tribunais europeus, para analisar a validade das leis, em seus aspectos formal e estrutural interno, sob o ponto de vista de sua adequada elaboração legislativa, como se pode verificar ao longo do presente capítulo.

5.4 Na Espanha

Há na Espanha doutrina bastante avançada, enfocando a importância da boa conformação legislativa, em consonância com as regras de Legística, bem como acerca dos efeitos da inobservância destas regras, inclusive quanto à caracterização de inconstitucionalidade da lei mal gestada, por violação ao princípio da segurança jurídica. De fato, como bem afirma Piedad García-Escudero Márques, citando entendimento de J. Rodríguez-Arana⁴⁵⁸:

Se nos questionamos se seria possível anular uma lei por inconstitucionalidade ao violar o princípio da segurança jurídica por má técnica normativa, como diz J. Rodríguez-Arana, a resposta só pode ser

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 99-101.

⁴⁵⁷ RIBEIRO, Marc. Op. cit., p. 103.

⁴⁵⁸ A obra citada é a seguinte: MUNÖZ, Jaime Rodríguez-Arana. Principio de seguridad jurídica y técnica normativa. **Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional**, n. 4, 2007, p. 2.

afirmativa; o problema é que, segundo parece, talvez devido ao fato de que a técnica legislativa não é mais que um conjunto de plausíveis recomendações sobre a melhor maneira de elaborar as normas, seu descumprimento ainda não constitui uma contravenção de natureza grave, embora, de fato, possa acarretar um flagrante vício de constitucionalidade por violação ao princípio da segurança jurídica.⁴⁵⁹

O Tribunal Constitucional espanhol, por outro lado, tem sido cauteloso quanto ao reconhecimento dos vícios decorrentes da inobservância de regras formais de composição legislativa,⁴⁶⁰ a ponto de sofrer críticas doutrinárias.

Escudero Márquez analisa a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol do ponto de vista da relevância dos defeitos decorrentes de técnica legislativa em relação à segurança jurídica, separando-os em três categorias: 1) defeitos irrelevantes; 2) defeitos relevantes por sua conexão com outros preceitos constitucionais; e 3) defeitos de técnica

⁴⁵⁹ Tradução livre do original: “*Si nos cuestionamos si sería posible anular una ley por inconstitucionalidad al violar el principio de seguridad jurídica por mala técnica normativa, como dice J. Rodríguez-Arana, la respuesta sólo puede ser afirmativa; el problema es que, según parece, quizás debido a que como la técnica normativa no es más que un conjunto de plausibles recomendaciones sobre la mejor manera de elaborar las normas, su incumplimiento todavía no constituye una contravención de naturaleza grave aunque, en efecto, pueda conllevar a un palmario vicio de constitucionalidad por violación del principio da seguridad jurídica.*” (MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Op. cit., p. 15).

⁴⁶⁰ “Pelo contrário, em vários momentos o Tribunal aponta defeitos de técnica legislativa que não vulneram a segurança jurídica (como na sentença 224/1998, fl. 2), como veremos em seguida, e declara, de forma geral, que não corresponde à jurisdição constitucional pronunciar-se sobre a perfeição técnica das leis (SSTC 226/1993, fl. 4; 195/1996, fl. 3; e 225/1998, fl. 2A) nem velar por ela (STC 37/1981, fl. 2); que o juízo de constitucionalidade não é de técnica legislativa [SSTC 109/1987, fl. 3 c), 195/1996, fl. 3]; que o Tribunal não é, de modo algum, juiz da correção técnica das leis (STC 341/1993, fl. 2); que o controle de constitucionalidade não é um juízo sobre a qualidade técnica do ordenamento jurídico nem sobre a oportunidade das opções adotadas pelo legislador (SSTC 32/2000, fl. 6, 109/2001, fl. 6); ou que o controle jurisdicional da lei nada tem a ver com sua depuração técnica, nem pode dar lugar, tampouco, à constrição do âmbito de livre conformação do legislador (SSTC 226/1993, fl. 4; e 195/1996, fl. 3), o que reitera ao assinalar que determinadas questões controvertidas constituem ‘uma opção de técnica legislativa que recai na liberdade de conformação do legislador’ (como na citada sentença 225/1998), com o que o Tribunal se autolimita para respeitar essa capacidade de conformação legislativa.” Tradução livre do original: “*Por el contrario, en distintas ocasiones el Tribunal señala defectos de técnica legislativa que no vulneran la seguridad jurídica (así, en la sentencia 225/1998, FJ 2), como veremos en el apartado siguiente, y declara con carácter general que no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes (SSTC 226/1993 FJ 4, 195/1996 FJ 3 y 225/1998 FJ 2A) ni velar por ella (STC 37/1981 FJ 2); que el juicio de constitucionalidad no es de técnica legislativa [SSTC 109/1987 FJ 3 c), 195/1996 FJ 3]; que el Tribunal no es en modo alguno juez de la corrección técnica de las leyes (STC 341/1993, FJ 2); que el control de constitucionalidad no es un juicio sobre la cualidad técnica del ordenamiento jurídico ni sobre la oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador (SSTC 32/2000 FJ 6, 109/2001, FJ 6); o que el control jurisdiccional de la ley nada tiene que ver con su depuración técnica ni puede dar lugar, tampoco a la constricción del ámbito de libre configuración del legislador (SSTC 226/1993 FJ 4, y 195/1996 FJ 3), lo que reitera al señalar que determinadas cuestiones controvertidas constituyen ‘una opción de técnica legislativa que entra de lleno en la libertad de configuración del legislador’ (así el la citada sentencia 225/1998), con lo que el Tribunal se autolimita para respetar esa capacidad de configuración.*” MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Op. cit., p. 24-25.

legislativa relevantes para a segurança jurídica.⁴⁶¹

Entre os defeitos considerados irrelevantes para fins constitucionais, a despeito de o próprio Tribunal considerar que configuram má técnica legislativa, a autora cita os seguintes:

- a) Quando uma lei contém preceitos ininteligíveis, o princípio da conservação da norma impede que se faça uma declaração de inconstitucionalidade (STC 37/1981, fl. 5).
- b) Não é relevante a qualificação errônea de um preceito legislativo como disposição transitória, apesar de conter uma regra de vigência temporal incondicionada (STC 225/1998).
- c) Nem o caráter marcadamente tautológico de um preceito, que poderia ser tachado de tecnicamente incorreto, mas não de inconstitucional (STC 118/1986, fl. 3).
- d) As omissões nas leis não são relevantes, pois a mácula à segurança jurídica não se processa à luz de uma só lei questionada (“cada norma singular não constitui um elemento ilhado e incomunicável no mundo do Direito”), mas sim diante do conjunto do ordenamento jurídico. “Somente se, no contexto do ordenamento em que se insira e tendo em conta as regras de interpretação admissíveis pelo Direito, o conteúdo das omissões de um texto normativo produzir confusão ou dúvidas que gerem em seus destinatários uma incerteza razoavelmente insuperável acerca da conduta exigível para seu cumprimento ou sobre a previsibilidade de seus efeitos, poder-se-ia concluir que a norma em questão infringe o princípio da segurança jurídica” (STC 150/1990, fl. 8), o que não acontece no caso.
- e) Quanto às normas intrusas ou “*cavaliers legislatifs*”, a inclusão em uma lei de matérias alheias àquelas que constituem o seu objeto — uma desafortunada prática frequente em nosso e em outros ordenamentos —, não tem sido considerada relevante para a segurança jurídica pelo Tribunal Constitucional, salvo em relação à Lei de Pressupostos (SSTC 76/1992 e 83/1993, entre outras), na qual se agregam outras razões para justificar a limitação de seu conteúdo material que não são aplicáveis a outras leis.⁴⁶² [...]
- f) Quanto às remissões, “terreno fértil para a prática de defeitos de técnica legislativa”, e sem prejuízo de que recaiam, sobretudo, sobre a distribuição de competências entre Estado e Comunidades Autônomas, o Tribunal não considerou lesivo à segurança jurídica, ao ponto de incorrer em inconstitucionalidade, que uma lei autonômica se referisse a uma norma estatal [central] já derogada, por ser reparável a incerteza gerada (STC 146/1993, fl. 6).
- g) A reprodução de preceitos constitucionais nas leis é qualificada como “técnica inapropriada na STC 15/1989 (fl. 2) ou de ‘incorreção técnica’ na sentença 118/1996 (fl. 3), embora o Tribunal advirta acerca dos riscos do que qualifica de “certas práticas legislativas potencialmente inconstitucionais por serem inadequadas ao sistema de fontes configurado

⁴⁶¹ Ibidem, p. 26-48.

⁴⁶² Nesse caso, a autora expõe opinião contrária à jurisprudência do Tribunal: MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Op. cit., p. 30.

pela Constituição”, “todas essas práticas (esta e outras de reprodução de preceitos, como em leis ordinárias de leis orgânicas ou em leis autonômicas de legislação básica do Estado) que podem levar à confusão normativa e conduzir à inconstitucionalidade derivada da norma, como ocorre naqueles exemplos nos quais o preceito reproduzido perde sua vigência ou é modificado, mantendo-se, contudo, o que o reproduzia” (SSTC 162/1996, fl. 3 v. 150/1998, fl. 4).

h) A terminologia não absolutamente precisa não constitui um vício de inconstitucionalidade da lei (STC 160/1987, fl. 5 a); tampouco a manifesta impropriedade dos termos, pois a imperfeição técnica não é causa de invalidade (STC 149/1991, fl. 3 B b).

i) Nem sequer quando o Tribunal reconhece que “a determinação do conteúdo do preceito, do ponto de vista da competência, requer um processo interpretativo que decorre facilmente da sistemática da lei” (STC 195/1996, fl. 3).

j) Não se considera causador de uma confusão normativa lesiva ao princípio da segurança jurídica reformar o regime jurídico da ITV através de um Decreto-lei relativo à liberação das telecomunicações, “tendo em conta o conteúdo habitualmente heterogêneo dos Decretos-leis, os meios existentes na atualidade para encontrar o Decreto vigente em cada momento, e que determinada norma se integra em um capítulo autônomo do Decreto-lei impugnado” (STC 332/2005, fl. 17).

k) A inclusão de uma norma com vocação de permanência na Lei de Pressupostos tampouco é causa de invalidade (por todas, STC 109/2001, fl. 6).

l) A normatização completa de uma matéria em uma lei ou por partes em várias leis forma parte do âmbito de decisão do legislador, “salvo naqueles casos em que a Constituição estabelece a unidade de legislação acerca de uma mesma matéria ou para um conjunto de problemas ou soluções enlaçados e próximos entre si, sem prejuízo de que uma vez estabelecida essa legislação, possa modificar-se parcialmente”, como ocorre no caso da lei eleitoral (STC 72/1984, fl. 5).⁴⁶³

⁴⁶³ Tradução livre do original: “a) Cuando una ley contiene preceptos ininteligibles, el principio de conservación de la norma impide hacer una declaración de inconstitucionalidad (STC 37/1981 FJ 5). b) No es relevante la calificación errónea de un precepto legislativo como disposición transitoria, pese a contener una regulación de vigencia temporal incondicionada (STC 225/1998). c) Ni el carácter marcadamente tautológico de un precepto, que podría ser tachado de técnicamente incorrecto, pero no de inconstitucionalidad (STC 118/1996, FJ 3). d) Las omisiones en las leyes no son relevantes, por cuanto la afectación a la seguridad jurídica no se enjuicia a la luz de una sola ley cuestionada (“cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho”), sino del conjunto del ordenamiento jurídico. “Sólo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica” (STC 150/1990, FJ 8), lo que no suele ser el caso. e) En cuanto a las normas intrusas o “cavaliers legislatifs”, la inclusión en una ley de materias ajenas a la que constituye su objeto —una desafortunada práctica frecuente en nuestro ordenamiento y en otros—, no ha merecido la consideración de relevante para la seguridad jurídica por el Tribunal Constitucional, salvo en relación con la Ley de Presupuestos (SSTC 76/1992 y 83/1993, entre otras), en la que intervienen otras razones para justificar la limitación de su contenido material que no son generalizables a otras leyes [...] f) En cuanto a las remisiones, “campo abonado para la comisión de defectos de técnica legislativa”, y sin perjuicio de que se plantean sobre todo en relación con la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, el Tribunal no consideró lesivo para la seguridad jurídica hasta el punto de incurrir en inconstitucionalidad que una ley autonómica se remitiera a una norma estatal ya derogada, por ser salvable la incertidumbre generada (STC 146/1993, FJ 6). g) La reproducción

Quanto aos defeitos que, embora tangenciem questões relativas à técnica legislativa, mostram-se mais relevantes por sua conexão com outros preceitos constitucionais, Escudero Márquez traz à baila quatro hipóteses extraídas da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol:

- a) O princípio da legalidade em matéria sancionadora (art. 25.1 CE), que obriga ao legislador a realizar “o máximo esforço possível para que a segurança jurídica seja salvaguardada na definição dos tipos” (STC 62/1982, fl. 7), “de maneira que a norma punitiva aplicável permita prever com suficiente grau de certeza as condutas que constituem infração e o tipo e grau de sanção de que pode ser merecedor quem as cometa” (STC 116/1993, fl. 3 e 53/1994, fl. 4).
- b) A citada limitação de conteúdo material da Lei de Pressupostos, que o Tribunal fundamenta no teor e na finalidade do artigo 134.2 da Constituição, bem como nas exigências do princípio da segurança jurídica “de que tais leis, dada a diversidade de setores materiais e âmbitos da realidade que são suscetíveis de afetar, atenham-se ao conteúdo que lhes corresponde segundo sua função constitucional”. (STC 274/2000, fl. 7).
- c) As exigências de certeza nas leis de limitação de direitos fundamentais, nas quais, segundo a sentença 49/199, fl. 4, “o legislador há de fazer o ‘máximo esforço possível para garantir a segurança jurídica’ ou, dito de outro modo, ‘a expectativa razoavelmente fundada do cidadão na qual há de ser a atuação do poder em aplicação do Direito’ (STC 36/1991, fl. 5), seguindo a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o princípio da confiança legítima no Direito”.

de preceptos constitucionales en las leyes es calificada de “técnica inapropiada en la STC 15/1989 (FJ 2) o de ‘incorrección técnica’ en la sentencia 118/1996 (FJ 3), aunque el Tribunal advierte de los riesgos de las que califica “ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurando por la Constitución”, “prácticas todas ellas (ésta y otras de reproducción de preceptos, como en leyes ordinarias de leyes orgánicas o en leyes autonómicas de legislación básica del Estado) que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente sin embargo, el que lo reproducía” (SSTC 162/1996 FJ 3 y 150/1998 FJ 4). h) La terminología no absolutamente precisa no constituye un vicio de inconstitucionalidad de una ley (STC 160/1987, FJ 5 a); tampoco la manifiesta impropiedad de los términos, pues la imperfección técnica no es causa de invalidez (STC 149/1991, FJ 3 B b). i) Ni siquiera cuando el Tribunal reconoce que “la determinación del contenido del precepto, desde la perspectiva competencial, requiere un proceso interpretativo que no resulta precisamente facilitado por la sistemática de la Ley” (STC 195/1996, FJ 3). j) No se considera causante de una confusión normativa lesiva del principio de seguridad jurídica reformar el régimen jurídico de la ITV a través de un Decreto-ley relativo a la liberalización de las telecomunicaciones, ‘teniente en cuenta el contenido habitualmente heterogéneo de los Decretos-leyes, los medios existentes en la actualidad para hallar el Derecho vigente en cada momento, y que dicha norma se integra en un capítulo autónomo del Decreto-ley impugnado’ (STC 332/2005, FJ 17). k) La inclusión de una norma con vocación de permanencia en la Ley de Presupuestos tampoco es causa de invalidez (por todas, STC 109/2001, FJ 6). l) La normación completa de una materia en una ley o por partes en varias leyes forma parte del ámbito de decisión del legislador, “salvo en aquellos casos en que la Constitución establece la unidad de legislación en una misma materia o para un conjunto de problemas o soluciones enlazados y próximos entre sí, sin perjuicio de que una vez establecida esta legislación pueda modificarse parcialmente”, como ocurre en el caso de la ley electoral (STC 72/1984, FJ 5).” MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Op. cit., p. 27-35.

d) O sistema constitucional de distribuição de competências, cuja vulneração pode eventualmente afetar a segurança jurídica, “princípio constitucional (que) obriga ao legislador a perseguir a certeza e não a confusão normativa, procurando que acerca da matéria sobre a qual legisle saibam os aplicadores do Direito e os cidadãos a que se ater (SSTC 46/1990, fl. 4 e 154/1989, fl. 6, entre outras), (...) exigência (que) se faz maior quando, por razão da repartição de competências, devam colaborar para a legislação o legislador [central] e o autônomo” (STC 146/1993, fl. 6).⁴⁶⁴

Por fim, em relação aos defeitos de técnica legislativa propriamente dita relevantes à segurança jurídica, a autora cita apenas um julgado do Tribunal Constitucional espanhol, qual seja, a sentença n. 46/1990, sobre as Leis canárias n. 14/1987 e 6/1989. Nesse caso, o Tribunal invocou o artigo 9.3 da Constituição espanhola,⁴⁶⁵ no qual se encontra o princípio da segurança jurídica, para exigir que a legislação seja feita de forma clara e não confusa, de modo que os operadores jurídicos e os cidadãos saibam como agir em relação à matéria disciplinada pela lei, que deve procurar buscar a certeza a respeito do que é o Direito e não, como ocorreu no caso, provocar jogos e relações entre normas mediante as quais se introduz perplexidades dificilmente superáveis a respeito da previsibilidade de qual seja o Direito aplicável, quais as consequências derivadas das normas vigentes e até mesmo quais são elas. Por essas razões, o Tribunal entendeu que a vulneração à segurança jurídica era

⁴⁶⁴ Tradução livre de: “a) *El principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), que obliga al legislador a realizar ‘el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos’ (STC 62/1982, FJ 7), ‘de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa’ (SSTC 116/1993 FJ 3 y 53/1994, FJ 4).* b) *La citada limitación del contenido material de Ley de Presupuestos, que el Tribunal fundamenta en el tenor y finalidad del artículo 134.2 de la Constitución, además de en las exigencias del principio de la seguridad jurídica ‘de que tales leyes, dada la diversidad de sectores materiales y ámbitos de la realidad que son susceptibles de afectar, se atengan al contenido que les corresponde según su función constitucional’ (STC 274/200, FJ 7).* c) *Las exigencias de certeza en las leyes de limitación de derechos fundamentales, en las que, según la sentencia 49/1999, FJ 4, ‘el legislador ha de hacer el ‘máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica’ o, dicho de otro modo, ‘la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho’ (STC 36/1991, FJ 5), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de confianza legítima en el Derecho’.* d) *El sistema constitucional de distribución de competencias, cuya vulneración puede a la vez incidir en la seguridad jurídica, ‘principio constitucional (que) obliga al legislador a perseguir la certeza y no la confusión normativa, procurando que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los aplicadores del Derecho y los ciudadanos a qué atenerse (SSTC 46/1990 FJ 4 y 154/1989 FJ 6, entre otras), (...) exigencia (que) se hace mayor cuando, por razón del reparto de competencias, deben colaborar en la legislación el legislador y el autónomo’ (STC 146/1993, FJ 6).” MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Op. cit., p. 36-39.*

⁴⁶⁵ “Artigo 9. [...] 3. A Constituição assegura o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a vedação à arbitrariedade dos poderes públicos.” Tradução livre de: “*Artículo 9. [...] 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*” (grifo nosso).

patente e, por esse motivo, a lei foi declarada inconstitucional.⁴⁶⁶

Extraí-se o seguinte trecho da sentença n. 46/1990, hábil a demonstrar a argumentação do Tribunal Constitucional espanhol, através de seu órgão Plenário, acerca da vulneração ao princípio da segurança jurídica:

Finalmente, infringiu também o princípio da segurança jurídica (art. 9.3 C.E.) ao gerar uma situação de incerteza jurídica naquilo que se refere à legislação de águas aplicável ao território insular. A exigência do 9.3, relativa ao princípio da segurança jurídica, demanda que o legislador persiga a claridade e não a confusão normativa, procure que, acerca da matéria sobre a qual legisle, saibam os operadores jurídicos e os cidadãos a que se ater e evite de provocar situações objetivamente confusas como a que, sem dúvida, gerou-se neste caso, em virtude do complicadíssimo jogo de remissões entre normas que aqui foi produzido. Há que promover e buscar a certeza a respeito do que é Direito e não, como ocorre no caso, provocar jogos e relações entre normas em consequência das quais se introduzem perplexidades dificilmente superáveis a respeito da previsibilidade de qual seja o Direito aplicável, quais as consequências derivadas das normas vigentes, inclusive quais sejam essas normas. A vulneração da segurança jurídica é patente e deve ser declarada a inconstitucionalidade também por esse motivo.⁴⁶⁷

Verifica-se que a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol é assaz escassa acerca da configuração de inconstitucionalidade especificamente decorrente de má técnica legislativa. Percebe-se que a própria Corte impõe-se uma pesada restrição quanto à sua atuação no tocante à invalidação de leis violadoras de regras de técnica legislativa. Há que se notar que as regras de Legística não possuem na Espanha caráter normativo, como ocorre no Brasil (Constituição Federal art. 59, parágrafo único, regulamentado pela LC 95/98). O Tribunal espanhol tem utilizado, muitas vezes, a inexistência de normatividade e o alegado caráter de mero aconselhamento das regras de Legística como pretexto a não

⁴⁶⁶ MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Op. cit., p. 47-48.

⁴⁶⁷ Tradução livre de: “*Finalmente ha infringido también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) al generar una situación de incertidumbre jurídica en todo lo referente a la legislación de aguas aplicable en el territorio insular. La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplexidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo.*” ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n. 46/1990**. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/1471>>. Acesso em: 31 jul. 2013.

lhes conferir o devido valor ou considerar que a sua observância encontra-se inserida no critério de discricionariedade legislativa.

Tal postura, contudo, pode reverter-se contra os cidadãos e demais aplicadores da lei, que se veem em situação de insegurança jurídica e eventual sujeição ao arbítrio.

Escudero Márquez faz um elucidativo apanhado de diversos defeitos, relativos à estrutura, conteúdo e linguagem das leis que, inobservados pelo legislador, mostrar-se-iam hábeis a provocar a declaração de sua inconstitucionalidade, com fundamento na própria doutrina constitucional acerca do princípio da segurança jurídica, que ela própria sumariza na conclusão de sua obra:

Reunimos algumas hipóteses de defeitos na estrutura, conteúdo e linguagem das leis que poderiam provocar uma declaração de inconstitucionalidade com fundamento na doutrina constitucional acerca do princípio da segurança jurídica. Desse modo, poderiam ser declaradas inconstitucionais por vulnerar o mencionado princípio as leis cuja redação ou linguagem afete a sua clareza ao ponto de produzir incerteza jurídica, em virtude de não se poder interpretá-las de modo natural e não forçado, ou por não contar a lei com a indispensável clareza, um conteúdo preciso e efeitos e destinatários perfeitamente determinados, inobstante a inevitável exegese que se possa fazer da norma. Ou as leis que não cumpram com a exigência de completa e exata publicação no Diário Oficial. Ou aquelas correções de erros que alterem a vontade do legislador; inclusive a retificação tardia com efeitos retroativos poderia vulnerar a segurança jurídica com efeitos relevantes para sua constitucionalidade. Também se produz — e poderia ser declarada — essa vulneração no caso de *vacatio legis* insuficiente para possibilitar o conhecimento da lei e as medidas necessárias para a sua aplicação, assim como pelas normas retroativas, em particular em matéria tributária, nas quais essa qualidade não esteja amparada por exigências qualificadas de interesse público, pois, caso contrário, podem incorrer em arbitrariedade.⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ Tradução livre de: “*Hemos recogido algunos supuestos de defectos en la estructura, contenido y lenguaje de las leyes que podrían provocar una declaración de inconstitucionalidad amparada en la propia doctrina constitucional sobre el principio de seguridad jurídica. Así, podrían ser declaradas inconstitucionales por vulnerar dicho principio aquellas leyes cuya redacción o lenguaje afecte a su claridad hasta el extremo de producir una incertidumbre jurídica, por no poder interpretarse de modo natural y no forzado, o por no contar la ley con la indispensable claridad, un contenido preciso y unos efectos y destinatarios perfectamente determinados, no obstante la inevitable exégesis que de la norma pueda hacerse. O las leyes que no cumplan con la exigencia de completa y exacta publicación en el Diario Oficial. O aquellas correcciones de errores que alteren la voluntad del legislador; incluso una rectificación tardía con efectos retroactivos podría vulnerar la seguridad jurídica con efectos relevantes para su constitucionalidad. También se produce — y podría ser declarada — esta vulneración en caso de *vacatio legis* insuficiente para posibilitar el conocimiento de la ley y las medidas necesarias para su aplicación, así como por las normas retroactivas, en particular en materia tributaria, en las que esta cualidad no esté amparada por exigencias*”

5.5 Em Portugal

A doutrina portuguesa está bastante desenvolvida no estudo dos vícios de inconstitucionalidade decorrentes do “desvio de poder legislativo”, como se pôde verificar anteriormente (item 4.2.3, *infra*), destacando-se nesse ponto, os magistérios de J. J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Carlos Blanco de Moraes.

Todavia, o Tribunal Constitucional português tem relutado em sancionar tais vícios, como anota Blanco de Moraes, fazendo um contraponto com a jurisprudência de outros Países europeus:

Já em Portugal, a Justiça Constitucional encaminha paradoxal mas obstinadamente ao arrepio da solução de Direito Comparado acabada de expor, recusando julgar, por exemplo, a inconstitucionalidade de normas parasitárias incluídas em leis com valor reforçado, em nome da “fluidez do ordenamento, do ponto de vista da dinâmica das fontes do direito” (cfr. por exemplo, o Ac. n. 460/99).⁴⁶⁹

Mencionamos anteriormente a oposição da parte da doutrina portuguesa, trazendo à baila lição de Jorge Miranda,⁴⁷⁰ quanto à inconveniência de realizar o controle de constitucionalidade acerca da adequação lógica, da coerência interna da lei e de sua razoabilidade imanente, sob o argumento que esse controle transformaria a apreciação da lei num exame de Legística ou num juízo de mérito.

Canotilho, em vertente oposta, sustenta que no Direito Constitucional não são desconhecidos casos de controle que incidem sobre o modo de exercício da função legislativa:

Nos casos de “arbítrio”, “irracionalidade”, “discriminação injustificada”, “indeterminabilidade da lei”, é geralmente admitido o controle jurisdicional baseado na violação de princípios constitucionais heteronomamente determinantes: o princípio da proibição do excesso, o

cualificadas de interés público, pues en otro caso pueden incurrir asimismo en arbitrariedad.” (MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. Op. cit., p. 200-201).

⁴⁶⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 218.

⁴⁷⁰ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 43-47.

princípio da determinabilidade e o princípio da igualdade.⁴⁷¹

Blanco de Moraes afirma que, embora comungue com algumas preocupações assumidas pela doutrina portuguesa acima apontadas, ressalta, todavia, que “em casos de *incoerência rotunda* da qual derivem prejuízos ou onerações para os seus destinatários, considera-se que a ilogicidade do comando jurídico pode revelar em termos de constitucionalidade”.⁴⁷² Assevera, igualmente, que a *coerência do Direito* “impõe-se a título permanente como um princípio estruturante do mesmo, já que a realização da Justiça Material, que subjaz à realização dos fins do Estado de Direito, repudia a incongruência dos comandos jurídicos”.⁴⁷³

A congruência revela-se, portanto, como um princípio lógico e o Direito, “embora não se esgote na lógica não pode afirmar-se contra ela, sob *pena de negar o pressuposto de segurança que lhe inere e de negar o seu carácter científico-dogmático*.”⁴⁷⁴ Conclui, assim, na mesma esteira da tese que estamos sustentando ao longo do presente estudo, no sentido de que a coerência é um corolário do *princípio da segurança jurídica*, que pressupõe que os cidadãos possam ter “uma percepção certa dos comandos jurídicos que lhes são aplicáveis e de poder, na base deles, prever, antecipar e calcular comportamentos”.⁴⁷⁵

Por fim, reconhece Blanco de Moraes que, no ordenamento jurídico português, o princípio da segurança jurídica ostenta relevância específica em diversos preceitos da Constituição, citando, nesse ponto, os artigos 4º⁴⁷⁶ e 282,⁴⁷⁷ advertindo, todavia, que, em

⁴⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2001, p. 260-261.

⁴⁷² MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional...* Op. cit., p. 146. Pondera, ainda: “Tendo como significado empírico actuar consequentemente, a coerência implica a recusa da contradição e, por conseguinte, a rejeição de proposições jurídicas que, em simultâneo, afirmem e neguem a mesma realidade, bem como a possibilidade de o mesmo caso ser objecto de duas soluções regulatórias incompatíveis presentes na mesma lei.” Ibidem.

⁴⁷³ Ibidem, p. 147.

⁴⁷⁴ Ibidem.

⁴⁷⁵ Ibidem.

⁴⁷⁶ “Artigo 4.º Cidadania portuguesa - São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional.”

⁴⁷⁷ “Artigo 282.º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos

seu alcance geral, encontra-se presente, tal qual sustentamos aqui, no princípio do Estado Democrático de Direito, inscrito no artigo 2º da Carta Magna portuguesa.⁴⁷⁸

5.6 Na Itália

Na Itália, doutrina e jurisprudência reconhecem de uma forma crescente, desde a década de 1950, a existência de vícios na formação dos atos normativos relacionados com o abuso no exercício do poder, a configurar arbitrariedade da legislação, decorrente de excesso ou desvio de poder legislativo.

Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò propõem uma categoria de vícios de inconstitucionalidade do arbítrio que se manifesta na forma de lei, denominando-a, assim, de *arbitrariedade da legislação*.⁴⁷⁹ Sinteticamente, afirmam que, no vício de arbitrariedade, incluir-se-iam todos os casos de leis contra *a natureza do Direito*. Sob o ponto de vista analítico, afirmam que haveria “estratos” da arbitrariedade da lei, quais sejam: a racionalidade (*razionalità*), a razoabilidade (*ragionevolezza*) e a justiça (*giustizia*), a primeira relaciona-se à *coerência*, a segunda à *congruência* e a terceira à *adequação*.⁴⁸⁰

Segundo os autores, a *irracionalidade* seria a ruptura da coerência interna do ordenamento jurídico: “A irracionalidade da lei há que a ver com a unidade do ordenamento, isto é, com a possibilidade de conceber o conjunto de normas que o compõem como uma estrutura normativa dotada de ordem conceitual, realizada em conjunto pelo princípio formal de não-contradição.”⁴⁸¹ Acrescentam, ainda, que a coerência é um caráter estrutural do direito, é “um daqueles princípios jurídicos fundamentais e fundantes que precedem as singulares normas positivas, tornando-as

favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.”

⁴⁷⁸ “Artigo 2.º Estado de direito democrático - A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

⁴⁷⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. Op. cit., p. 195.

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 196.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 196-197.

inteligíveis umas em respeito às outras, evitando o risco da guerra de todos contra todos”.⁴⁸² Concluem que a *irracionalidade intrínseca* do ordenamento como vício da lei não nasce da lesão de específicas normas constitucionais, nasce da necessidade de conceber o direito de certo modo, qual seja, a “sociedade civil” das leis, em lugar do estado de natureza.⁴⁸³

É essa, precisamente, a noção que temos tratado no presente trabalho sob a denominação de *inconstitucionalidade finalística intrínseca*, decorrente de severa deficiência redacional ou estrutural interna do ato normativo. Nesse sentido, a observação de Franco Modugno, a incluir o vício decorrente da contradição interna da lei dentre as hipóteses de *desvio de poder legislativo*:

Uma das facetas do excesso de poder legislativo se constitui quando o contraste se coloque entre as disposições, de um lado, e os títulos internos, partes, seções etc., ou a rubrica dos artigos, de outro, no sentido de que os títulos, denominações, conteúdos das rubricas, o significado das divisões, partições, articulações, não são senão expressões da *mens legis*, onde pelo significado e pelo espírito complexo da lei na sua unidade, que possa contradizer o conteúdo específico de uma singular disposição, ou de um artigo, ou de uma seção, parte etc. Em tal sentido revela-se a inexatidão e a superficialidade do velho brocardo segundo o qual “rubrica legis non est lex”, que vai entretanto entendido com referência ao conteúdo particular da lei, mas não já com significado complexo da mesma. Ao final, não se exclui a hipótese em que o contraste seja identificável entre uma singular disposição de uma lei e uma outra disposição da mesma lei no momento que, em tal fato, a possibilidade de resolução do contraste postule a prevalência de uma das duas disposições sobre a outra, com a consequência de dever procurar-se qual entre as duas disposições, enquanto expressão da *mens legis*, deva prevalecer sobre a outra. O problema, em outros termos, se resolve definitivamente no confronto entre o significado complexo da lei e aquele das disposições com ele contrastantes, com o resultado, ainda uma vez, de entender funcionalmente viciada aquela disposição que esteja em contraste com a *ratio legis*.⁴⁸⁴

Todavia, a doutrina e jurisprudência italianas prevalentes, ao que tudo indica, referem-se a uma contradição que não se manifestaria propriamente no interior da lei, mas sim no interior do ordenamento normativo, isto é, uma contradição entre uma lei e outra, com o condão de retirar a racionalidade do ordenamento. De fato, esclarecem Zagrebelsky

⁴⁸² Ibidem, p. 197.

⁴⁸³ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. Op. cit.

⁴⁸⁴ MODUGNO, Franco. *L’invalidità della legge*. Milano: Giuffrè, 1970, v. 2, p. 334, *apud* PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo...* Op. cit., p. 229-250.

e Marcenò que, no caso da racionalidade: “A inconstitucionalidade não depende do conteúdo da lei em si considerada, mas da circunstância que, existindo uma outra lei, entre as duas determine-se uma contradição lógica insuperável.”⁴⁸⁵ Assim, à diferença do que ocorre na inconstitucionalidade, que se determina no confronto binário lei-Constituição, no juízo de racionalidade o esquema seria *ternário*: uma lei que se confronta com outra lei, sob o princípio constitucional de racionalidade. “O que é característico nesse juízo é a existência de um *tertium comparationis*, representado pela norma usada como ‘pedra de toque’ capaz de evidenciar a eventual ruptura lógica do ordenamento.”⁴⁸⁶

A jurisprudência da Corte Constitucional italiana inicialmente manifestou-se no sentido de não reconhecer a possibilidade de controle do uso de poder discricionário pelo Legislativo, como lembram Antonio Ruggieri e Antonino Spadaro, citando nesse sentido, a decisão n. 87/1953.⁴⁸⁷ Mais tarde, como esclarecem os mesmos autores, a Corte sancionaria, na sentença n. 3/1957, o conhecido princípio segundo o qual a igualdade é compreendida como o “tratamento igual de condições iguais e tratamento desigual de condições desiguais”, a primeira origem conceitual das sucessivas avaliações de razoabilidade.⁴⁸⁸ Na decisão n. 28/1957, reiteraria a letra do artigo 28, excluindo uma avaliação sobre o uso do poder discricionário do Parlamento. Pouco depois, já com a decisão n. 53/1958, foi invocada a não contrariedade interna da lei. Mas, provavelmente, somente na decisão n. 46/1959 emergiria pela primeira vez, de modo explícito, o termo “patente falta de razoabilidade”, junto com “manifesto arbítrio”.⁴⁸⁹

Esclarecem, todavia, que, apesar do uso constante do critério de razoabilidade,

⁴⁸⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. Op. cit., p. 199 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*L’incostituzionalità non dipende dal contenuto in sé della legge considerata, ma dalla circostanza che, esistendo un’altra legge, tra le due si determina una contraddizione logica insuperabile.*”

⁴⁸⁶ Ibidem (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*Ciò che vi è di caratteristico in questo giudizio è l’esistenza di un tertium comparationis, rappresentato dalla norma usata come pietra di paragone, che consente di cogliere l’eventuale ‘rottura’ logica dell’ordinamento.*”

⁴⁸⁷ RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. Op. cit., p. 105.

⁴⁸⁸ O termo utilizado em italiano é “*ragionevolezza*”, que significa: “Critério essencialmente jurisprudencial construído com base no art. 3º da Constituição (igualdade), por meio do qual a *Corte Costituzionale* avalia a legitimidade das diferenciações ou das equiparações dispostas pelo legislador. Nessa acepção de parâmetro dos critérios de diferenciação e equiparação previstos pelo legislador, a *ragionevolezza*, elevada à categoria de princípio constitucional, aparece na jurisprudência da *Corte Costituzionale* como limite principal estabelecido para a discricionariedade do legislador, ao mesmo tempo, o principal instrumento por meio do qual se avalia a harmonia da disciplina legislativa ao contexto histórico e político em que é inserida.” AMARAL, Ana Maria Marcondes do. **Dicionário jurídico italiano-português**. Revisão jurídica: José Percival Albano Nogueira Jr. São Paulo: Federal, 2006.

⁴⁸⁹ RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. Op. cit., p. 105.

fundado no artigo 3º da Constituição, a Corte há deixado claro, ao menos formalmente, sua intenção de não analisar o “excesso de poder legislativo”. Esse “*self-restraint*” se explicaria pela intenção de fazer um uso limitado do controle sobre os vícios de excesso de poder legislativo, restringindo-o à hipótese de violação de normas constitucionais de escopo.⁴⁹⁰

A jurisprudência da Corte Constitucional italiana acerca da razoabilidade, segundo Ruggeri e Spadaro, poderia ser dividida em três fases:

a) uma primeira — de n. 46/1959 a 1980 — na qual a Corte, sempre apelando para o art. 3º da Constituição, lembra prevalentemente o princípio da não contradição e aquele da congruência entre meios e fins; b) uma segunda — que vai da n. 10/1980 a 1988 — na qual a Corte, impossibilitada de usar o método “binário”, recorre frequentemente ao assim dito critério “ternário” do *tertium comparationis*, dando vida a um juízo trilateral, do qual em pouco se falará mais; c) uma terceira fase, enfim — que vai da n. 991/1988 até hoje (cfr. sentença n. 104/2003) — vê, de uma certa maneira, afirmar-se o uso apenas “simbólico”, como uma mera cláusula de estilo — do artigo 3º da Constituição, por meio de um processo de autonomização do juízo de razoabilidade no que diz respeito ao princípio da igualdade e, por um outro lado, a combinação substancial (ainda que quase sempre implícito) do juízo de razoabilidade ao juízo de mérito.⁴⁹¹

Por fim, mencionam que, com fundamento em recentes decisões da Corte Constitucional italiana, é possível identificar uma bipartição na definição dos vícios de excesso legislativo em duas vertentes: a *incoerência* e a *irrazoabilidade*. A primeira aferível intrinsecamente ao mesmo setor legislativo homogêneo, através de um “*tertium comparationis*”; a segunda, na ausência de um “*tertium*” legislativo comparativo homogêneo, mediante recurso a: a) valores alcançáveis da mesa constitucional; b) critério de incongruência meio-fim; e c) equilíbrio entre valores constitucionais.⁴⁹²

⁴⁹⁰ RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. Op. cit.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 106 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “a) una prima-dalla n. 46/1959 al 1980 — in cui la Corte, sempre appellandosi all’art. 3 Cost., richiama prevalentemente il principio di non contraddizione e quello di congruità mezzi-fini; b) una seconda — che va dalla n. 10/1980 al 1988 — in cui la Corte, impossibilitata a usare il metodo ‘binario’, ricorre in modo esteso al c.d. criterio ‘ternario’ del tertium comparationis, dando vita a un giudizio trilaterale, di cui fra poco si dirà meglio; c) una terza fase, infine — che va dalla n. 991/1988 ad oggi (cfr. sent. n. 104/2003) — vede, per un verso, affermarsi l’uso solo ‘simbolico’, quale mera clausola di stile, dell’art. 3, 1 c., Const., attraverso un processo di autonomizzazione del giudizio di ragionevolezza rispetto al principio di eguaglianza e, per un altro verso, l’accostamento sostanziale (anche se quasi sempre implicito) del giudizio di ragionevolezza al giudizio di merito.”

⁴⁹² RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. Op. cit., p. 110: “Ciò premesso, nonostante una certa vaghezza terminologica di cui più avanti si dirà, in particolare da Corte tende sempre più a distinguere

Todavia, lamentam Ruggieri e Spadaro que a jurisprudência da Corte italiana continua se valendo de ambos os termos de maneira indiscriminada, devendo-se “reconhecer que o termo compreensivo ‘razoabilidade’ é agora muitas vezes indicativo de uma pluralidade heterogênea de técnicas argumentativas diversas”.⁴⁹³

5.7 Na Alemanha

A Alemanha tem desenvolvido um refinado sistema de controle da validade das leis, fundado em critérios de proporcionalidade, que se destina a coibir o excesso de poder legislativo.

Gilmar Ferreira Mendes, após asseverar que o excesso de poder legislativo possivelmente constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno, esclarece que, por meio desse instrumento, cuida-se de aferir a compatibilidade da lei “com os fins constitucionalmente previstos ou constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo”.⁴⁹⁴

O *excesso de poder legislativo* é uma forma de controle da discricionariedade legislativa ou, como afirma a doutrina alemã, da liberdade de conformação do legislador.⁴⁹⁵

Como mencionado no item 4.2.3 *supra*, com esboço no ensinamento de Elival da Silva Ramos, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se confundem. Enquanto o princípio da proporcionalidade, utilizado na Alemanha, volta-se,

appunto fra l'onere di 'coerenza' e quello di 'ragionevolezza' della legge: 'Il primo comporta un controllo volto a stabilire se tra le varie manifestazioni normative nella stessa materia (tertia comparationis) e quella denunziata esista una congruità dispositiva o, invece, vi siano contraddizioni insanabili. Il secondo prescinde da raffronti con termini di paragone (i quali, al più, assumono solo un valore sintomatico), per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi, inferendo una contrarietà a Costituzione solo quando non sia possibile ricondurre la disciplina ad alcuna esigenza protetta in via primaria o vi sia una evidente sproporzione tra i mezzi approntati e il fine asseritamente perseguito.'”

⁴⁹³ RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. Op. cit., p. 112-113.

⁴⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

⁴⁹⁵ Ibidem.

fundamentalmente, à proteção quanto à restrição de direitos fundamentais, o princípio da razoabilidade, desenvolvido pela doutrina estadunidense, teria um campo de atuação mais alargado, fundado no princípio do devido processo legal, permitindo o controle de excessos legislativos não só referentes ao conteúdo das leis, como também quanto ao seu aspecto formal, como pudemos verificar mediante a análise da doutrina e jurisprudência norte-americanas (item 5.1, *supra*).

Todavia, é possível encontrar na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão exemplos de decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de leis em decorrência de deficiências de conformação, firmando uma exigência no sentido de que as intervenções legais sejam *previsíveis* e *calculáveis* para os cidadãos, sob pena de ofender os princípios do Estado de Direito. Nesse sentido, veja-se a decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado⁴⁹⁶ de 12 de novembro de 1958,⁴⁹⁷ que analisou a constitucionalidade do § 2 da Lei Provisória sobre a formação e fiscalização de preços (Lei de Preços):

2. Os princípios do Estado de Direito exigem que também os poderes delegados ao Executivo para a edição de atos administrativos onerosos sejam, por meio de lei autorizadora, suficientemente determinados e delimitados em seu conteúdo, objeto, propósito e extensão, de tal forma que as intervenções sejam mensuráveis, bem como sejam, em certa extensão, previsíveis e calculáveis para os cidadãos (cf. Bay VfGH (*Österreichischer Verfassungsgerichtshof* — Tribunal Constitucional Bávaro) n. F. 81 (91); decisão de Apresentação Judicial do Tribunal Federal Administrativo, em 4 de julho de 1956, BVerwGE 4, 24 (38, 35 s.)).⁴⁹⁸

Colhe-se da decisão, ainda, que a estipulação de uma cláusula vaga pelo Poder Legislativo, deixando a critério da discricionariedade do Executivo a resolução do caso

⁴⁹⁶ “O *Bundesverfassungsgericht* é constituído por dois Senados, compostos por oito juizes, eleitos pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) (art. 94, I, 2º período; § 5 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*). Os dois Senados encontram-se no mesmo plano hierárquico, sendo cada *Senado* o *Bundesverfassungsgericht*. As competências de cada Senado estão estabelecidas no § 14 da Lei de Organização do Tribunal. Referido diploma autoriza o Pleno a estabelecer regras especiais com vistas a restaurar a igualdade na distribuição dos processos, em caso de sobrecarga de um ou outro Senado (§ 14, n. 4). Para o exame prévio sobre o cabimento de *recursos constitucionais* (§§ 93b e 93c, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*), existem, em cada Senado, Câmaras compostas por três juizes (15, a, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*).” MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

⁴⁹⁷ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]. 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57.

⁴⁹⁸ SCHWABE, Jüngen (Coletânea original). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Organização e introdução Leonardo Martins. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 846.

concreto, revela-se incompatível com o princípio da legalidade dos atos da Administração:

Isso resulta principalmente do princípio da legalidade da Administração (dos atos da Administração). Este princípio não exige apenas qualquer, mas uma autorização do Executivo para edição de atos administrativos onerosos que seja delimitada e o mais determinada possível. Ele tem por objeto tornar as intervenções do poder público, na medida do possível, calculáveis. A lei deve regulamentar o conteúdo da atividade administrativa, não podendo se limitar a estabelecer princípios gerais a serem observados. Um vínculo legal meramente formal de intervenção administrativa não basta. *Uma “cláusula geral vaga”, que deixa a critério do poder discricionário do Executivo o estabelecimento de limites à liberdade no caso concreto, não é compatível com o princípio da legalidade da Administração (dos atos da Administração) [...].*⁴⁹⁹

Reconhece, igualmente, o Tribunal Constitucional alemão, que a lei vaga viola, tal como proposto no presente trabalho, o princípio da separação dos Poderes, pois, se “os poderes do Executivo não são mais suficientemente determinados, ele [Executivo] não mais executa a lei, não agindo mais segundo as linhas gerais traçadas pelo Legislador, mas decide no lugar deste. Isto viola o princípio da divisão dos Poderes [...]”.⁵⁰⁰

Por meio da decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado, de 7 de abril de 1964, este órgão considerou inconstitucionais os §§ 1 e 2 da Lei de Transportes de Pessoas, de 21 de março de 1961.⁵⁰¹ Referida lei tratava de prática comercial desenvolvida na Alemanha após a Segunda Guerra, consistente, em essência, na intermediação de passageiros para viagens de automóvel, destinada a baratear o seu custo,⁵⁰² sendo que o dispositivo mencionado previa sanção criminal caso o preço estipulado entre o dono do veículo, as agências e os caronas ultrapassasse o valor da viagem. Entendeu a Corte que o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatlichkeit*) exige — pois é visto como uma presunção geral de liberdade em favor do cidadão — que o indivíduo permaneça preservado de intervenções desnecessárias do poder público. Caso a intervenção, na forma de um mandamento ou proibição legal, seja indispensável, deve ser veiculada de forma *clara e identificável* pelo

⁴⁹⁹ SCHWABE, Jüngen. Op. cit., p. 847 (grifo nosso).

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ BGBL. I, p. 241.

⁵⁰² “Desde o fim da Segunda Guerra floresceram em muitos lugares da Alemanha as assim chamadas *agências de viagens em automóvel particular (Mitfahzentrale)*, cuja atividade se constituía em intermediar o encontro entre motoristas, donos dos veículos, e possíveis caronas, tendo todos o escopo mínimo de reduzir os custos de viagem, dividindo-os entre o motorista e seus caronas. A agência cobrava uma taxa, que incluía um seguro contra acidentes.” SCHWABE, Jüngen. Op. cit., p. 852.

cidadão.⁵⁰³ A partir dessas premissas, reconheceu que a lei padecia de vício em decorrência de uma insuperável *contradição interna*:

3. Sob esses aspectos, a norma legal apresentada ao exame há de ser criticada em diversas perspectivas:

a.) uma proibição legal deve ser formulada, em seus pressupostos e em seu conteúdo, de forma tão clara que aqueles por ela atingidos possam reconhecer a situação e determinar, de acordo com ela, seu comportamento. Certamente nem todas as dúvidas e incertezas de uma norma legal podem ser evitadas desde o início. Deve, porém, ser exigido que o legislador ao menos torne totalmente evidentes sua idéia fundamental, o objetivo de sua vontade legisladora — principalmente quando se tratar de uma disciplina de uma matéria relativamente simples e de fácil compreensão, sendo que a composição do tipo legal não traz, por isso, maiores dificuldades. Isso faltou no presente caso: o § 1 II, nº 1 PBefG (*Personenbeförderungsgesetz* — Lei sobre Transporte de Pessoas) submete viagens publicamente intermediadas à lei, fazendo, portanto, que elas necessitem de uma licença. Porém, não se dispõe nada sobre os pressupostos, procedimento e forma da licença. Pelo contrário, dos §§ 46 e 49 decorre que viagens desse tipo não possam ser de qualquer modo autorizadas. *Tendo em vista essa nítida contradição do conteúdo da lei, devem surgir dúvidas sobre o tratamento legal dessa modalidade de transporte. O governo federal considera-as como passíveis de licença, os tribunais têm-nas como proibidas. Esse litígio não pode ser decidido pelo cidadão, que se expõe ao risco de ser processado criminalmente, se seguir a posição do governo federal.*⁵⁰⁴

Na decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 19 de abril de 1978,⁵⁰⁵ o Tribunal enfrentou questão referente a uma sociedade anônima do ramo da construção civil que auferiu renda no exterior e buscou compensação tributária do imposto já recolhido no exterior perante o Tribunal Financeiro de Düsseldorf. Este entendeu que o dispositivo legal aplicável ao caso, o § 34c III da Lei do Imposto de Renda, seria inconstitucional em decorrência de conceder à Administração fazendária um poder de conceder vantagem tributária com base no conceito indeterminado e vago de “razões macroeconômicas”, motivo pelo qual suspendeu o processo e apresentou o dispositivo para controle do Tribunal Constitucional Federal.⁵⁰⁶ O Tribunal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade, com fundamento, em essência, nas seguintes razões:

⁵⁰³ ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: amtliche Sammlung [Decisões do Tribunal Constitucional Federal: coletânea oficial]. **BVerfGE 9, 137 (147, 149)**.

⁵⁰⁴ SCHWABE, Jüngen. Op. cit., p. 855, grifo nosso.

⁵⁰⁵ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]. **2 BvL 2/75**.

⁵⁰⁶ SCHWABE, Jüngen. Op. cit., p. 855-856.

1. O § 34c III EStG é compatível com a *Grundgesetz*, quando as mais altas autoridades fazendárias dos Estados-membros, com a anuência do Ministério Federal da Fazenda, possam dispensar, total ou parcialmente, o imposto de renda alemão incidente sobre rendimentos auferidos no exterior ou fixá-los em um montante genérico, quando isso for conveniente por razões macro-econômicas.

O conceito de “razões macro-econômicas” previsto no § 34c III EStG é suficientemente caracterizado quando observados seu contexto semântico, seu objetivo estabelecido e sua gênese.

2. As exigências dirigidas ao grau de determinação de autorizações para atos administrativos que envolvam vantagens tributárias são menores do que aquelas relativas às autorizações de intervenção, uma vez que a relevância do direito fundamental destas é, em geral e consideravelmente, maior. Isso vale, em todo caso, na medida em que, quando uma tal autorização discipline tipos normativos de exceção, que deixem fundamentalmente intocados os ônus iguais para todos os sujeitos atingidos pela norma instituidora de tributo, não se provoca distorções na concorrência.⁵⁰⁷

Colhem-se dessa decisão elementos importantes e comuns no sistema de controle de validade da norma em relação à sua estrutura interna: (i) fatores externos à norma, como “seu contexto semântico, seu objetivo estabelecido e sua gênese”, contribuem para fixar os limites de sua interpretação e, assim, a compreensão de seu conteúdo; e (ii) as exigências quanto ao grau de determinação de autorizações para atos administrativos que envolvam vantagens tributárias são menores que aquelas relativas a autorizações de intervenção do Estado na esfera de outros direitos individuais, pois, nesse caso, a relevância do direito fundamental pode ser consideravelmente maior.

⁵⁰⁷ SCHWABE, Jüngen. Op. cit., p. 856.

6 A INCONSTITUCIONALIDADE FINALÍSTICA INTRÍNSECA AO ATO NORMATIVO EIVADO DE SEVERA DEFICIÊNCIA REDACIONAL OU ESTRUTURAL INTERNA, POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA

6.1 Noções preliminares: a Legística como instrumento qualificador da produção normativa

A Legística, como visto anteriormente (capítulo 2, *supra*), é um ramo da Ciência da Legislação que se volta a estudar os métodos e técnicas destinados aperfeiçoar formal e substancialmente a elaboração das leis.

No primeiro caso (aperfeiçoamento formal), identifica-se a Legística *em sentido estrito*, ou Legística formal, focada na *melhoria da redação* dos atos legislativos. O segundo significado, relativo à *melhoria do conteúdo prescritivo* das leis, tornou-se objeto de estudo do ramo da Ciência da Legislação conhecido como “Legística material”. A essas duas vertentes, agrega-se uma terceira, voltada à *simplicificação normativa*, por meio de procedimentos de compilação, consolidação e codificação das leis.⁵⁰⁸

Mencionou-se, outrossim, que a Legística é uma ciência recente, surgida no final da segunda metade do século passado, e que tem caráter multidisciplinar, contemplando

⁵⁰⁸ Segundo Carlos Blanco de Moraes, a Legística em sentido amplo decompõe-se, em razão de seu objeto, em três domínios: o da *Legística material*, o da *Legística formal* e o da *Legística organizativa*, que possuiriam o seguinte significado, a saber: “A Legística material consiste no sistema de acção integrado por um conjunto de métodos, técnicas de gestão do conteúdo normativo e que se propõe assegurar que a concepção da lei observe requisitos de qualidade e de validade que lhe permitam preencher, adequadamente e com eficiência, os objectivos operacionais que presidiram à sua aprovação. Ela projecta-se: (i) *A título principal ou originário*, no momento genético da política normativa que preside à concepção de um novo acto legislativo; (ii) *A título derivado*, tendo em vista a emissão de um juízo de avaliação sobre a necessidade de sua subsistência, alteração ou revogação. *A Legística formal consiste na disciplina que estuda a comunicação legislativa, de modo a melhorar a compreensão e identificação da norma legal vigente.* Essa Comunicação implica: (i) *A título principal*, a adopção de técnicas de redacção e sistematização interna dos textos das normas legais, destinadas a assegurar a sua correção gramatical, clareza, certeza, precisão, parcimónia, coerência interna e facilitação interpretativa; (ii) *A título complementar*, embora numa dinâmica de execução permanente, a concretização de *políticas públicas de simplificação* reordenadora das leis. A simplificação normativa, tal como se verá, abrange procedimentos de compilação, consolidação, codificação, regras relativas ao formulário dos diplomas e técnicas de informatização legal.” MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual...* Op. cit., p. 211.

elementos do Direito, da Ciência Política, Administração, Economia, Linguística, Sociologia, Psicologia e Informática.⁵⁰⁹

Embora esteja intimamente ligada ao Direito, *a Legística não faz parte dele*. Na verdade, a Legística é ciência auxiliar do Direito, da mesma forma como exercem esse papel a Sociologia Jurídica e a Filosofia do Direito, dentre outras. *As regras de Legística não são, portanto, em si próprias, regras jurídicas*, como bem esclarece Carlos Blanco de Moraes, não sem antes reconhecer uma “tendência irreprimível do Direito para incorporar certos cânones e directrizes de forma a conferir-lhes o valor de regras jurídicas”:

As regras de Legística não assumem de “per se” natureza jurídica. Tendo nascido a partir do desenvolvimento de uma ciência social aplicada, destinada a melhorar a qualidade das leis, as directrizes de Legística assumem-se como critérios metódicos e regras técnicas auxiliares do Direito e não, necessariamente, como normas de Direito.⁵¹⁰

Assim, Blanco de Moraes enumera quatro critérios distintivos entre as normas jurídicas e as normas de Legística, que procuraremos resumir a seguir⁵¹¹: i) no que tange ao *objeto*, a norma jurídica possui *caráter principal* e a norma de Legística *natureza instrumental* em relação à primeira; ii) em *termos jurídico-funcionais*, a norma jurídico-pública consubstancia-se em uma decisão tomada por um órgão do poder político que se mostra apta a surtir efeitos, decorrentes de natureza imperativa; já a norma de Legística possuiria um caráter técnico, de valor persuasivo para o responsável pela decisão normativa, de forma a assisti-lo no exercício de suas competências normativas; iii) no *plano do controle*, “as normas jurídicas encontram-se submetidas seja aos parâmetros normativos determinados em outras normas jurídicas, seja aos padrões de desempenho fixados pelas directrizes de Legística”,⁵¹² mas as consequências da inobservância de ambas seria diferente, pois se a norma jurídica violar o seu parâmetro jurídico (Constituição), poderá ser invalidada pelos tribunais, enquanto que, se violar uma norma de Legística, “ela não será afectada por nenhum valor jurídico negativo, podendo apenas ser estimada como de deficiente qualidade por instâncias de avaliação que possam ser constituídas;⁵¹³ e, por

⁵⁰⁹ Enumeração feita por Carlos Blanco de Moraes (**Manual...** Op. cit., p. 213). No mesmo sentido: CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit., p. 3.

⁵¹⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 214.

⁵¹¹ Ibidem, p. 214-215.

⁵¹² Ibidem.

⁵¹³ Ibidem, p. 215.

fim, iv) *em termos metódicos*, enquanto a norma jurídica é predominantemente aplicada na base de critérios lógico-dedutivos, a regra de Legística opera em respeito aos raciocínios indutivo e dedutivo, de modo a poder confrontar o Direito com os resultados que ele mesmo produz.

Vislumbra-se, portanto, que, *por sua natureza*, as normas de Legística não se confundem com as normas jurídicas, nem tampouco devem necessariamente atuar como parâmetro para aferir a validade das normas jurídicas.

A despeito dessas evidentes diferenças, normas jurídicas e critérios de Legística estão entre si imbricados de uma forma tão próxima que fazem com que os critérios de boa elaboração legislativa muitas vezes sejam utilizados como parâmetros constitucionais ou legais — e, portanto, normativos — para a elaboração das leis. Nesse sentido, Blanco de Moraes traz à tona os elementos de aproximação entre as regras de Legística e as normas jurídicas, que se mostram de grande valia a este estudo.

O *primeiro* dos elementos de aproximação entre as regras de Legística e as de Direito diz respeito ao fato de as normas de Legística serem materializadas mediante atos jurídicos públicos, como circulares internas, regulamentos administrativos, acordos administrativos, regimentos parlamentares, resoluções políticas, leis e até normas constitucionais. Pondera, então, Blanco de Moraes que, se a presença de critérios e procedimentos de Legística em atos jurídicos não legislativos lhes confere uma eficácia puramente programática e a faculdade de poderem obrigar juridicamente apenas os órgãos da administração pública, o mesmo não ocorre quando tais diretrizes são veiculadas por meio de leis formais, pois “a sua normativização em leis constitucionais e leis reforçadas é passível de transformar a sua natureza técnica e eficácia predominantemente programática numa realidade jurídico-normativa com valor supra-ordenador dos próprios actos legislativos”.⁵¹⁴

O *segundo elemento de aproximação*, também de importantes consequências para o desenvolvimento desta tese, diz respeito ao fato de *os propósitos da Legística assentarem-se nos próprios fundamentos da ordem jurídica*, pois ao Direito “não basta que uma norma

⁵¹⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit.

seja válida, mas também que seja cabalmente apreendida e se encontre em condições para produzir, de forma adequada, os efeitos jurídicos a que se propôs”.⁵¹⁵ Nessa linha de raciocínio, deve-se ter em vista que o *princípio da segurança jurídica* é um dos “objectivos centrais da Legística formal, cujos critérios metódicos intentam assegurar clareza, coerência interna e sistematicidade na redacção dos actos legislativos, bem como cognoscibilidade do Direito produzido” e previnem “obscuridades, defeitos sistemáticos e contradições lógicas que ofendam o princípio da segurança jurídica”.⁵¹⁶

O *terceiro fator de aproximação*, segundo Blanco de Moraes, radicar-se-ia na circularidade entre as normas jurídicas e de Legística:

Se os cânones metódicos da Legística se posicionam “ab origine” fora do Direito, eles acabam por condicionar, como critérios de gestão, a produção desse mesmo Direito, seja no momento de “fabrico”, seja como instrumento “a posteriori” de observação da solidez e eficácia do produto criado, corrigindo e ajustando os trâmites legiferantes do futuro.⁵¹⁷

O *quarto e último ponto de aproximação* seria a incorporação, em normas jurídicas, dos critérios de Legística. Informa Blanco de Moraes que a origem dessa tendência de “legalização” das normas de Legística estaria na transformação de praxes, costumes ou disposições ordenadoras dos regimentos parlamentares, que, durante o período do Estado Liberal de Direito, não assumiam carácter vinculativo, mas ordenador, e, com o desenvolvimento do Estado Social e por razões de segurança, passaram a figurar em regras constitucionais de produção legal.⁵¹⁸ Cita, então, o exemplo de diversas Constituições que encamparam instrumentos de aperfeiçoamento da qualidade legislativa, dentre elas as seguintes, das quais são destacadas as previsões que têm relevância ao presente estudo: a holandesa (art. 79); a sueca (art. 18 do Capítulo VIII da Constituição de 1975); a grega (art. 74.5, que veda a discussão parlamentar de um projeto ou proposta de lei que contenha normas intrusas); a austríaca (art. 49a); a suíça (arts. 9º e 170); a italiana (art. 81); a espanhola (art. 134, conjugado com a Lei n. 363, de 1988); a francesa (arts. 34 e 47), que

⁵¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., **grifo nosso**.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 215-216.

⁵¹⁷ Ibidem, p. 216.

⁵¹⁸ Ibidem, p. 216-217. “Razões idênticas à certeza do Direito e a imperativos de qualidade normativa conduziram a que certas directrizes, procedimentos e estruturas administrativas envolvidas na Legística formal e material, passassem do domínio de circulares, para a esfera das resoluções, decretos, regimentos parlamentares e actos legislativos e, ulteriormente, para o domínio da própria Constituição.” Ibidem, p. 217 (destaques no original).

procura banir os “cavaleiros orçamentais”, isto é, “as normas intrusas ou parasitárias incrustadas nas leis financeiras ou orçamentárias”; e a portuguesa (art. 198, n. 3).⁵¹⁹

A Constituição Federal brasileira, a par da determinação de edição de lei complementar destinada a disciplinar os critérios de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis (art. 59, parágrafo único), também abarca expressamente em seu texto dispositivos voltados a demandar do legislador a produção de legislação de boa qualidade, podendo ser citados os artigos 150, § 6º (a exigir lei específica para concessão de subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições), e 165, § 8º (a vedar a inclusão, na lei orçamentária anual, de dispositivo estranho à previsão de receita e à fixação de despesa), cujos efeitos, para o controle de constitucionalidade, examinaremos a seguir (item 6.2.1, *infra*).

Note-se, por outro lado, que em muitos Países, a despeito da ausência de incorporação expressa dos critérios de Legística ao texto constitucional, os Tribunais Constitucionais vêm realizando o controle da qualidade da legislação, com fundamento, especialmente, nos princípios do *devido processo legal* e da *segurança jurídica*, como se pode notar pelo exame do capítulo 6, *supra*.

Blanco de Moraes traz os exemplos da Itália, onde, na década de 1970, o Tribunal Constitucional, inicialmente, entendeu que certas leis que, por ausência de clareza ou conteúdo heteróclito, desafiavam a segurança jurídica não seriam, contudo, inconstitucionais. Todavia, a situação viria a se inverter nos anos 1980, quando o Tribunal passou a sancionar leis por conta de vícios de sua produção:

Já nos anos 80, o Tribunal assumiu uma conduta mais severa, fixando em *obiter dicta*, orientações em favor da coerência das normas e não se coibindo mesmo de julgar, por exemplo, a inconstitucionalidade de uma lei que suscitava dúvidas quanto ao seu regime revocatório (Sent. 292 de 1984), ou de outra que continha normas sancionatórias de natureza penal, pese o fato de o seu conteúdo principal não revestir essa natureza, não podendo aqui valer razoavelmente o brocado segundo o qual “*ignorantia legis non excusat*” (Sent. n. 364 de 1988).⁵²⁰

⁵¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 217.

⁵²⁰ Ibidem, p. 218.

Essa tendência teria sido seguida, segundo narra, em Países como a Espanha — onde o Tribunal Constitucional teria proferido diversas sentenças tendo como fundamento o artigo 9.3 da Constituição, na parte em que enuncia o princípio da segurança jurídica, censurando, v.g., preceitos que não garantissem a clareza e certeza do Direito⁵²¹ — e a Alemanha — onde o Tribunal Constitucional considerou obrigatório que o legislador reunisse dados para a realização de avaliação prévia e sucessiva de certas leis, como em matéria de energia nuclear,⁵²² interrupção da gravidez⁵²³ e fuga ao fisco.⁵²⁴ Assevera, por fim, que em Portugal, o Tribunal Constitucional tem se recusado, “obstinadamente e ao arrepio da solução do Direito Comparado”, a sancionar, por exemplo, a inconstitucionalidade de leis parasitárias, para preservar a “fluidez do ordenamento, do ponto de vista da dinâmica das fontes de direito”.^{525, 526}

Vislumbra-se, portanto, que o controle da qualidade da produção legislativa é um assunto atual e que tem recebido crescente atenção pelas Cortes Constitucionais em todo o mundo.

Em via de conclusão deste tópico, pode-se afirmar que:

- i. As regras de Legística não se confundem com as regras jurídicas (de Direito) e, portanto, ao contrário daquelas, não possuem, por natureza, caráter coercitivo. Todavia, como ambas — regras jurídicas e de Legística — devem voltar-se à realização dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica (extraído do conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito, CF, art. 1º), a grave desatenção às regras de Legística, que possuem caráter instrumental ao Direito, pode causar vício à norma jurídica gestada, por violação aos mencionados princípios.

⁵²¹ ALEMANHA. **Sent. n. 7**, 1996.

⁵²² ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: amtliche Sammlung [Decisões do Tribunal Constitucional Federal: coletânea oficial]. **Bverf GE 49, 90**.

⁵²³ ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: amtliche Sammlung [Decisões do Tribunal Constitucional Federal: coletânea oficial]. **Bverf GE 88, 203**.

⁵²⁴ ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: amtliche Sammlung [Decisões do Tribunal Constitucional Federal: coletânea oficial]. **Bverf GE 84, 239**.

⁵²⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 460/99**, 13 jul. 1999. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990460.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

⁵²⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit.

- ii. Há uma tendência de positivação das regras de Legística. Uma vez positivadas, na Constituição ou em leis, as regras de Legística transformam-se em regras jurídicas e o seu desrespeito deve, necessariamente, acarretar efeitos jurídicos.

Os efeitos da desatenção às regras de Legística no curso do processo legislativo já foram objeto de análise anterior (item 3.7, *supra*).

Neste momento, resta examinar o controle de constitucionalidade a incidir sobre a lei que tenha sido aprovada e esteja em vigor, mas que em sua concepção legislativa não tenha atendido as regras de Legística, investigando-se o vício daí decorrente e verificando-se quais seriam os parâmetros constitucionais para a sua aferição.

6.2 Normas-parâmetro para a aferição do vício de inconstitucionalidade da norma gestada sem a observância das regras de Legística

6.2.1 Normas expressas no próprio texto constitucional (CF, art. 150, § 6º, e art. 165, § 8º)

O estudo do controle da qualidade da legislação no Brasil não é novo.

C. A. Lúcio Bittencourt, ao comentar, já nos idos de 1947 (primeira edição de sua obra), o grau de obrigatoriedade das normas constitucionais, traz a lume jurisprudência dos Tribunais estadunidenses que, ao apreciar a conformidade de certas leis ordinárias com a determinação de Constituições estaduais, no sentido de que nenhuma lei poderá conter no seu contexto matéria diversa da enunciada no seu título ou ementa, declarara essas leis nulas.⁵²⁷ Faz remissão ao artigo 17 da Constituição do Estado americano da Geórgia, que continha regra vedando a aprovação de projetos de lei que se referissem a mais de um assunto, ou que contivessem matéria distinta daquela enunciada em sua ementa,⁵²⁸

⁵²⁷ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 79-80.

⁵²⁸ A referida norma continua presente na Constituição do Estado da Geórgia, revisada em 2009, hoje inserida na Seção V (“Enactment of laws”), “Paragraph III”, com o seguinte teor: “*One subject matter expressed. No bill shall pass which refers to more than one subject matter or contains matter different from what is expressed in the title thereof.*” Em tradução livre: “Expressão de um único assunto. Não será

chegando a lamentar a falta de previsão dessa espécie no Direito nacional: “dispositivo esse que, inegavelmente, tem feito muita falta entre nós”.⁵²⁹

Informa, outrossim, que preceito semelhante a esse teria sido objeto de apreciação pela Corte Suprema de Ohio, que, embora o tenha considerado muito importante, entendeu constituir mera regra de procedimento e orientação para o Legislativo, cuja observância não poderia ser submetida ao controle do Poder Judiciário. Em confronto a essa compreensão, invoca a tese sustentada pelo juiz Emmot, no sentido de não ser possível considerar qualquer prescrição constitucional como simplesmente diretória e não imperativa, de modo a subtraí-la do controle pelo Judiciário, posição essa referendada pela jurisprudência do Tribunal do Estado da Geórgia:

E Lumpkin, da Corte Suprema da Geórgia, comungando dessa opinião, mostra que não se deve entender a exigência constitucional como simplesmente destinada aos legisladores. Ao contrário, ela constitui matéria suscetível de apreciação pelo Judiciário, como qualquer outro dispositivo da Constituição. E assim como os tribunais se recusam a aplicar uma lei que suspende o *habeas corpus*, ou viola a liberdade de imprensa, ou a garantia de julgamento pelo júri, *terão também que negar eficácia ao diploma que contém matéria diferente da prevista em seu título*.⁵³⁰

Lúcio Bittencourt revela, então, questão que poderia causar entre nós semelhante problema, já diante da Constituição de 1946, referente à elaboração da lei orçamentária, que aquela Constituição disciplinava em seu artigo 73, § 1º: “Entre nós, problema semelhante poderá surgir no tocante à lei de orçamento, que, segundo o art. 73, § 1º, da Constituição, ‘não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa para os serviços anteriormente criados’.”⁵³¹

E não titubeou em prescrever, caso houvesse desrespeito dessa previsão pelo Congresso Nacional, a recusa de aplicação, pelos tribunais, dos preceitos extravagantes: “Se, todavia, o Congresso, desrespeitando o mandamento constitucional, voltar ao sistema

aprovado nenhum projeto de lei que se refira a mais de um assunto ou que contenha matérias diferentes daquelas indicadas em seu título.” ESTADOS UNIDOS. Geórgia. **Constituição**. Disponível em: <<http://sos.georgia.gov/elections/GACConstitution.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2012.

⁵²⁹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit., p. 80.

⁵³⁰ Ibidem, p. 80-81.

⁵³¹ Ibidem, p. 81 (destaque nosso).

de ‘caudas orçamentárias’, é claro que os tribunais podem, e devem, recusar a aplicação aos preceitos aí incluídos.”⁵³²

A Constituição de 1988 prevê no § 8º de seu artigo 165, de modo análogo à previsão contida na Carta de 1946, que:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

Trata-se de norma inegavelmente voltada à melhoria da qualidade das leis orçamentárias e a evitar os indesejáveis “rabichos” ou “caudas” orçamentárias. A origem desse astuto expediente parlamentar decorre da inexistência, no processo legislativo clássico, da possibilidade de *veto parcial*,⁵³³ a incidir apenas sobre os rabichos ou “riders” — caudas orçamentárias —, obrigando o Poder Executivo a manter, mesmo a contragosto, essas disposições na lei orçamentária, em decorrência de sua importância para o governo.⁵³⁴ Nesse sentido, elucida Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

⁵³² BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Op. cit.

⁵³³ “Importante ressaltar que o veto adotado inicialmente pelo presidencialismo americano (artigo I, Seção 7, item 2) somente poderia ser total, sem a possibilidade de permitir ao Presidente da República selecionar parte do projeto que fosse contrário. O Congresso norte-americano absteve-se durante mais de 200 anos em conceder ao Chefe do Executivo essa possibilidade, que somente foi introduzida no ordenamento jurídico norte-americano em 1996, pelo *Line Item Veto Act*, declarado incidentalmente inconstitucional pela Suprema Corte, por 7 votos a 2. No Brasil, a redação original da Constituição de 1891 somente previa o veto total (art. 37, § 1º), tendo sido alterada pela Emenda Constitucional n. 3, de 3 de setembro de 1926, que introduziu em nosso sistema constitucional o veto parcial. A partir desse momento, tornou-se tradição constitucional brasileira o veto parcial, que foi previsto nas constituições de 1934 (art. 45), 1937 (art. 66, § 1º), 1946 (art. 70, § 1º), 1967 (art. 62, § 1º), EC nº 1/69 (art. 59, § 1º) e 1988 (art. 66, § 1º).” MORAES, Alexandre de. A evolução da atuação do Presidente da República no processo legislativo brasileiro nesses 20 anos de Constituição. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 612.

⁵³⁴ Esse problema persiste em Países como os Estados Unidos, tendo sido noticiado recentemente que o Presidente Obama sentiu-se forçado a sancionar uma lei que continha dispositivo destinado a impedir o fechamento da prisão de Guantánamo, contrariando uma de suas promessas de campanha: “O próprio presidente, em comunicado, lamentou a inclusão da questão de Guantánamo em uma legislação que engloba uma série de pontos ligados à defesa nacional, incluindo um orçamento militar de US\$ 633 bilhões necessários para as tropas no exterior e suas famílias. ‘Embora eu apoie a maior parte das determinações da NDAA (n. do a.: sigla em inglês para a Lei de autorização de Defesa Nacional), com suas mais de 680 páginas, não concordo com todas. Mas nossa Constituição não permite que o presidente aprove ou rejeite trechos da lei. Tenho poderes para assinar ou não a lei integralmente. Neste caso, apesar de me opor a certos pontos, a necessidade de renovar financiamentos críticos para nossa defesa não poderiam ser ignorados’, disse o presidente.” OBAMA assina lei que impede fechamento de prisão de Guantánamo. **O Estado de S.**

Dada a importância da lei orçamentária, que é condição da arrecadação dos tributos e autorização para despesas, não podem os chefes de Executivo vetá-la, se inçada de inconveniências, sem correr o risco de paralisar a máquina estatal. Em vista disso, um pouco em toda parte mas sobretudo nos regimes presidencialistas, surgiu a prática condenável de os parlamentares inserirem nos projetos de orçamento disposições parasitárias, muita vez sem nenhuma relação com as finanças públicas, disposições que seriam vetadas se objeto de proposição isolada. Isso na esperança de que, não podendo dispensar o orçamento, o Executivo as aceite, sancionando o todo. E, na verdade, o Executivo, onde não há veto parcial, tem de suportar essas “caudas”, pois, como diz Beard, “não querendo bloquear as rodas do governo deixando-o sem fornecimentos, o Presidente deve aceitar o bom com o mau”.⁵³⁵

O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação à norma prevista no § 6º do artigo 150 da Carta Federal, com o seguinte teor:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]

§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993).

Eventual desrespeito às determinações contidas no § 8º do artigo 165, ou no § 6º do artigo 150 da Carta Federal atinge a Constituição diretamente e causa *inconstitucionalidade* das normas gestadas. Obviamente, *apenas o dispositivo ou dispositivos intrusos* deverão ser declarados inconstitucionais, preservando-se o restante da lei.

Que espécie de inconstitucionalidade ocorreria no caso? Caso se reconheça a violação de norma concernente ao processo legislativo, a inconstitucionalidade será formal.

Como procuramos demonstrar acima, as regras de Legística não se confundem com

Paulo, Caderno A, p. 14, 5 jan. 2013.

⁵³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. Op. cit., p. 178-179.

as regras de processo legislativo (vide item 3.3, *supra*). Todavia, quando constitucionalizadas, as regras de Legística passam a integrar o processo legislativo e a sua inobservância gera, portanto, um vício processual, ou seja, inconstitucionalidade formal.

Trata-se de vulneração a regra procedimental que, por sua vez, tem fundamento nas regras de Legística, destinadas à produção legislativa de qualidade, escoimada de normas intrusas, que impedem a boa compreensão da lei, bem como a identificação da regra no emaranhado do ordenamento jurídico — o dispositivo intruso fica “perdido” ou escondido em uma lei que trata de outro tema; sua inclusão nesse contexto normativo vulnera, por esses motivos, o princípio da segurança jurídica.

A inconstitucionalidade no caso é, portanto, *formal*. A violação aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, na espécie, não precisa ser demonstrada, pois é *presumida pela Constituição*, na medida em que estipula a vedação da inserção de dispositivos estranhos às matérias orçamentária e tributária nas respectivas leis (pressupondo que a presença dessa espécie de dispositivos comprometeria, inevitavelmente, a clareza e a coerência internas das leis em apreço, a vulnerar o devido processo e a segurança jurídica).

Como mencionado anteriormente (item 2.2, *supra*), há propostas de emenda à Constituição em trâmite no Congresso Nacional com a finalidade de inserir no procedimento das medidas provisórias regra impeditiva de apresentação de emendas parlamentares que versem sobre matéria diversa daquela tratada no texto original, encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que não guardem relação de afinidade, pertinência ou conexão com o projeto encaminhado.⁵³⁶

A inserção de regras de Legística no texto constitucional, contudo, como referido acima (vide item 2.2), além de contraindicada — por solidificar demasiadamente a regra que, por sua natureza instrumental e auxiliar, tende a evoluir — é desnecessária, pois como procuraremos demonstrar a seguir, a lei aprovada sem a observância das regras de Legística — dentre as quais aquela contida no artigo 7º da LC 95/98,⁵³⁷ que já prevê a

⁵³⁶ PECs 560/2002, 431/2005 e 511/2006 (todas da Câmara dos Deputados); e 11/2011 (do Senado Federal).

⁵³⁷ “Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados

vedação que se pretende inserir no texto constitucional através das referidas emendas — pode ser considerada inconstitucional (inconstitucionalidade finalística), por violação aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica.

6.2.2 Os princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica (CF, art. 1º) como parâmetros para aferição da inconstitucionalidade finalística intrínseca decorrente de severa deficiência redacional ou estrutural interna do ato normativo

6.2.2.1 O princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é um dos mais antigos institutos da ciência jurídica. Suas origens remontam à Idade Média.

Segundo Ruitemberg Nunes Pereira, a fonte remota do princípio do devido processo legal seria o Direito alemão bárbaro, tendo como marco o Édito formulado por Conrado II, em maio de 1037. Afirmar, com fundamento em obra de William Stubbs,⁵³⁸ que possuía quatro normas fundamentais, das quais merece destaque a primeira:

Segundo a primeira ordenança do Imperador, nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal (*mesne lord*), senão pelas leis do Império (*laws of empire*) e pelo julgamento de seus pares (*judgment of his peers*), expressões que, reitera-se, foram escritas em 1037, e que, segundo Stubbs, foram simplesmente copiadas na Carta Magna Inglesa de 1215 [...].⁵³⁹

Todavia, o marco mais citado como origem do princípio é a própria Magna Carta, de João Sem Terra, subscrita em 1215. Nesse sentido, assevera Carlos Roberto Siqueira Castro:

os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva; IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.”

⁵³⁸ A obra citada é a seguinte: STUBBS, William. **Germany in the Early Middle Ages**. New York: AMS Press, 1908, p. 134.

⁵³⁹ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

Na Magna Carta, sob a inspiração jusnaturalista que impregnava a ideia de justiça nas instituições jurídicas anglo-saxônicas, o princípio do *devido processo legal* acobertou-se inicialmente sob a locução *law of the land*, conforme expressa no artigo 39 desse histórico documento, com a seguinte redação:

*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.*⁵⁴⁰

Essa cláusula foi incorporada à Constituição dos Estados Unidos da América, em suas Emendas 5ª e 14ª, sendo certo que já estava contida em diversas Constituições dos Estados americanos e nas Declarações de Direitos (*Bill of Rights*) das primitivas colônias inglesas que antecederam a formação da federação americana.⁵⁴¹ Em sua vertente estadunidense, a cláusula do devido processo legal procedimental volta-se à *proteção de direitos ligados à vida, propriedade e liberdade*, de modo a impedir o Governo de praticar atos que possam privar os cidadãos desses valores sem o devido processo legal.⁵⁴²

Em seu nascedouro, o devido processo legal possuía um cunho exclusivamente *processual*, como assevera Siqueira Castro:

Foi com essa índole essencialmente processualista que a garantia do *devido processo legal* vigorou na velha Inglaterra, por imposição da Magna Carta, e daí ingressou nas *Cartas* coloniais da América do Norte e, depois, na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos. Concebida, de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública.⁵⁴³

⁵⁴⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 27. O trecho em inglês pode ser traduzido da seguinte forma: “Nenhum homem livre deve ser capturado ou aprisionado, desprovido de seus direitos ou posses, proscrito ou exilado ou, ainda, privado de sua posição de qualquer outra forma, nem se procederá mediante força contra alguém, por iniciativa própria ou por meio de terceiros, a não ser através do julgamento legítimo de seus pares ou pela lei do local.”

⁵⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal**... Op. cit., p. 9.

⁵⁴² “As Emendas 5 e 14 à Constituição dos Estados Unidos proíbem que o governo pratique atos que venham a privar os cidadãos da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Enquanto a cláusula do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) irá proteger determinados direitos fundamentais — inclusive proibindo que o legislador limite a liberdade individual — por meio da incorporação parcial do *Bill of Rights* pela Emenda 14, a cláusula do devido processo legal procedimental irá perquirir quais instrumentos o governo pode legitimamente usar na privação da vida, liberdade ou propriedade dos cidadãos.” APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2009, p. 126.

⁵⁴³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal**... Op. cit., p. 27.

Como instituto de índole processual, o devido processo legal projeta diversas garantias no ordenamento jurídico, de natureza explícita e implícita, como esclarece Siqueira Castro, como, por exemplo: a proibição de edição de *bill of attainder* (ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de processo e julgamento regular no qual se assegure a ampla defesa); a proibição de leis retroativas; o direito a julgamento por júri; a proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato; a vedação de autoincriminação forçada; o direito a um julgamento rápido e público, por júri imparcial e com competência territorial predeterminada; o direito a ser informado da natureza da causa e da acusação (*fair notice*); o direito de defesa e do contraditório; como garantias implícitas: o direito de ter “o seu dia na Corte”; de ser ouvido antes da audiência judicial, bem como de contraditar argumentos e conhecer e pronunciar-se sobre documentos juntados pela acusação; o direito de qualquer suspeito de infração criminal ser notificado pela autoridade policial da sua prerrogativa de poder permanecer calado e de ser assistido por advogado nomeado pela Justiça, caso não tenha condições de custear sua própria defesa.⁵⁴⁴

Dentre as garantias extraídas do *devido processo legal processual*, a doutrina norte-americana inclui a *exigência de precisão formal da legislação*. Nesse sentido, a lição de Laurence H. Tribe,⁵⁴⁵ mencionada no item 5.1, acima, onde analisamos a doutrina e jurisprudência estadunidenses sobre a matéria.

Posteriormente, a partir da segunda década do século XX, com fundamento em uma visão essencialmente liberal,⁵⁴⁶ a Suprema Corte estadunidense passou a analisar o *mérito dos atos normativos*, com o propósito de impedir o arbítrio do legislador contra direitos de cunho jusnaturalístico. Começou, então, a utilizar os critérios de *razoabilidade* e

⁵⁴⁴ Ibidem, p. 26-40.

⁵⁴⁵ TRIBE, Laurence H. Op. cit., p. 683.

⁵⁴⁶ “A teoria constitucional e, de resto, o discurso normativo, tem por objetivo, nessa visão liberal de mundo, limitar a atuação governamental, assegurar a autonomia do indivíduo e, assim, promover a economia de mercado, tudo entendido como direito natural e inalienável. [...] Foi com base nessa compreensão estrutural dos valores da liberdade e da riqueza, que encarnam o liberalismo econômico e que foram sacralizados pelo sistema constitucional norte-americano, que o Tribunal Maior dos Estados Unidos passou a vislumbrar na cláusula *due process of law* a fórmula ‘sob medida’ para patrocinar a expansão do *judicial review*, a ponto de controlar a ‘razoabilidade’ e a ‘racionalidade’ das leis e dos atos de governo em geral.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal...** Op. cit., p. 43-44.

racionalidade para avaliar a validade das leis.⁵⁴⁷

A inconstitucionalidade finalística fundada na má formação interna da lei, quanto aos seus aspectos redacionais e estruturais, pode, sem dúvida, ser aferida com fundamento na razoabilidade (vide item 4.2.3, *supra*), como tem feito, aliás, o Supremo Tribunal Federal (vide item 7.3, *infra*). Todavia, entendemos que a análise da razoabilidade da lei, isto é, de seu mérito,⁵⁴⁸ na maioria das vezes e, quiçá, em todos os casos, não é necessária, bastando para tanto invocar o conteúdo processual da cláusula do devido processo legal, tal qual realizado pela jurisprudência norte-americana ou o princípio da segurança jurídica, a ser analisado em seguida.

De fato, se a lei é interna e formalmente imperfeita a tal ponto de ser excessivamente vaga, incompreensível, incongruente etc., revela-se como causa impeditiva ao exercício do devido processo legal (como defender-se de uma acusação fundada em lei incompreensível?). Dessa forma, por possuir a lei mácula que impede *potencialmente* o exercício do devido processo legal, quando e se necessário, tal potencialidade de ofensa já se mostra bastante para a sua invalidação, justamente com fundamento nessa vertente processual do devido processo.

Assim, para uma visão mais aprofundada do tema, remete-se o leitor ao item 5.1, *supra*, frisando-se, apenas, que a cláusula do *devido processo legal*, em sua faceta processual ou adjetiva (*procedural due process*), é um importante parâmetro para a aferição da constitucionalidade das leis quanto ao aspecto de sua regularidade formal, pois as normas legais de conteúdo excessivamente *vago*, *indefinido* ou *incerto* ou, ainda, *eivadas de grave contradição interna* podem ser consideradas *nulas*, por violação àquela cláusula, sempre que tiverem o potencial de impedir o exercício de direitos, mediante o devido processo.

⁵⁴⁷ “Pois bem. Estimulada pela fluidez redacional da cláusula *due process of law* e reverente aos princípios liberais e ao preconceito ‘antiarbitrio’ que subjazem a ideia de contrato social (*social compact*) formador da federação americana, a justiça estadunidense não teve cerimônia em passar em revista a legislação econômico-social editada em profusão a partir da segunda década do Século XX, resultando do conjunto de suas decisões o axioma de que uma lei não pode ser considerada uma *law of the land*, ou consentânea com o *due process of law*, quando incorrer na falta de ‘razoabilidade’ ou de ‘racionalidade’, ou seja, em suma, quando for arbitrária.” Ibidem, p. 45.

⁵⁴⁸ Ressalte-se que essa espécie de controle é objeto de críticas doutrinárias, ciando-se, a título de exemplo, o entendimento de Jeremy Waldron: WALDRON, Jeremy. Legislation and the Rule of Law. **Legisprudence**. United Kingdom: Hart, v. 1, n. 1, 2007, p. 91-124(34), 2007.

Tendo em vista que o devido processo de matiz norte-americana, em sua vertente processual, é voltado prioritariamente à defesa dos direitos inerentes à vida, à liberdade e à propriedade, pode, em tese, revelar-se inviável a projeção da imperfeição formal e interna da lei ao exercício do devido processo legal para a aferição de sua inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a aferição da constitucionalidade da lei imperfeita pode ser feita utilizando-se como parâmetro o princípio da segurança jurídica.

6.2.2.2 O princípio da segurança jurídica

O Direito tem como uma das mais importantes funções a de trazer segurança às relações sociais. A busca da segurança é das aspirações mais profundas do ser humano, na medida em que, movido pelo medo, procura proteger-se de todas as adversidades, tanto as naturais como as causadas pelos seus semelhantes.

O princípio da segurança jurídica, no dizer de Humberto Ávila, determina a busca dos ideais de *cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade* do Direito.⁵⁴⁹ Para o presente estudo, é de fundamental importância a análise da *cognoscibilidade do Direito*, que permite aos cidadãos saber os limites dentro dos quais podem agir, o que podem ou não fazer, em consonância com o Direito:

A exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa “saber” aquilo que “pode ou não fazer” de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o a, com autonomia e com liberdade, “fazer ou não fazer”, de modo que possa “ser ou não ser” aquilo que deseja e que tem condições de ser.⁵⁵⁰

A segurança jurídica é o instrumento que permite ao cidadão saber, com antecedência e seriedade, o que pode fazer, como elucida Ávila, ora citando o magistério de Geraldo Ataliba:

Como pontifica Geraldo Ataliba, seguros são os cidadãos que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam. Em suma segurança

⁵⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* Op. cit., p. 95.

⁵⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* Op. cit.

jurídica é um instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é meio de realização da dignidade.⁵⁵¹

Uma primeira e importante observação deve ser feita: a cognoscibilidade da norma deve ser aferida sob o ponto de vista do cidadão-médio e não de um técnico em determinada área do conhecimento. De fato, clareza e inteligibilidade não são conceitos equivalentes. Um texto pode ser claro para um especialista em determinada área da ciência e absolutamente ininteligível para a maioria das pessoas. Clareza é uma exigência objetiva, enquanto a inteligibilidade diz respeito a uma dimensão subjetiva.⁵⁵² “Cidadão médio” é a figura desenvolvida pela doutrina do Direito Civil e Administrativo para evidenciar o cidadão comum, bom pai de família, não especialista em Direito, prudente, de boa-fé e bem informado.⁵⁵³ É para o cidadão comum e não para os técnicos que a lei deve ser redigida.⁵⁵⁴

Portanto, a tarefa de elaboração legislativa deve levar em consideração o grau de desenvolvimento de cada sociedade. No Brasil, tendo-se em vista o elevado grau de

⁵⁵¹ Ibidem. Ressalte-se que a segurança jurídica não se confunde com a segurança psicológica, individual, com o sentido de confiança, como bem assinala Ávila: “A segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental: segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento. A distinção é importante também porque revela uma dissociação entre o conceito de ‘segurança não-jurídica’ e o conceito de ‘segurança jurídica’: alguém pode estar psicologicamente seguro, enquanto privado de ameaças físicas exteriores, como o frio ou a violência, porém sem qualquer segurança jurídica, em face da ausência, decorrente do arbítrio estatal, da capacidade de conceber e de planejar livremente as suas ações com base no Direito.” Ibidem, p. 110.

⁵⁵² “O primeiro elemento a ser examinado no aspecto subjetivo diz respeito à perspectiva de quem irá se beneficiar com a segurança jurídica. A clareza das normas denota uma exigência objetiva, porque objetivamente se pode apreciar a sua precisão. O mesmo, no entanto, não ocorre com a sua inteligibilidade, marcada por uma dimensão subjetiva, visto que ela é apreciada do ponto de vista do destinatário da norma: dependendo de quem a analisa, ela pode ser mais ou menos inteligível. Isso se deve à subjetivação da segurança, em virtude da qual se pode diferenciar se algo é seguro e se parece seguro *para alguém*.” Ibidem, p. 159.

⁵⁵³ Ibidem, p. 163.

⁵⁵⁴ “Na perspectiva do *cidadão comum*, porque o princípio do Estado de Direito pressupõe o conhecimento das normas por todos os cidadãos, inclusive como instrumento de sua participação democrática, e os princípios da publicidade e da moralidade não apresentam qualquer tipo de destinatário específico, antes se dirigindo a todos os cidadãos. As normas jurídicas — e as tributárias em especial — destinam-se a tornar permitidos, proibidos ou obrigatórios determinados comportamentos; por isso, para que elas possam ter algum efeito prático, precisam ser compreendidas por quem pode fazer algo, ou está proibido ou obrigado a fazê-lo. Estando as normas vocacionadas a servir de instrumento de orientação para os destinatários, a perspectiva com que devem ser consideradas precisa ser a dos destinatários, inclusive como condição de que a segurança seja um instrumento da sua autonomia individual. Desse modo, como é o cidadão que deve servir de referência para a avaliação da clareza e da inteligibilidade das normas, elas devem ser portadoras de ‘amizade aos destinatários’ (*Benutzerfreundlichkeit*) e de ‘compreensibilidade pelos destinatários’ (*Adressatenverständlichkeit*).” ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...** Op. cit., p. 265.

analfabetismo⁵⁵⁵ e de analfabetismo funcional,⁵⁵⁶ não resta dúvida que a redação das leis deve ser feita da forma mais simples, clara e inteligível possível, de modo a que possam ser compreendidas pela totalidade, ou pela maior parte, das pessoas.

Hoje se tem clara a noção de que o texto da lei não contém todos os elementos necessários à sua aplicação, tendo o intérprete que reconstruir a norma no momento de empregá-la. Essa proposta, conhecida como *concepção argumentativa da interpretação*, baseia-se

no processo por meio do qual se chega a um resultado, no sentido de que cabe ao intérprete, graças a uma atividade dinâmica e intermediária, centrada não apenas em aspectos semânticos, mas também em estruturas argumentativas, reconstruir um conteúdo normativo a partir de núcleos semânticos gerais mínimos.⁵⁵⁷

A adoção dessa teoria de modo algum afeta a segurança jurídica, em seus ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, pois, se de um lado a norma jurídica não ostenta um único sentido, de outro não pode possuir caráter extremamente vago, sem trazer em seu bojo elementos mínimos para a concretização do Direito. Assim, a norma está limitada não só pela estrutura semântica de seu texto, como, igualmente, pelos postulados de aplicação do Direito, a proporcionalidade e a razoabilidade, e pela prática doutrinária e jurisprudencial, que “afinam” ao longo do tempo as técnicas interpretativas, de modo a escoimar as alternativas impróprias e corroborar aquelas que mais se afeiçoem

⁵⁵⁵ Segundo dados do IBGE: “A taxa de analfabetismo na população de 15 anos ou mais de idade caiu de 13,63% em 2000 para 9,6% em 2010. Em 2000, o Brasil tinha 16.294.889 analfabetos nessa faixa etária, ao passo que os dados do Censo 2010 apontam 13.933.173 pessoas que não sabiam ler ou escrever, sendo que 39,2% desse contingente eram de idosos. Entretanto, a maior proporção de analfabetos estava nos municípios com até 50 mil habitantes na região Nordeste: cerca de 28% da população de 15 anos ou mais. Nessas cidades, a proporção de idosos que não sabiam ler e escrever girava em torno de 60%.” BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**: mais da metade dos emigrantes brasileiros são mulheres. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2017&busca=1&t=censo-2010-mais-metade-emigrantes-brasileiros-sao-mulheres>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

⁵⁵⁶ Outro indicador importante é o analfabetismo funcional, que engloba as pessoas de 15 anos ou mais de idade com menos de quatro anos completos de estudo, ou seja, que não concluíram a 4ª série do ensino fundamental. Essa taxa diminuiu mais fortemente nos últimos dez anos, passando de 29,4%, em 1999, para 20,3%, em 2009, o que representa ainda 29,5 milhões de pessoas. O analfabetismo funcional concerne mais fortemente aos pretos (25,4%) e aos pardos (25,7%) do que aos brancos (15,0%). São 2,7 milhões de pretos e 15,9 milhões de pardos que frequentaram escola, mas têm, de forma geral, dificuldade de exercer a plena cidadania através da compreensão de textos, indo além de uma rudimentar decodificação. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

⁵⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**... Op. cit., p. 173.

ao ordenamento constitucional.⁵⁵⁸

Feita essa breve digressão acerca do sentido da segurança jurídica, cabe indagar se estaria ela albergada na Constituição de 1988 e, em caso positivo, em qual dispositivo. Outrossim, caberia questionar se se trata de uma regra ou de um princípio constitucional.

A Constituição de 1988 menciona o termo “segurança” diversas vezes em seu texto, a demonstrar a importância desse conceito para o ordenamento constitucional e para a consecução dos objetivos constitucionalmente traçados. Já no preâmbulo, a Constituição afirma que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a *assegurar* o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos,

⁵⁵⁸ “Como adiante ficará mais claro, a compreensão do Direito como uma prática argumentativa e a aceitação de que a norma não envolve apenas um sentido, mas sentidos alternativos – como será adiante retomado –, tudo isso não impede a persecução dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Isso porque, de um lado, o caráter argumentativo do Direito é limitado por postulados hermenêuticos e aplicativos que diminuem, sobretudo, o âmbito decisional, como é o caso dos postulados (ou metanormas de aplicação) da proporcionalidade e da razoabilidade; e, de outro, porque o espectro em que se situam as consequências normativas alternativas é limitado por meio da prática doutrinária e jurisprudencial, que, paulatinamente, vai qualificando algumas opções de sentido como sendo as mais corretas ou as mais fortemente suportadas pelo ordenamento constitucional. A concepção realista, de que a decisão judicial depende de aspectos frívolos, como se o juiz teve uma boa noite e tomou um bom café da manhã, é, ela, sim, totalmente irreal, pois a decisão nunca opera em um vácuo, tendo em vista, entre outros fatores, os significados intersubjetivamente assimilados à linguagem e os séculos de interpretação e de significações compartilhadas pelos operadores do Direito.” (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**... Op. cit., p. 176-177). Aduz, ainda Ávila, acerca do estado de cognoscibilidade: “De *cognoscibilidade*, quer por razões teóricas, quer por razões normativas. As razões teóricas que conduzem à cognoscibilidade, em vez da determinação, dizem respeito à indeterminação da linguagem: não há como sustentar que esta última possa apresentar significados *totalmente* prontos ante mesmo de se iniciar a atividade interpretativa. Desse modo, não há como defender uma concepção unívoca de interpretação. Isso, porém – e isto é fundamental –, não quer dizer que a linguagem normativa não contenha núcleos de significação já determinados paulatinamente pela atividade doutrinária e jurisprudencial. Dessa maneira, por exemplo, embora possa haver indecisão com relação a quais sejam os casos enquadráveis no conceito de serviço, há um elevado consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que ‘serviço’ envolve uma obrigação de fazer e não uma obrigação de dar. Nesse sentido, a ideia de cognoscibilidade deve ser reconhecida como a capacidade de o contribuinte ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação (serviço é obrigação de fazer), pode apresentar, em maior ou em menor medida, margens de indeterminação (operação de *leasing* envolve ou não serviço?). Adota-se, pois, uma concepção determinável da interpretação, no sentido de que as regras contêm conceitos, contudo estes são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados, possuindo, entretanto, núcleos de sentido já fixados intersubjetivamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao longo do seu uso, dos quais o intérprete não pode se afastar.” Ibidem, p. 256-257.

sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifos nossos).

Ao tratar dos direitos e garantias individuais, por sua vez, menciona que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito* à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade [...]” (art. 5º, grifos nossos)

Embora desdobrada em diversas regras, entendemos, em consonância com o magistério de Ávila, que a segurança jurídica é uma norma de natureza principiológica, a abranger a proteção dos ideais de *cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade* do Direito, *cujo conteúdo normativo é extraído do princípio do Estado Democrático de Direito, previsto na Carta de 1988 em seu artigo 1º*.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica é normalmente deduzido do princípio do Estado de Direito. Tal princípio — como afirma Carrazza — “hospeda-se nas dobras do Estado Democrático de Direito”. Esse princípio não apenas é associado com a universalidade e com a não-arbitrariedade do Direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificada (segurança frente ao Direito).⁵⁵⁹

Se o Estado de Direito exige que só a *lei* pode criar direitos e obrigações, revela-se a necessidade de que seus comandos sejam bem conhecidos, de modo a propiciar que seus destinatários, os cidadãos, possam avaliar com segurança e clareza o limite de seus atos. Só se pode assegurar o Estado de Direito quando o Direito é claro, coerente e cognoscível, segundo o critério do cidadão-médio.

Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal reconhece a matriz

⁵⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* Op. cit., p. 213.

constitucional do princípio da segurança jurídica, deduzido do conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito:

Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente.⁵⁶⁰

No mesmo sentido, o entendimento do ministro Gilmar Mendes, extraído de seu voto proferido no Habeas Corpus n. 82.959: “No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que se encontra expressa no próprio princípio do Estado de Direito, consoante amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena.”⁵⁶¹

E, ainda:

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – APRECIACÃO, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA – DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO QUE RECONHECE A INCORPORAÇÃO, À REMUNERAÇÃO DOS FILIADOS À ENTIDADE SINDICAL IMPETRANTE, DA VANTAGEM PECUNIÁRIA QUESTIONADA PELO TCU – INTEGRAL Oponibilidade da “RES JUDICATA” AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL –INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA – **EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” – “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO, NOTADAMENTE EM SEDE ADMINISTRATIVA, DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –

⁵⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24268**. Rel. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05 fev. 2004, DJ 17 set. 2004, p. 53, e. 2164-01, p. 154, RDDP 23, 2005, p. 133-151, RTJ 191-03, p. 922 (grifos nossos).

⁵⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959/SP**. Rel. Marco Aurélio. Voto (Min. Gilmar Mendes Ferreira), p. 76. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 15 ago. /2013.

CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO,
NA VIA ADMINISTRATIVA, DA AUTORIDADE DA COISA
JULGADA – PRECEDENTES – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA
VERSADA NA IMPETRAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO
IMPROVIDO.⁵⁶²

No plano legislativo, a segurança jurídica é expressamente prevista na Lei de Processo Administrativo federal (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 2º).⁵⁶³

Feita essa breve introdução, é possível trazer à baila o conceito de segurança jurídica. Para tanto, valer-nos-emos do aprofundado estudo de Humberto Ávila, que assim delinea o instituto:

Em face de todas as considerações anteriores, pode-se conceituar segurança jurídica como sendo uma norma princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de — sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade — plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.⁵⁶⁴

⁵⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 31412 AgR**, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 14-11-2013 PUBLIC 18-11-2013, grifo nosso Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31412&classe=MS-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 04/12/2013.

⁵⁶³ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - *adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados*; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” (**grifos nossos**).

⁵⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**... Op. cit., p. 274.

Esclarece o autor que, nessa definição, *cognoscibilidade* significa:

[...] um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade.⁵⁶⁵

Vislumbra-se, portanto, que, para Ávila, a acessibilidade, a abrangência, a clareza e a determinabilidade não dependem, exclusivamente, da redação e da estrutura da lei, ou seja, de suas características intrínsecas. Embora a segurança jurídica dependa também desses aspectos, ela não se restringe a eles.⁵⁶⁶

Essa concepção não diminui a importância da redação e estruturação das leis, pois as *leis vagas, contraditórias, irrazoáveis, incongruentes etc.*, não atendem o pressuposto da *cognoscibilidade* e, portanto, violam o princípio da segurança jurídica. De fato, acentua Ávila, citando São Tomás de Aquino:

Prescrições normativas só podem guiar a conduta humana se os seus destinatários puderem compreender aquilo que elas prescrevem. Segurança — como dizia Tomás de Aquino — é relacionada a uma capacidade cognitiva do homem: “*certitudo est proprietas cognitivae virtutis*”. É preciso, pois, evitar descrições genéricas demais, bem como uma exagerada pormenorização.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ Ibidem.

⁵⁶⁶ “Importa destacar que a definição de segurança jurídica, aqui proposta, não faz referência a uma qualidade intrínseca da norma. Ela diz respeito, ao contrário disso, a um estado ideal de coisas de realização determinada por uma norma jurídica e cuja existência, maior ou menor, depende de um complexo de condições normativas, fáticas e racionais. Trata-se por assim dizer, de uma ‘segurança jurídica de fato’ dependente de ‘condições normativas teóricas’ que abrangem aspectos semânticos e argumentativos.” Ibidem, p. 275.

⁵⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica...** Op. cit., p. 326. Colhem-se, ainda, as seguintes informações dessa preciosa obra jurídica: “A clareza somente é obtida por meio de uma dose de informações. Falta de informação causa insegurança: sem especificação apropriada, na norma, da conduta a ser adotada, o destinatário fica incapacitado obedecer a ela, pela ausência da fixação do comportamento a seguir. O destinatário sabe que deve fazer algo, mas esse algo não está definido. Excesso de informações também causa insegurança: uma quantidade demasiada de especificações, que se entre cruzam e que se contradizem, dependendo do ângulo por meio do qual sejam analisadas, igualmente impede o destinatário de obedecer a um comando, pela falta de fixação de qual comando deve ser obedecido. O destinatário sabe que deve fazer algo, porém esse algo é contraditoriamente definido. Daí a constatação de von Arnould no sentido de que tanto ‘informações demais’ quanto ‘informações de menos’ não guiam o comportamento. É preciso, pois, acertar na dose: *dosis facit venenum*.” Ibidem, p. 327.

Delineado o sentido dos dois conceitos que entendemos constituírem-se em parâmetro para a verificação de constitucionalidade das leis sob aspecto de sua concepção formal interna — devido processo legal e segurança jurídica —, passaremos a analisar, a seguir, o vício decorrente da má formação interna do ato normativo.

6.2.3 Caracterização da inconstitucionalidade finalística intrínseca decorrente de severa deficiência redacional ou estrutural interna da norma jurídica, por violação aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica

A atividade interpretativa do aplicador do Direito possui limites. Ainda que se admita, com razão, que a norma é construída pelo intérprete no momento de sua aplicação, é necessário que *o texto normativo* confira um mínimo de substrato para que dele o intérprete possa extrair um significado.

Para Canotilho, a concretização-aplicação das normas constitucionais num ordenamento jurídico dotado de Constituição escrita pressupõe os seguintes pontos de partida:

(1) a consideração de *norma* como elemento primário do processo interpretativo; (2) a mediação (captação, obtenção) do conteúdo (significado, sentido, intenção) semântico do texto constitucional como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional; independentemente do sentido que se der ao elemento literal (= gramatical, filológico), o processo concretizador da norma da constituição começa com a *atribuição de um significado* aos enunciados linguísticos do texto constitucional.⁵⁶⁸

Adverte, por outro lado, que, embora o texto constitucional seja o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização, isso não significa que o texto ou a letra da lei constitucional contenham já a decisão do problema a ser objeto de aplicação das normas constitucionais.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**... Op. cit., p. 1.215.

⁵⁶⁹ “O facto de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional (= processo metódico) não significa que o *texto* ou a *letra* da lei constitucional contenha já a *decisão do problema* a resolver mediante a aplicação das normas constitucionais. Diferentemente dos postulados da metodologia dedutivo-positivista, deve considerar-se que: (1) a letra da lei não dispensa a *averiguação de seu conteúdo semântico*; (2) a *norma constitucional* não se identifica com o *texto*; (3) a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o *problema* carecido de decisão. Interessa, porém, tornar mais

Elival da Silva Ramos esclarece que, no estágio atual da Teoria da Interpretação, tanto a proposta interpretativa do positivismo jurídico do século XIX como a proposta teórica de Kelsen estão superadas.⁵⁷⁰ Sublinha que, hoje, a postura dos magistrados não é de simplesmente declarar ou reproduzir um direito preexistente, mas de contribuir para a sua configuração. Todavia, essa contribuição não é inteiramente livre ou desvinculada, deve ser *exercida a partir do texto a ser aplicado*.⁵⁷¹ Pondera, afinal, citando o entendimento de Norberto Bobbio, que:

Um dos pilares em que se assenta a Hermenêutica Jurídica na atualidade é, efetivamente, a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. A interpretação-aplicação é, desse modo, percebida como uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no “conhecimento *ativo* de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir”.⁵⁷²

No mesmo sentido, o entendimento de Humberto Ávila, para quem “a atividade do intérprete — quer julgador, quer cientista — não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos”, mas sim em “construir esses significados”.⁵⁷³ Essa afirmativa, contudo, não implica em dizer que não haveria significado algum na norma antes do término do processo de interpretação.⁵⁷⁴ Pode-se afirmar, portanto, que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* os significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade onde o discurso é proferido.⁵⁷⁵

claras as várias dimensões da norma, para se evitar quer as sobrevivências do positivismo que as encapuçadas desvalorizações da norma (sociológicas, ideológicas, metodológicas).” Ibidem, p. 1.216.

⁵⁷⁰ “No estágio alcançado pela Teoria da Interpretação, restam completamente superadas, quer a postura do positivismo jurídico do século XIX, que via no interpretar um mero ato de conhecimento de um dado pronto e acabado, quer a proposta teórica de Kelsen, que reconhecia ser a criatividade inerente ao processo de exegese-aplicação, porém dissociava dos elementos cognitivos nele necessariamente existentes, de modo a restringir o interesse da Dogmática apenas a esse segundo aspecto.” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial** ... Op. cit., 2010, p. 82.

⁵⁷¹ Ibidem, p. 82-83.

⁵⁷² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**... Op. cit., p. 83.

⁵⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 32, por isso, “também não é plausível aceitar a idéia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação”. Ibidem.

⁵⁷⁴ “Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação.” Ibidem, p. 33.

⁵⁷⁵ “[...] o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados

Assim, conclui Ávila que *interpretar é construir a partir de algo*, ou, mediante outro enfoque, *reconstruir*, em decorrência de duas razões: primeiro, porque os textos normativos oferecem limites à construção de sentidos; e segundo, em virtude de à linguagem serem incorporados *núcleos de sentidos* que são constituídos pelo uso e preexistem ao processo interpretativo individual.⁵⁷⁶

Percebe-se que *texto legal* e *norma* não se identificam, são conceitos distintos.

Nesse sentido, pondera Eros Roberto Grau: “Aparecem de modo bem distinto, nesse ponto de minha exposição, o *texto* (*enunciado, disposição*) e a *norma*. *Texto* e *norma* não se identificam: o *texto* é o *sinal lingüístico*; a *norma* é o que se *revela, designa* (Canotilho 1991:225).”⁵⁷⁷

Pode-se concluir que interpretar é a tarefa consistente em extrair normas das disposições, mas isso *não significa* que o intérprete *crie a norma*: o “intérprete não é um criador *ex nihilo*. *Produz* a norma — não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de *reproduzi-la*.”⁵⁷⁸ E acrescenta Grau:

O produto da interpretação é a norma expressa como tal. Mas ela (a *norma*) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado normativo*. Ela se encontra apenas parcialmente involucrada, porque a realidade também a determina.

[...]

Vale dizer: a *norma* encontra-se (parcialmente), *em estado de potência*, involucrada no *enunciado* (*texto* ou *disposição*). O intérprete a desnuda. Neste sentido — isto é, no sentido de desvencilhamento da *norma* de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do *texto*, do *enunciado* — é que afirmo que o intérprete *produz a norma*. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação (Gadamer 1991:381) atualizando-o, contudo.⁵⁷⁹

incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como ‘provisória’ ou ‘ampla’, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante.” Ibidem.

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 33-34.

⁵⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 37-38.

⁵⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 44.

⁵⁷⁹ Ibidem, p. 44-45.

Também para Friedrich Müller, em consonância com o seu método estruturante do Direito, o texto não se confunde com a norma: “O texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro.”⁵⁸⁰

Se por um lado texto e norma não se identificam, *o texto normativo constitui um limite negativo para a interpretação*, pois, nas palavras de Canotilho: “só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivadas de interpretação do texto da norma.”⁵⁸¹

Mesmo doutrinadores que seguem a proposta de uma “nova interpretação constitucional”, pós-positivista,⁵⁸² enfocam a primordial importância do *texto da norma* para a sua interpretação. Primeiramente, porque essa vertente não abandona as tradicionais técnicas de hermenêutica, quais sejam, a interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica, mas simplesmente afirma que esse instrumental pode não ser *sempre* suficiente.⁵⁸³

De fato, Luís Roberto Barroso, já na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal, firmou, em uma de suas primeiras decisões, que:

⁵⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada da obra “Métodos de trabalho do Direito Constitucional”. São Paulo: RT, 2011, p. 52.

⁵⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**... Op. cit., p. 1.220.

⁵⁸² “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional* e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 278-279.

⁵⁸³ “A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da constituição. Não importa desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* –, nem dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história... Op. cit., p. 274.

A interpretação semântica, também referida como gramatical, literal ou filológica, é o ponto de partida do intérprete, sempre que exista uma norma expressa acerca da matéria que lhe caiba resolver. Embora, naturalmente, o espírito e os fins da norma sejam mais importantes que a sua literalidade, é fora de dúvida que o sentido mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete. Do contrário, a linguagem perderia a capacidade de comunicar ideias e se transformaria em mero brinquedo a serviço de qualquer objetivo.⁵⁸⁴

Ao examinar os parâmetros fixados com o fito de verificar se a jurisprudência constitucional é exercida de forma ativista ou respeitosa à separação dos Poderes, Silva Ramos coloca em primeiro plano a “exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo *texto* da norma”.⁵⁸⁵ E acrescenta, enfocando a fundamental importância da aderência ao texto normativo:

Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele aderência à textualidade do dispositivo aplicado. O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados.⁵⁸⁶

Desse modo, se determinado ato normativo não oferece um sentido minimamente claro, se suas disposições são vagas, lacônicas, obscuras, ilógicas, contraditórias ou dotadas de conteúdo irracional, bem como se o desajuste de sua estrutura formal compromete de forma grave a sua compreensão, o intérprete não será capaz de *reconstruir* a norma; nesse caso, teria que, ele mesmo, *construí-la*, sem vínculo algum com o texto normativo e, portanto, com os sentidos que o uso poderia conferir a ele. E essa faculdade, certamente, não lhe pode ser atribuída, pois vulneraria o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º).

A advertência de que os tribunais não devem, diante de contradições legislativas,

⁵⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 32.326**. Decisão liminar, DJE 173, d. 03 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>>. Acesso em: 30 set. 2013.

⁵⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial...** Op. cit., p. 168 (destaque nosso).

⁵⁸⁶ Ibidem.

substituir a vontade do legislador pela sua própria já foi há muito tempo evidenciada, como revelam os Artigos Federalistas:

Não se pode dar nenhum peso à afirmação de que os tribunais podem, a pretexto de uma incompatibilidade, substituir as intenções constitucionais do legislativo por seus próprios desejos. Isto poderia acontecer tanto no caso de duas leis contraditórias como no caso de toda adjudicação sobre uma única lei. Os tribunais devem especificar o sentido da lei; e, caso se dispusessem a exercer a *vontade* em vez do *julgamento*, isso levaria igualmente à substituição do desejo do corpo legislativo pelo seu próprio. Se esta observação provasse alguma coisa, seria que não deve haver nenhum juiz além do próprio corpo legislativo.⁵⁸⁷

Como bem esclarece Carlos Maximiliano, os tribunais só declaram a inconstitucionalidade quando essa é evidente: “se entre duas correntes de idéias apoiadas por jurisconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece.”⁵⁸⁸

Não é, todavia, o que ocorre no caso de normas obscuras, criptográficas ou insuperavelmente contraditórias, pois essas não permitem que se extraia de seu texto, com mínima segurança, *nenhuma* interpretação. Neste caso, não é possível sequer *a interpretação conforme a Constituição*. De fato, nessa espécie de construção interpretativa pressupõe-se que o texto normativo comporte ao menos duas interpretações e que uma ou algumas delas harmonizem-se com a Constituição e outra(s) não, cabendo ao Tribunal Constitucional excluir a aplicação daquelas que se confrontam o texto da Carta Magna. No caso de texto obscuro, hermético, contraditório etc., não se consegue extrair com mínima segurança *nenhuma* interpretação apta a perfazer a norma: o texto não possui subsídios mínimos para a conformação da norma. Neste caso, não resta outra alternativa a não ser a declaração de sua inconstitucionalidade.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ Artigo n. LXXVIII, atribuído a Hamilton. (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Op. cit., p. 482).

⁵⁸⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Op. cit.**, p. 308.

⁵⁸⁹ Lucas Catib Laurentiis esclarece que não é cabível a interpretação conforme a Constituição quanto o pedido vertido em ação de controle de constitucionalidade leve à criação de uma regra abstrata de conduta descolada da expressão textual do dispositivo analisado: “Em tais hipóteses, a interpretação conforme a Constituição deverá ser afastada em função da incidência do princípio da separação dos Poderes. Ou seja, o fato relevante, que deve efetivamente impedir o uso da interpretação conforme a Constituição, é a possibilidade de o acolhimento do pedido de sua realização acarretar a criação de uma hipótese normativa não contemplada no texto normativo analisado. Em outras palavras: a interpretação conforme a Constituição deve ocorrer sempre com base no quadro interpretativo criado pelo legislador. Mesmo que as palavras admitam múltiplas interpretações, o que é natural, a aplicação da interpretação conforme a Constituição poderá ser afastada se sua consequência for a criação de uma nova hipótese normativa. Essa atividade é reservada ao Poder Legislativo.” LAURENTIIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição:**

Nos casos de uma lei redacional ou estruturalmente a tal ponto deficiente que não se possa dela extrair, com segurança, um mínimo sentido (norma severamente obscura que se revela incompreensível), ou de uma norma que seja mal construída a tal ponto que o sentido a ser extraído seja insuperavelmente contraditório ou ilógico (v.g., concessão de adicional de produtividade a servidores inativos), não deve, nem pode o Poder Judiciário, o Tribunal Constitucional ou qualquer outro aplicador do Direito, substituir-se ao legislador e, ele próprio, cunhar o sentido da norma.

Gilmar Ferreira Mendes destaca que as leis obscuras ou criptográficas atentam contra o próprio Estado de Direito:

A moderna doutrina constitucional ressalta que a utilização de fórmulas obscuras ou criptográficas, motivadas por razões políticas ou de outra ordem, contraria princípios básicos do próprio Estado de Direito, como os da segurança jurídica e os postulados de clareza e de precisão da norma jurídica.⁵⁹⁰

Esclarece, ainda, que as normas jurídicas devem ser pautadas pela *precisão* e *clareza*, “permitindo que o destinatário das disposições possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem”, evitando-se, assim, “as formulações obscuras, imprecisas, confusas ou contraditórias”.⁵⁹¹ Assevera, por fim, que se deve evitar a utilização de fórmulas demasiadamente *genéricas*, pois podem “configurar ofensa ao princípio estrito da legalidade caracterizando, ademais, ilegítima *delegação legislativa*”.⁵⁹²

O artigo 3º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) estipula que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Para que se exija de todos o cumprimento da lei, é indispensável que o texto normativo possa trazer os elementos necessários à sua compreensão; caso contrário, não seria razoável exigir a sua

conceitos, técnicas, efeitos. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 113.

⁵⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da legislação e controle de constitucionalidade**: algumas notas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.

⁵⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 2, jan. 1993, p. 36 *et seq.*

⁵⁹² *Ibidem*.

obediência. Hilda de Souza, invocando passagem de Rodrigo Galvão,⁵⁹³ assevera que:

O princípio da segurança jurídica, de outra banda, associado ao comando de que a ninguém é permitida a escusa do cumprimento da lei sob o pretexto de desconhecê-la, existente em nosso ordenamento jurídico, exigem que a linguagem utilizada pela lei seja clara e precisa “com o intuito de que o destinatário das disposições legais possa identificar a situação jurídica que lhe atinge, bem como as consequências da mesma”.⁵⁹⁴

Carlos Roberto Siqueira Castro sustenta que se pode extrair do princípio da legalidade um subprincípio, relativo à inteligibilidade das normas jurídicas, a demandar que os atos normativos de toda espécie sejam dotados de clareza e precisão:

É mister, contudo, para que o princípio da legalidade tenha efetiva aplicação, tanto para os particulares quanto para os agentes do Poder Público, que os atos normativos de todos os níveis de governo sejam providos de clareza e precisão, a fim de que os destinatários das regras jurídicas, e bem assim os seus executores em todas as instâncias da organização estatal, possam bem conhecer o sentido e o alcance de suas disposições. A inteligibilidade dos preceitos legais constitui elemento insito à legalidade.⁵⁹⁵

A clareza e a precisão são ainda mais necessárias quando se tratar de normas providas de *sanção*, pois o indivíduo precisa ter segurança para saber como cumprir o preceito legal e, assim, não estar sujeito a punições. O mesmo raciocínio aplica-se às normas sujeitas à tipicidade estrita, como as penais e tributárias.⁵⁹⁶ A exigência de clareza

⁵⁹³ A referência é a seguinte: GALVÃO, Rodrigo. (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1995.

⁵⁹⁴ SOUZA, Hilda de. Op. cit., p. 55.

⁵⁹⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta...** Op. cit., p. 220. Adverte, ainda, o autor: “A não ser assim, o entendimento do comando legislativo, especialmente quando se tratar de normas proibitivas ou imperativas, restaria prejudicado, daí podendo resultar graves consequências para aqueles sujeitos à sua observância.” Ibidem.

⁵⁹⁶ Carlos Roberto Siqueira Castro enfatiza que: “É necessário, portanto, que a clientela da norma jurídica tenha a justa ou, pelo menos, aproximada noção do teor da licitude ou ilicitude dos atos e omissões humanas em face dos parâmetros legais. Isto é tanto mais verdadeiro quando se estiver diante de norma provida de sanção (administrativa, fiscal ou penal), cujo perfeito entendimento preceitual torna-se indispensável para a livre determinação dos sujeitos da obrigação legal quanto aos riscos da imputação de responsabilidade. O mesmo se afirma quanto às matérias submetidas ao princípio da reserva legal estrita, ou seja, ao princípio da tipicidade total, caso em que a materialidade fática (*tabestand*, do direito germânico, e a *fattispecie*, do italiano) e suas consequências jurídicas devem estar integralmente descritas no ato-regra, o que se dá com especial ênfase na órbita do direito penal, no que tange à definição dos delitos e das penas, bem como no campo do direito tributário, no que concerne à definição dos elementos configuradores da obrigação tributária principal, como de resto, de um modo geral, no que respeita aos deveres ditados aos administrados em razão do regular exercício do poder de polícia e fiscalizatório do Estado, sempre que a conduta legalmente exigida contemplar sanção para o caso de descumprimento.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira.

e precisão revela-se como um consectário do princípio da legalidade, que busca atender ao *postulado da segurança jurídica*, a exigir, para a satisfação da garantia constitucional do devido processo legal, a inteligibilidade da descrição das condutas reprimidas ou permitidas.⁵⁹⁷

Rubens Naman Rizek Júnior defende que, no exercício da atividade legislativa, não basta a mera observância do processo legislativo e das normas constitucionais que o regulam, pois é preciso despertar para a necessidade de adoção de mecanismos técnico-objetivos (além dos políticos), que possam atestar a boa qualidade da lei. E arremata o seu raciocínio com a sugestão de reconhecimento da *inconstitucionalidade* das leis mal gestadas: “Finalmente, é preciso romper as barreiras do tradicionalismo jurídico e ousar considerar a legislação de má-qualidade inconstitucional (mesmo que legitimada pelas regras regimentais e constitucionais do regular processo legislativo).”⁵⁹⁸

Nessa vertente, para Siqueira Castro “a ausência de clareza das pautas comportamentais objeto dos mandamentos normativos, como ainda obscuridades ou vagueza no traçado das condutas revestidas de exigibilidade jurídica conduz, ou deve conduzir, à nulidade do tipo legal”, citando, nesse ponto, a doutrina norte-americana que preceitua a nulidade por vagueza (*void for vagueness*): “Ilustra essas considerações a formulação doutrinária que os autores norte-americanos identificam sob a categoria *void for vagueness*, que podem bem traduzir-se pela expressão ‘nulidade por vagueza’.”⁵⁹⁹ E

A constituição aberta... Op. cit., p. 220-221.

⁵⁹⁷ Ibidem.

⁵⁹⁸ “É importante criar a cultura de que legislar é atividade que depende da utilização de métodos que transcendem à mera observância das normas constitucionais do processo legislativo. É importante despertar a consciência geral para a necessidade de criação de mecanismos técnico-objetivos (além dos políticos que possam atestar a boa qualidade da lei.” RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **O processo de consolidação e organização legislativa**. 2009. 354 f., Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 154 (destaque nosso).

⁵⁹⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta...** Op. cit., p. 221. E arremata o autor, em conclusão ao seu pensamento: “É mister considerar, par concluir o aspecto ora focalizado, que a imprescindibilidade de satisfatória precisão do teor e alcance dos preceitos e sanções jurídicas impõe-se forçosamente a todo e qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente da natureza e investidura do órgão que o edite, aplicando-se, de conseqüente, à generalidade do sistema hierárquico das pautas de comportamento revestidas do predicativo da estatalidade. As regras de direito hão de ser inteligíveis. Sem a sua devida compreensão, de acordo com os padrões comuns de entendimento do homem médio, não se pode bem cumpri-las, muito menos garantir o ideal de segurança nas relações jurídicas. Melhor dizendo, tanto a lei formal quanto as demais normas a ela equiparadas no plano jurídico-positivo, quanto os multiformes atos normativos infralegais, formulados pelos órgãos e agentes dos Três Poderes orgânicos da soberania do Estado, bem como das entidades autônomas integrantes da Federação, acham-se por igual subordinados ao princípio da clareza e inteligibilidade quanto à sua enunciação redacional, o que de resto

acrescenta, a descortinar a essência da referida doutrina e sua vocação universal:

Essa doutrina, que constitui herança das melhores tradições do *common law* anglo-saxônico, tem sua aplicação associada à cláusula *due process of law*, consoante inserta nas 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, cuja vocação hoje verdadeiramente universal é expressar as potencialidades exegéticas do legalismo contemporâneo e englobar as virtuosidades da concepção do Estado Democrático de Direito.⁶⁰⁰

A deficiência da lei pode dizer respeito também à sua estrutura interna, que deve ser dotada de logicidade.⁶⁰¹ A falta de lógica entre os dispositivos de uma lei pode levar à invalidação do dispositivo que se contraponha ao objeto da lei e seja contraditório aos seus fins. Nesse sentido, pode se falar em leis ou dispositivos *suicidas e contraditórios*.⁶⁰²

Autores reconhecidos, como J. J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Carlos Blanco de Moraes, Gustavo Zagrebelsky e Franco Modugno, identificam o vício decorrente da severa falta de clareza ou do teor contraditório entre os dispositivos da lei dentre as hipóteses de *desvio de poder legislativo*, como demonstrado no item 4.2.3, *supra*, ao qual remetemos o leitor para melhor elucidação da matéria, assim como ao capítulo 5, onde tratamos da doutrina e jurisprudência estrangeiras.

Na hipótese de deficiência redacional ou estrutural que afete o devido processo legal ou a segurança jurídica, o cidadão não tem condições de saber previamente como deve se portar em obediência à norma. Portanto, restam vulnerados os ideais de cognoscibilidade e previsibilidade do Direito. Se a lei não oferece os elementos necessários à sua compreensão e o cidadão não tem, em decorrência disso, condições de saber como agir, a aplicação da lei torna-se arbitrária, identificando-se com a vontade, não mais da lei, mas de seu aplicador, que passa a ter plena discricionariedade em exigir a conduta que lhe

vem a ser uma garantia para a segurança jurídica dos jurisdicionados.” Ibidem, p. 226.

⁶⁰⁰ Ibidem.

⁶⁰¹ A LC 95/1998 indica, no inc. III de seu art. 11, as seguintes posturas que devem ser observadas pelo legislador com a finalidade de redigir de forma lógica os textos normativos: “a) reunir sob as categorias de agregação — subseção, seção, capítulo, título e livro — apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.”

⁶⁰² A expressão é utilizada por Oswaldo Luiz Palu: “Como consequência, leis suicidas e contraditórias passam a poder se sindicadas jurisdicionalmente, inclusive pelo chamado ‘excesso de poder legislativo’, teoria criada para tentar abrandar tal estado de perplexidade.” PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 249.

aprouver.

Essas deficiências são ainda mais graves caso se trate de leis de caráter sancionatório, de natureza penal, tributária ou administrativa. Nesse caso, o cidadão fica sujeito a punição sem que tenha podido compreender o comando legal e conhecer a postura que se esperava de sua parte.

O critério para a aferição do grau de cognoscibilidade da lei, tanto no tocante à sua clareza redacional como em relação à logicidade de sua estruturação interna, isto é, a coerência de seus dispositivos, deve ser aquele do *homem médio*. Ou seja, a lei deve permitir que toda pessoa, de razoável capacidade de compreensão, assimile os seus termos e possa, desse modo, cumprir os seus comandos. No tocante às normas de caráter estritamente técnico⁶⁰³, deve-se procurar obter, como sugere Anne-Laure Valembois, um “equilíbrio entre a precisão – obtida por vezes através da técnica – e a simplicidade – que a exclui *a priori*.”⁶⁰⁴

A correta solução para casos em que a lei sofre de severa deficiência no tocante à clareza de seus dispositivos, ou que ostenta falta de logicidade em sua estruturação interna (sendo, por isso, contraditória) — deficiências que impedem, em ambos os casos, a correta compreensão da lei (segundo o critério do homem médio) —, *é a declaração de sua inconstitucionalidade*, com fundamento na vulneração aos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica (CF, art. 1º).

Percebe-se, portanto, que, ao invalidar uma lei que padeça de vício de inconstitucionalidade finalística intrínseca decorrente de grave deficiência redacional ou estrutural, não há um desprestígio ao Poder Legislativo, ao qual a matéria é *devolvida* para, se assim entender conveniente, conferir-lhe a devida conformação legislativa, preservando-se, desse modo, as suas competências constitucionalmente previstas.

⁶⁰³ Para a obtenção de clareza e logicidade da lei, o legislador deve se valer das regras de composição normativa, devendo observar, nesse particular, especialmente aquelas previstas no art. 11 da LC 95/98. Sobre o tema, vide o item 3.8, *supra*.

⁶⁰⁴ VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2005, p. 125 (tradução livre). O texto original possui o seguinte teor: “*C’est donc à la recherche d’un subtil équilibre que doivent se lancer les rédacteurs des textes normatifs, l’équilibre entre la précision – qui passe parfois par la technicité – et la simplicité – qui l’exclut a priori.*”

Pode-se concluir que a desatenção às regras de Legística previstas na LC n. 95/98 pode acarretar na geração de leis *severamente vagas, lacônicas, obscuras, ilógicas ou estruturalmente contraditórias, ou seja, eivadas de deficiências em seu aspecto intrínseco que comprometam, de forma grave, a sua devida compreensão, segundo o critério do homem médio.*

Nesses casos, a lei mal gestada vulnera os princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica (CF, art. 1º), não sendo admissível *extrair dela um conteúdo que sua dicção textual não permite*, sob pena de o Poder Judiciário ou o Tribunal Constitucional atuarem como *criadores da norma*, em flagrante violação ao princípio da repartição dos Poderes (CF, art. 2º) e entreabrindo a possibilidade de *arbítrio na aplicação da norma, segundo a vontade e o critério, absolutamente discricionários, de seu aplicador.*

Por todos esses motivos, às leis severamente deficientes em sua redação ou estrutura interna não se pode reconhecer a natureza imperativa dos atos normativos, sendo necessário o reconhecimento de sua invalidade, seja pelo próprio legislador, revogando-as, seja através do exercício de controle de constitucionalidade.

7 A PRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM FUNDAMENTO EM REGRAS DE LEGÍSTICA

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça estaduais, no exercício do controle de constitucionalidade de leis, de vícios decorrentes de deficiências internas ou estruturais de atos normativos é raro entre nós.

Procuraremos trazer à tona alguns exemplos nos quais nossos tribunais têm constatado os referidos vícios.

7.1 O dever de homogeneidade temática

Em projetos cuja iniciativa legislativa seja exclusiva do Presidente da República, não é incomum, no curso do processo legislativo, a apresentação de emendas parlamentares versando matéria diversa daquela veiculada na proposição original. Entre nós, esse expediente tem sido usado no momento da apreciação legislativa das medidas provisórias, com a finalidade de aproveitar a celeridade de seu procedimento e facilitar a análise da matéria versada na emenda — muitas vezes para atender o interesse do próprio Poder Executivo.

Não se questiona a legitimidade de o Congresso apresentar emendas às medidas provisórias, que deverão ser “oferecidas à Comissão Mista, no prazo de seis dias contados da publicação da medida, e devem ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal”.⁶⁰⁵ Todavia, a apresentação de emendas que fujam ao tema tratado na medida provisória — o mesmo raciocínio se aplica às demais espécies legislativas — não encontra respaldo no direito pátrio.

A utilização de emendas que tratem de matéria diversa do projeto original, conhecidas como “contrabandos”, “caronas” “*riders*”, “*cavaliers*” ou, no jargão do Congresso Nacional, “jabutis”,⁶⁰⁶ representa prática espúria, que fere tanto o artigo 7º da

⁶⁰⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória...** Op. cit., p. 173.

⁶⁰⁶ Atribui-se ao Presidente Tancredo Neves a anedota: “jabuti não sobe em árvores e, se está lá, foi por enchente ou mão de gente”. Referência feita por Gilberto Nascimento, Mosaico Político, Brasil Econômico,

LC 95/98 como os princípios do devido processo legal e da segurança jurídica.

Há Resolução do Congresso Nacional (ato normativo com força de lei — CF, artigo 59, VII) vedando, expressamente, a apresentação de emendas parlamentares que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar (Resolução n. 1, de 2002, art. 4º, § 4º).

Provavelmente, diante do flagrante desrespeito às citadas normas que regem a matéria, foram apresentadas no âmbito do Congresso Nacional, como já mencionado anteriormente, propostas de emendas à Constituição para coibir essa infrutífera prática.⁶⁰⁷

Os “jabutis” inseridos nas medidas provisórias têm ensejado repulsa também da doutrina nacional. Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho vislumbram nessa manobra clara violação ao *devido processo legislativo* e ao *princípio da legalidade*.

Quanto ao devido processo legislativo, aduzem que a cláusula do “*due process of law*” impõe que o processo legal seja justo e adequado, o que deve ser preservado já na fase de produção das leis”.⁶⁰⁸ Desse modo, o processo legislativo especial previsto para as medidas provisórias deve ser utilizado apenas para a análise do objeto originalmente editado pelo Presidente da República, revelando-se contrária ao devido processo legislativo constitucionalmente previsto “a inclusão no Projeto de Lei de Conversão de dispositivos normativos acerca de temas sem qualquer pertinência temática com a Medida Provisória”.⁶⁰⁹

Enfatizam os autores os deletérios efeitos da aprovação das emendas de conteúdo heterodoxo nas medidas provisórias em relação ao pluralismo democrático, na medida em que se concede por esse expediente grande poder para a maioria do Congresso Nacional, mas se silenciam as minorias e desrespeitam-se os princípios constitucionais.⁶¹⁰ Defendem

06 set. 2013.

⁶⁰⁷ Vide item 2.3, *supra*.

⁶⁰⁸ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos “contrabandos legislativos”: salvaguarda do Estado Democrático de Direito. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Podium, 2013, p. 237.

⁶⁰⁹ Ibidem, p. 238.

⁶¹⁰ “Ao analisar o processo legislativo em sentido sociológico, observa-se que há grande liberdade e

que o “contrabando legislativo”, como denominam, constitui vício de *forma*, em virtude de criar “uma nova tipologia de processo legislativo não arrolada no art. 59 da CF/88 e embaraça[r] o uso das atribuições constitucionais do parlamentar [...]”.⁶¹¹

Aduzem, por outro lado, Marrafon e Robl Filho, na mesma linha aqui defendida, que os textos legais devem atender aos critérios de objetividade e clareza. Desse modo, uma vez publicada a lei, “o cidadão sabe quais condutas tomar, o juiz compreende os parâmetros normativos para julgar e o administrador público pode bem delimitar as balizas legais que vinculam sua atuação”.⁶¹² Atestam que uma lei que careça de objetividade e clareza não é compatível com o Estado de Direito, firmando tal entendimento com espeque no artigo 7º, II, da LC 95/98 e no § 4º da Resolução n. 1/2002 do Congresso Nacional, ambos já mencionados anteriormente, e concluem que a aprovação de medidas provisórias dotadas de “contrabandos legislativos” “não apenas viola o processo legislativo, mas também o princípio da legalidade, por incluir na ordem jurídica um instrumento normativo complexo e confuso, dotado de normas incongruentes entre si, ferindo os ideais de clareza e objetividade”.⁶¹³

José Levi Mello do Amaral Júnior extrai do comando contido no parágrafo único do artigo 59 da Constituição um *dever* de guardar pertinência e homogeneidade entre a medida provisória e a respectiva lei de conversão⁶¹⁴ e acresce, com fundamento na orientação parlamentar italiana, que essa compreensão pode ser tomada como parâmetro

liberalidade no Congresso Nacional em emendar o texto original de uma MP proposta pelo Presidente da República e incluir a regulação de temas inexistentes no texto original da MP – ‘contrabando legislativo’. Essa ampla liberdade concede grande poder para a maioria do Congresso Nacional, que vota os ‘enxertos legislativos’ de maneira rápida e sem discussão, criando um espaço de intervenção majoritária nesse processo. com isso, vozes dissidentes são emudecidas e as regras e os princípios constitucionais são desrespeitados, vilipendiando, assim, o modelo de democracia pluralista.” MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Op. cit., p. 239.

⁶¹¹ Ibidem, p. 240.

⁶¹² Ibidem, p. 241.

⁶¹³ Ibidem, p. 241.

⁶¹⁴ “É possível depreender da Constituição um dever de guardar pertinência e homogeneidade temáticas entre medida provisória e respectiva lei de conversão. É evidente desejo constitucional que a legislação tenha um mínimo de ordem lógica. É o que decorre, por exemplo, do art. 59, parágrafo único, e do art. 150, § 6, ambos da Constituição de 1988.” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória...** Op. cit., p. 174). No mesmo sentido, o entendimento de José Afonso da Silva: “as propostas de emendas serão protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, sendo vedadas propostas de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento, por inadequação, do qual o autor da emenda poderá recorrer ao Plenário da Comissão, que decidirá, definitivamente, por maioria simples, sem discussão.” SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional...** Op. cit., p. 336.

para o controle de constitucionalidade.⁶¹⁵

Comungamos das opiniões acima mencionadas, fazendo apenas uma ressalva quanto aos princípios constitucionais vulnerados.

Embora se possa cogitar de mácula ao princípio da legalidade — pois, quando a Constituição estipula que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II), está pressupondo que se trate de lei adequadamente aprovada, segundo o devido processo legislativo — entendemos que a norma portadora de “contrabando legislativo” viola diretamente os *princípios do devido processo legal* e da *segurança jurídica*, dos quais, igualmente, extrai-se o *dever de homogeneidade temática*, já mencionado.

Para melhor elucidar a questão, valer-nos-emos de exemplos extraídos da atividade legislativa brasileira.

Primeiramente, veja-se o caso da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, decorrente da Medida Provisória n. 527/2011. Referida medida provisória foi editada pela Exma. Sra. Presidente da República, com a seguinte ementa⁶¹⁶:

Altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

A proposição foi objeto de emenda parlamentar e a lei de conversão passou a ter como ementa (Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011):

⁶¹⁵ “Trata-se de compreensão que poderia ser tomada como parâmetro de controle de constitucionalidade. Vale lembrar que a orientação parlamentar italiana segue neste sentido: as emendas parlamentares devem guardar relação de pertinência temática com o *decreto-legge*, sob pena de rejeição monocrática pelo Presidente da Câmara dos Deputados, limitação essa que responde à exigência de racionalidade e bom andamento do processo legislativo, evitando seja frustrada a urgência em razão de *riders* que acarretem desenvolvimento caótico do ordenamento jurídico.” AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória**... Op. cit., p. 174.

⁶¹⁶ LC 95/87, art. 5º: “A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.”

*Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998.*⁶¹⁷

Como se pode facilmente perceber, o objeto da lei de conversão é absolutamente distinto daquele da medida provisória. Por meio de emenda parlamentar, instituiu-se nada menos que todo um Regime Diferenciado de Contratações Públicas para os eventos esportivos vindouros — Copa do Mundo e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos —, num total de mais de 50 novos artigos!⁶¹⁸

Uma matéria de tamanha importância como o Regime Diferenciado de Contratações Públicas deve ser veiculada por lei própria, facilmente identificável por seu objeto. Não pode, nem deve, dividir espaço com outras matérias que não guardem com esse assunto nenhuma relação de pertinência.

Tal distorção legislativa não passou despercebida, tendo sido ajuizadas duas ações

⁶¹⁷ Destaques nossos.

⁶¹⁸ O RDC, segundo o teor da Lei n. 12.462/2011, possui as seguintes características: “Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. § 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública. § 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.”

diretas de inconstitucionalidade contra a referida lei.⁶¹⁹ Nessas ações, os seus autores (partidos políticos e o Procurador Geral da República) sustentam que a Lei n. 12.462/2011 padece de vícios de inconstitucionalidade tanto de natureza material como formal.

No que tange aos vícios formais, alega-se, em brevíssima síntese, que, ao agregar à medida provisória emenda parlamentar cujo objeto é absolutamente distinto da matéria nela tratada, teriam sido vulneradas as regras de iniciativa legislativa (a iniciativa privativa do Presidente da República) e o próprio trâmite legislativo no Congresso, na medida em que a matéria agregada por emenda não pôde ser debatida no âmbito de comissões e demais instâncias parlamentares e não foi possível, por outro lado, a apresentação de emendas a essa matéria.⁶²⁰

Como se pode perceber, a inserção de emendas parlamentares veiculando matérias sem pertinência com os assuntos tratados nas medidas provisórias é um expediente utilizado para abreviar o processo legislativo, mediante a utilização do rito especial e célere das medidas provisórias, obliterando-se, assim, o procedimento ordinário, mais amplo e no qual há possibilidade de análise da matéria com profundidade, particularmente no âmbito das comissões temáticas especializadas no tema objeto do projeto.⁶²¹

Outro exemplo eloquente dessa deformação legislativa⁶²² é a Lei n. 12.382, de 25

⁶¹⁹ ADI n. 4.645, Requerentes: Partido da Social Democracia Brasileira e outros; e ADI n. 4.655, Requerente: Procurador Geral da República.

⁶²⁰ Realmente, como esclarece José Afonso da Silva, em sede de medida provisória, as emendas só podem ser oferecidas perante a Comissão Mista: “Nos seis primeiros dias que se seguirem à publicação da medida provisória, poderão ser oferecidas emendas a ela perante a Comissão Mista e só perante ela [...]”. SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional**... Op. cit., p. 336.

⁶²¹ “De resto, no caso específico da inserção, em medidas provisórias, de matérias diversas das constantes em seu texto original, ainda se pode criticar a tentativa de contornar os trâmites legislativos ordinários, para possibilitar a aprovação, de afogadilho, de normas que não tenham sido objeto de exame pelas comissões temáticas das Casas do Congresso Nacional. Não é demais lembrar que a razão de ser do regime expedito de tramitação das medidas provisórias vincula-se aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência dessa espécie normativa. Por fim as próprias normas regimentais de tramitação das medidas provisórias reforçam os multicitados comandos da Lei Complementar nº 95, de 1998, ao vedarem a *apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisórias* (art. 4, § 4º, da Resolução do Congresso Nacional n. 1, de 8 de maio de 2002).” REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas**: comentários à Lei n. 12.462, de 2011, Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242410>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

⁶²² Infelizmente, há inúmeros casos de inclusão de “jabutis” em medidas provisórias, que continuam a se multiplicar exponencialmente no dia a dia do Congresso Nacional. Vale-mo-nos do rol elaborado por Marrafon e Robl Filho para citar apenas alguns deles: “MP 545/2011 e PLV 3/2012, que deu origem à Lei 12599 de 23/03/2012; MP 527/2011 e PLV 17/2012, que deu origem à Lei 12462 de 04/08/2011; MP 505/2010 e PLV 3/2011, que originou a Lei 12397 de 23/03/2011 e também a MP 536/2011 e o PLV

de fevereiro de 2011, que fixa *o valor do salário mínimo* para aquele ano e a sua política de revalorização a longo prazo. Em seu bojo foi incluída matéria absolutamente desconexa, relativa à disciplina da *representação fiscal para fins penais nos casos em que houver parcelamento do crédito tributário*.⁶²³ Assim, matéria de relevo para a proteção de direitos individuais, a liberdade do cidadão, decorrente das condições da ação penal nos crimes tributários, está contida em lei que trata do salário mínimo. Se para os próprios operadores do Direito já é deveras difícil a localização do referido diploma legal, que dirá para um cidadão mediano: destoa de qualquer parâmetro mínimo de razoabilidade saber que a disciplina da ação penal tributária deve ser procurada na lei que fixa o salário mínimo e os seus parâmetros para os anos vindouros.

As máculas apontadas, além de configurarem indiscutível inconstitucionalidade formal, decorrente do abuso do poder de emenda, possuem elementos caracterizadores de vícios finalísticos. De fato, a apresentação de emendas às medidas provisórias que com elas não guardem relação de afinidade, pertinência ou conexão revela um completo desrespeito às regras de conformação legislativa, em particular ao artigo 7º da LC 95/98. Não se trata de mera inobservância de regra formal, mas sim de substancial vício de formulação legislativa, que viola os princípios do *devido processo legal* e da *segurança jurídica*.

Quanto ao devido processo legal, é necessário lembrar que as leis dotadas de severas imperfeições formais internas podem ser capazes de impedir o exercício dessa garantia constitucional pelo cidadão. A falta de adequado conhecimento e compreensão do teor das leis pode impedir o exercício do devido processo legal e das garantias de ampla defesa e contraditório nele inseridas, de modo que a lei imperfeita, em decorrência dessa potencialidade de comprometimento do devido processo, revela-se inconstitucional.

A mácula ao devido processo legal é bastante clara no exemplo citado da Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, decorrente de medida provisória que tinha por objeto a

25/2011, que gerou a Lei 12514 de 28/10/2011.” MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Op. cit., p. 239.

⁶²³ A ementa da lei possui o seguinte e elucidativo teor: “Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei n. 12.255, de 15 de junho de 2010.”

fixação do valor do salário mínimo e sofreu emenda que incluiu em seu texto a disciplina da *representação fiscal para fins penais nos casos em que houver parcelamento do crédito tributário*. Não é razoável exigir que o cidadão de nível médio saiba que a disciplina da representação fiscal para fins penais esteja contida na legislação que trata do salário mínimo. A potencial vulneração ao direito de defesa e, portanto, ao devido processo legal, é aí evidente.

Relembre-se, como demonstrado acima (item 5.2), que o Conselho Constitucional francês, em caso muito menos grave, invalidou disposição que regulava a eleição de Senadores em decorrência de ter sido inserida em local impróprio da legislação eleitoral, dificultando o acesso dos cidadãos à referida norma.⁶²⁴

As regras de redação e sistematização normativas, como esclarece Carlos Blanco de Moraes, destinam-se a assegurar que a mensagem legislativa se pautе por níveis aceitáveis de *certeza* e *clareza*, de forma a poder ser compreendida, em sua essência, pelos respectivos destinatários.

Mas não se esgotam aí os seus objetivos, pois devem, igualmente, atingir a meta de *fácil identificação e localização das normas*,⁶²⁵ sob pena de a comunicação normativa não se mostrar adequada e vulnerar, igualmente, o *princípio da segurança jurídica*.

Conclui-se, assim, que os parâmetros para o controle de constitucionalidade dos “jabutis” ou “contrabandos legislativos” inseridos nas medidas provisórias (ou em quaisquer outras espécies normativas) devem ser:

- as normas constitucionais que preveem a iniciativa legislativa privativa para determinados órgãos e em relação a determinadas matérias, mediante controle de cunho formal (inconstitucionalidade formal), ao abuso do poder de emenda

⁶²⁴ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2003-475-DC**. Op. cit. Vide considerando 22 da decisão.

⁶²⁵ “[...] para além da certeza da mensagem, a boa comunicação opera igualmente através do imperativo da fácil identificação e localização dos instrumentos onde a mensagem se encontra depositada. Uma pluralidade de comandos normativos claros e materialmente interdependentes, mas que se encontram mal arrumados no interior de um dado diploma ou pulverizados numa multiplicidade incerta de diplomas, alguns deles apenas parcialmente em vigor, não fornecem uma adequada comunicação, a qual, por dificuldade de identificação de todos esses preceitos, poderá assumir caráter incompleto.” MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual...** Op. cit., p. 524.

parlamentar; e

- os princípios do *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV) e da *segurança jurídica*, matizado, em nosso ordenamento, no conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º). Nesse caso, há necessidade de demonstrar que a dissonância entre as matérias tratadas na lei aprovada pode macular o exercício do devido processo legal ou mostra-se hábil a gerar insegurança jurídica.

7.2 Leis sem conteúdo normativo: as leis meramente autorizativas

Um dos mecanismos engendrados para superar a crise do Poder Legislativo, decorrente, dentre outras causas, de seus lentos métodos de trabalho, foi a atribuição de iniciativa legislativa a outros órgãos, especialmente ao Poder Executivo, como mencionado no início deste trabalho.

De fato, o artigo 61 da Constituição Federal prevê que a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos nela previstos. Por outro lado, o § 1º do mesmo artigo 61 traz uma relação de matérias para as quais a iniciativa legislativa é privativa do Presidente da República.⁶²⁶

Como se pode perceber, é um rol bastante extenso de matérias, que limita sobremaneira a iniciativa do Poder Legislativo.

Para contornar essa deficiência, os Parlamentos têm se valido de um estratagema:

⁶²⁶ Art. 61 [...] § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998) d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 18, de 1998).”

como não podem regular as matérias de iniciativa privativa, sob pena de verem suas leis declaradas inconstitucionais por vício formal, propõem projetos *autorizando o Poder Executivo* a praticar atos de sua competência privativa. Tais projetos de lei costumam, inclusive, a título de autorizar o Governo, regular minuciosamente determinados temas de competência privativa daquele órgão.

A *lei autorizativa*, com o sentido ora analisado, é definida por Sérgio Resende de Barros da seguinte forma:

Insistente na prática legislativa brasileira, a “lei” autorizativa constitui um expediente, usado por parlamentares, para granjear o crédito político pela realização de obras ou serviços em campos materiais nos quais não têm iniciativa das leis, em geral matérias administrativas. Mediante esse tipo de “leis” passam eles, de autores do projeto de lei, a co-autores da obra ou serviço autorizado. Os constituintes consideraram tais obras e serviços como estranhos aos legisladores e, por isso, os subtraíram da iniciativa parlamentar das leis. Para compensar essa perda, realmente exagerada, surgiu “lei” autorizativa, praticada cada vez mais exageradamente. Autorizativa é a “lei” que — por não poder determinar — limita-se a autorizar o Poder Executivo a executar atos que já lhe estão autorizados pela Constituição, pois estão dentro da competência constitucional desse Poder. O texto da “lei” começa por uma expressão que se tornou padrão: “*Fica o Poder Executivo autorizado a...*”. O objeto da autorização — por já ser de competência constitucional do Executivo — não poderia ser “determinado”, mas é apenas “autorizado” pelo Legislativo. Tais “leis”, óbvio, são sempre de iniciativa parlamentar, pois jamais teria cabimento o Executivo se autorizar a si próprio, muito menos onde já o autoriza a própria Constituição. Elas constituem um vício patente.⁶²⁷

Percebe-se que essas leis não possuem conteúdo normativo algum, pois não podem *obrigar* o Poder Executivo à prática de tarefas que lhe são inerentes e cuja regulamentação depende de sua exclusiva iniciativa.

Tais leis são utilizadas pelos parlamentares como “bandeiras” em favor de uma determinada causa, como, por exemplo, a criação de um novo “campus” universitário; a criação de um programa especial na rede de ensino (v.g., para o aluno autista); a concessão de vantagens para categorias do funcionalismo etc. Mediante a sua aprovação, o parlamentar procura agradar um determinado seguimento social.

⁶²⁷ BARROS, Sérgio Resende de. **Leis autorizativas**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/leis-autorizativas.cont>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

Todavia, essas leis possuem um efeito evidentemente deletério: *não criam direitos ou obrigações e o seu cumprimento não pode ser exigido*. Subvertem, por outro lado, a função legislativa, pois ela não se destina a formular propostas ou bandeiras em favor de determinadas causas, e maculam a própria essência da lei, que é, justamente, o seu caráter vinculante. A lei não é o meio adequado para propalar propostas sociais, sugestões de medidas ao Governo etc. Para essas finalidades, o Parlamento possui instrumentos apropriados, como a *indicação*.⁶²⁸

Leis autorizativas criam, por outro lado — e talvez seja esse o seu caráter mais deletério — uma expectativa de direito no seguimento social por elas pretensamente beneficiado. Mas essa expectativa é vazia e, por isso, essas leis são um verdadeiro engodo produzido pelo Legislativo em relação aos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a sua inconstitucionalidade por vício formal, de iniciativa.⁶²⁹

⁶²⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 113. Indicação é a proposição através da qual o deputado: I - sugere a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre a matéria de sua iniciativa exclusiva; II - sugere a manifestação de uma ou mais Comissões acerca de determinado assunto, visando a elaboração de projeto sobre matéria de iniciativa da Câmara. § 1º Na hipótese do inciso I, a indicação será objeto de requerimento escrito, despachado pelo Presidente e publicado no *Diário da Câmara dos Deputados*. § 2º Na hipótese do inciso II, serão observadas as seguintes normas: I - as indicações recebidas pela Mesa serão lidas em súmula, mandadas à publicação no *Diário da Câmara dos Deputados* e encaminhadas às Comissões competentes; II - o parecer referente à indicação será proferido no prazo de vinte sessões, prorrogável a critério da Presidência da Comissão; III - se a Comissão que tiver de opinar sobre indicação concluir pelo oferecimento de projeto, seguirá este os trâmites regimentais das proposições congêneres; IV - se nenhuma Comissão opinar em tal sentido, o Presidente da Câmara, ao chegar o processo à Mesa, determinará o arquivamento da indicação, cientificando-se o Autor para que este, se quiser, ofereça projeto próprio à consideração da Casa; V - não serão aceitas proposições que objetivem: a) consulta a Comissão sobre interpretação e aplicação de lei; b) consulta a Comissão sobre atos de qualquer Poder, de seus órgãos e autoridades. (Artigo com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991)”

⁶²⁹ “Ementa: Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei n. 740/2003, do Estado do Amapá. Competência legislativa. Servidor Público. Regime jurídico. Vencimentos. Acréscimo de vantagem pecuniária. Adicional de Desempenho a certa classe de servidores. Inadmissibilidade. Matéria de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, Chefe do Poder Executivo. Usurpação caracterizada. Inconstitucionalidade formal reconhecida. Ofensa ao art. 61, § 1º, II, alínea “a”, da CF, aplicáveis aos estados. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei que, de iniciativa parlamentar, conceda ou autorize conceder vantagem pecuniária a certa classe de servidores públicos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3176**. Rel. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 30 jun. 2011, DJe 150, d. 04 ago. 2011, p. 05 ago. 2011, e. 2560-01, p. 26). “Ementa: autonomia universitária. artigo 207 da Constituição Federal. Norma autorizativa. Inconstitucionalidade. 1. A implantação de campus universitário sem que a iniciativa legislativa tenha partido do próprio estabelecimento de ensino envolvido caracteriza, em princípio, ofensa à autonomia universitária (CF, artigo 207). Plausibilidade da tese sustentada. 2. Lei autorizativa oriunda de emenda parlamentar. Impossibilidade. Medida liminar deferida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2367**. Rel. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, j. 05 abr. 2001, DJ 05 mar. 2004, p. 13, e. 2142-02, p. 339). “Ementa: Inconstitucionalidade. Ação

Entendemos que, no caso, revela-se, igualmente, a inconstitucionalidade finalística, pois o próprio conteúdo da lei já se mostra impróprio à finalidade inerente aos atos normativos: se a lei não possui conteúdo normativo algum — não cria direitos ou obrigações —, não pode ser considerada um ato normativo. Nesse sentido, veja-se a jurisprudência do Conselho Constitucional francês, mencionada acima (item 5.2), que inadmite a validade de leis sem conteúdo normativo.

Pensamos, assim, que os parâmetros constitucionais para a declaração da inconstitucionalidade das *leis autorizativas* sejam não só as normas que tratam de iniciativa legislativa, como, também, os princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica (CF, art. 1º).

Quanto ao devido processo legal, é necessário lembrar que as leis dotadas de severas imperfeições formais internas podem ser capazes de impedir o exercício dessa garantia constitucional pelo cidadão. Assim, a falta de adequado conhecimento e compreensão do teor das leis pode impedir o exercício do devido processo legal, de modo que a lei imperfeita, em decorrência dessa potencialidade de comprometimento da garantia constitucional, revela-se inconstitucional.

Por outro lado, as *leis autorizativas* criam uma falsa ideia aos atingidos ou beneficiados pelas suas disposições, podendo levar a crer que possuem direitos e obrigações, quando, em verdade, tais projeções legais não existem. Afetam, assim, de forma insofismável a segurança jurídica, pois confundem o cidadão (tendo como parâmetro a pessoa de nível médio, o bom *paterfamilias*) acerca de seus direitos e deveres.

direta. Lei n. 740/2003, do Estado do Amapá. Competência legislativa. Servidor Público. Regime jurídico. Vencimentos. Acréscimo de vantagem pecuniária. Adicional de Desempenho a certa classe de servidores. Inadmissibilidade. Matéria de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, Chefe do Poder Executivo. Usurpação caracterizada. Inconstitucionalidade formal reconhecida. Ofensa ao art. 61, § 1º, II, alínea “a”, da CF, aplicáveis aos estados. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei que, de iniciativa parlamentar, conceda ou autorize conceder vantagem pecuniária a certa classe de servidores públicos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3176**. Op. cit.).

7.3 Leis eivadas de contradição interna

No Estado do Amazonas, foi aprovada lei que alterou o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado para, dentre outras finalidades, estender aos *funcionários aposentados* o direito ao adicional de 1/3 (um terço) de férias. Para melhor compreensão, reproduzimos o texto da norma:

Art. 9º - Será concedido ao funcionário público estadual em efetivo serviço, o valor correspondente a um terço da remuneração, no mês que entrar em gozo de suas férias anuais.

[...]

§ 2º - A vantagem de que trata este artigo será paga aos inativos, de uma só vez, no mês de dezembro.

O Procurador-Geral da República propôs ação direta de inconstitucionalidade asseverando, como se pode colher do relatório do ministro Celso de Mello, que “a vantagem legal conferida aos aposentados extrapola a previsão do § 4º da Constituição Federal, que assegura a equiparação entre proventos e vencimentos devidos aos servidores inativos e ativos, respectivamente”.

Percebe-se, pelo simples exame do dispositivo inquinado de invalidade, que a norma nele veiculada é eivada de evidente contradição interna. A norma é, por si só, incoerente, não sendo necessário cotejá-la com nenhum parâmetro externo para demonstrar a sua impropriedade.

Todavia, se não tivermos uma clara compreensão da inconstitucionalidade finalística, a indicação do parâmetro constitucional em face do qual a constitucionalidade da norma deve ser aferida⁶³⁰ torna-se uma intrincada tarefa.

No caso em exame, o requerente indicou como paradigma para o controle de

⁶³⁰ “O princípio da especificação das normas, extraído da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reflete o dever atribuído ao requerente de apresentar na petição inicial *não só os fundamentos jurídicos*, exigidos em todas as espécies de processo (causa de pedir próxima), mas também *os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que se pretende impugnar*, isto é, as normas constitucionais de referência que servem de parametricidade para a declaração de inconstitucionalidade.” (DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato**... Op. cit., p. 146). Esclareça-se que a indicação dos dispositivos constitucionais que se alega terem sido violados, a título de parâmetro para aferição da inconstitucionalidade, é dever do proponente da ação de controle abstrato previsto na legislação que rege a matéria: Lei n. 9.868/99, art. 3º, I, primeira parte (Adin); art. 14, I (Adc).

constitucionalidade o § 4º do artigo 40 da Carta Federal.⁶³¹ O ministro Celso de Mello ao analisar o parâmetro invocado, entendeu tratar-se de norma protetiva ao funcionário público aposentado,⁶³² não se destinando a restringir-lhe direitos,⁶³³ sendo inadequado, portanto, à análise da constitucionalidade da norma, pois, como bem asseverou o ministro relator:

A norma legal ora impugnada, ainda que contenha esdrúxula outorga de adicional de férias a servidor *aposentado*, parece ajustar-se ao espírito que inspirou o legislador constituinte na formulação da norma parâmetro invocada pelo Autor como supostamente vulnerada pelo legislador do Estado do Amazonas.⁶³⁴

Todavia, reconhece o relator que, sob fundamento jurídico diverso daquele invocado pelo autor da ação direta,⁶³⁵ a eiva de inconstitucionalidade parece configurar-se. O ministro Celso de Mello invocou, então, o princípio da razoabilidade, ou do devido processo legal, em sua dimensão material, como parâmetro para aferir a inconstitucionalidade, reconhecendo haver, no caso, abuso da função legislativa.⁶³⁶

⁶³¹ A redação originária desse dispositivo, vigente à época da propositura da ação, era a seguinte: “Art. 40. O servidor será aposentado: [...] § 4º Os proventos de aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação de cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.”

⁶³² “Esse preceito constitucional, invocado como norma parâmetro pelo Autor da presente ação direta, encerra verdadeira cláusula de garantia *instituída em favor dos servidores públicos inativos*, assegurando-lhes duas prerrogativas fundamentais: (a) *direito à revisão dos proventos*, em igual proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, e (b) *direito à extensão* de quaisquer benefícios e vantagens que venha a ser concedidos aos agentes públicos em atividade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1158**. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19 dez. 1994, DJ 26 maio 1995, p. 15.154, e. 1788-01, p. 51. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>>. Acesso em: 30 ago. 2013. Voto (Min. Celso de Mello), p. 4.

⁶³³ “Note-se, portanto, que a norma constitucional em questão, longe de qualificar-se como estatuto restritivo de direitos, destina-se, em função de seu específico sentido teleológico, a proteger a situação jurídico-financeira dos servidores aposentados, tutelando-os inclusive no que se refere à outorga de vantagens pecuniárias concedidas aos agentes públicos em atividade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1158**. Op. cit.

⁶³⁴ Ibidem, p. 5.

⁶³⁵ Permite-se ao STF invocar parâmetro de controle diverso daquele indicado pelo autor, como tivemos a oportunidade de comentar: “Segundo o princípio da cláusula de pedir aberta, o Tribunal tem ampla liberdade na escolha do parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, podendo valer-se, para tanto, de todo o espectro constitucional, não ficando adstrito ao dispositivo ou dispositivos-parâmetro indicados pelo requerente na petição inicial.” DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato**... Op. cit., p. 154.

⁶³⁶ “Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal — objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição — deve ser entendida, **na abrangência de sua noção conceitual**, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, **sobretudo**, em sua **dimensão material**, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou **irrazoável**.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de**

Esclareceu, quanto à dimensão material do princípio do devido processo legal, que:

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra *qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade*.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.⁶³⁷

Embora o relator tenha entendido que não estava presente um dos requisitos para a concessão da liminar, qual seja, o *periculum in mora*, pois a lei já se encontrava, à época, em vigor há quase seis anos, o colegiado não acatou essa orientação, tendo suspenso a eficácia do dispositivo em julgamento cuja ementa possui o seguinte teor:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FERIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS - VANTAGEM PECUNIARIA IRRAZOAVEL E DESTITUIDA DE CAUSA - LIMINAR DEFERIDA. - A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de ferias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “*substantive due process of law*”, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa.⁶³⁸

O ministro Sydney Sanches afirmou em seu voto que “o terço relativo a férias não deve ser pago a aposentados, como também não devem ser pagos dois terços, nem três terços, pela própria natureza das coisas”. De fato, a norma é em si mesma absolutamente irrazoável e contraditória, não sendo necessário cotejá-la a nenhum outro dispositivo constitucional para alcançar essa conclusão.

Inconstitucionalidade n. 1158. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19 dez. 1994, DJ 26 maio 1995, p. 15154, e. 1788-01, p. 51. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>>. Acesso em: 30 ago. 2013. Voto (Min. Celso de Mello), p. 7.

⁶³⁷ Ibidem.

⁶³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1158.** Op. cit.

A mesma contradição interna encontrava-se em diploma legislativo do Distrito Federal cuja constitucionalidade foi analisada pelo Supremo Tribunal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.667. Trata-se da Lei n. 2.921, de 22 de fevereiro de 2002, que dispunha sobre a emissão de certificado de conclusão do ensino médio em favor de alunos da terceira série daquela etapa de ensino que, independentemente do número de aulas frequentadas, comprovassem a aprovação em vestibular para o ingresso no ensino superior.⁶³⁹ Também neste caso, relatado pelo ministro Celso de Mello, a Corte entendeu que houve inobservância de padrões mínimos de razoabilidade, tendo o legislador incorrido em desvio de poder legislativo.⁶⁴⁰

Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal invocou a razoabilidade e a proporcionalidade como parâmetros para a aferição da inconstitucionalidade.

Ao comentar o primeiro julgado, Elival da Silva Ramos ressalta a falta de

⁶³⁹ Lei n. 2.921, de 22 de fevereiro de 2002: “Art. 1º Os estabelecimentos de ensino expedirão o respectivo certificado de conclusão do curso e o histórico escolar dos alunos da terceira série do ensino médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior. § 1º A expedição do diploma independe do número de aulas frequentadas pelo aluno. § 2º A expedição de documentos de que trata o *caput* deverá ser providenciada em tempo hábil, de modo que o aluno possa matricular-se no curso superior para o qual foi habilitado. Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.”

⁶⁴⁰ Extraí-se da ementa da decisão que analisou o pedido de medida cautelar o seguinte trecho: “Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade - lei distrital que dispõe sobre a emissão de certificado de conclusão do curso e que autoriza o fornecimento de histórico escolar para alunos da terceira série do ensino médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior - lei distrital que usurpa competência legislativa outorgada à união federal pela Constituição da República - considerações em torno das lacunas preenchíveis - norma destituída do necessário coeficiente de razoabilidade - ofensa ao princípio da proporcionalidade - atividade legislativa exercida com desvio de poder - plausibilidade jurídica do pedido - deferimento da medida cautelar com eficácia “ex tunc”. A usurpação da competência legislativa, quando praticada por qualquer das pessoas estatais, qualifica-se como ato de transgressão constitucional. [...] Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A exigência de razoabilidade qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. - A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder ao plano das atividades normativas do Estado. - A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2667**. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19 jun. 2002, DJ 12 mar. 2004, p. 36, e. 2143-02, p. 275).

racionalidade interna da lei, asseverando que não se trata, em verdade, de aplicação do princípio da proporcionalidade: “Percebe-se, claramente, que a inconstitucionalidade teleológica invocada dizia respeito à racionalidade interna da legislação fiscalizada, não se tratando, propriamente, de aplicação da exigência de proporcionalidade.”⁶⁴¹

Os dispositivos contidos nas leis em questão, na verdade, não atendem ao parâmetro mínimo que se espera das normas jurídicas, que é o de veicular preceitos com clareza, precisão e ordem lógica (LC 95/98, art. 11). Sua inconstitucionalidade é congênita.

O princípio da segurança jurídica, embora não suscitado pelo STF, é, igualmente, violado por leis desta espécie. A lei não se pode prestar a criar situações esdrúxulas — como reconhece o próprio Relator do acórdão da citada ADI n. 1.158-MC, Ministro Celso de Mello —, subvertendo a natureza dos institutos legais nela regulados — nos casos, a concessão ao servidor aposentado do acréscimo patrimonial de um terço destinado a que o servidor público possa melhor descansar em suas férias e o certificado de conclusão de ensino médio ao aluno aprovado em vestibular.

No primeiro caso, a subversão da natureza do adicional destinado às férias, mediante a sua atribuição a situação que logicamente não é por ele alcançada (aposentadoria), promove uma ruptura do significado da norma, a causar inegável insegurança jurídica.

No segundo julgado, a obrigação de emitir certificado de conclusão de curso com base não em dados que efetivamente comprovem a presença em aulas e a aprovação do aluno, mas sim em outro fato, desconexo com essa realidade (aprovação no exame vestibular), causa, igualmente, insegurança quanto aos requisitos necessários para se alcançar o curso superior e, mesmo, quanto à formação do aluno.

Percebe-se que a assimilação dos conceitos da inconstitucionalidade finalística, bem como a utilização dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da segurança jurídica (CF, art. 1º) como parâmetros constitucionais destinados à aferição da constitucionalidade dos atos normativos sob o aspecto de sua redação e estruturação

⁶⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade... Op. cit..

internas permitem aferir com precisão vícios dessa espécie.

8 CONCLUSÃO

Ao longo da história, a humanidade tem feito um constante esforço para garantir que o exercício do poder seja realizado de forma limitada. A lei escrita revelou-se, talvez, como o mais importante instrumento de limitação do poder, de forma a impedir o arbítrio dos governantes e garantir a igualdade entre os cidadãos.⁶⁴²

A Magna Carta de 1215,⁶⁴³ por meio da qual os barões, o clero e o rei João Sem-Terra acordaram restrições ao poder absoluto, é, sem dúvida, um marco quanto ao reconhecimento de limites ao exercício do poder, e constitui, por outro lado, a pedra angular da democracia moderna. De fato, se anteriormente o poder era limitado apenas por normas superiores, de cunho religioso ou costumeiro, a partir da Magna Carta passa a ter limites reconhecidos pelo próprio monarca em norma escrita, que atribui direitos subjetivos aos governados.⁶⁴⁴

Documentos como a Magna Carta, a lei do *Habeas-Corpus* (Inglaterra, 1679), a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, Inglaterra, 1689), a Declaração de Direitos da Revolução Francesa (França, 1789) foram se multiplicando em toda a parte.

Com as revoluções liberais do século XVIII, as Constituições passaram a ter um

⁶⁴² Esclarece Fábio Konder Comparato que: “A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania esta tida doravante como uma ofensa ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes* (verso 432), ‘uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual’.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12.

⁶⁴³ “Redigida em latim bárbaro, a *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Embora o texto tenha sido redigido sem divisões nem parágrafos, ele é comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três parágrafos.” Ibidem, p. 57.

⁶⁴⁴ “O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres — a nobreza e o clero — existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados.” Ibidem, p. 65.

papel de relevo quanto ao reconhecimento do exercício moderado do poder. De fato, as Constituições Liberais adotaram, com a finalidade de impedir o abuso do poder e o arbítrio, a concepção de Montesquieu, atribuindo o seu exercício a três órgãos distintos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.⁶⁴⁵

A formulação do Barão de “La Brède” foi importante não apenas pela divisão das funções do Estado em três órgãos distintos — o que, na prática, não tem ocorrido de forma estanque —, mas, principalmente, pela concepção de que determinadas funções devem ser exercidas por órgãos distintos, dando ensejo a um mecanismo de controle de um pelo outro, isto é, um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que constitui a essência da proposta.⁶⁴⁶

Após as Revoluções Liberais, houve momentos de predominância política de uma ou outra função, dentre as acima mencionadas. Em um primeiro momento, em meio ao Estado Liberal, sobressaiu a função Legislativa, a cargo do Parlamento. Em seguida, no contexto do Estado Social, emergiram questões sociais generalizadas e urgentes, a demandar uma atuação proativa por parte do Estado, passando, nesse contexto, o Poder Executivo a ter um papel de maior relevo. Para alguns, o século XXI será o momento da preponderância da função de controle, realizada pelo Poder Judiciário ou por órgãos incumbidos de tal tarefa, como as Cortes Constitucionais, dentre outros.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ A formulação alcançou tal importância a ponto de a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França, em 26 de agosto de 1789, em seu artigo 16º, proclamar que: “Toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”

⁶⁴⁶ Karl Loewenstein sustenta, em sentido oposto, que a teoria da Separação dos Poderes estaria superada atualmente. Nos dias de hoje não haveria propriamente uma separação de Poderes, mas sim uma distribuição de funções a diferentes órgãos estatais — divisão do trabalho. Nos regimes Parlamentaristas, por exemplo, os Poderes Executivo e Legislativo não estariam separados nem pessoal nem funcionalmente. Assim, propõe outra forma de dinâmica do poder, que possuiria raízes fundadas na ideia de representação política, mediante outra divisão tripartite: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução dessa decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*). Todavia, sustenta que o núcleo da nova divisão encontra-se na terceira função, de controle político. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964, p. 54-72. Acerca das funções do Estado após o advento da democracia social, veja-se, outrossim: RAMOS, Elival da Silva. **Ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 180-190.

⁶⁴⁷ “Do que foi exposto, penso que é possível concluir que o Poder Judiciário brasileiro, que, neste final do século XX, apresenta-se como poder político, haverá de ser, no século XXI, um Judiciário que irá influir nos diversos segmentos da sociedade e nos negócios políticos. O século XXI, anotou o juiz e professor Américo Lacombe, será o século do Poder Judiciário. A afirmativa é de Karl Marx, no sentido de que as idéias não se impõem. As idéias, as doutrinas, vão sendo absorvidas e prevalecem no momento em que aqueles que as professam assumem poder de decisão. As doutrinas de direito público, linhas atrás mencionadas, que ampliam o raio de ação do controle judicial, estão sendo apreendidas pelos novos juízes. A jurisdição

Por outro lado, também as formas de controle do exercício do poder têm se modificado ao longo do tempo.

O desenvolvimento dos mecanismos de limitação e controle do exercício do poder pode ser demonstrado pela análise da evolução do controle de constitucionalidade, abordada em tópico próprio (capítulo 4). Em brevíssima síntese, em um primeiro momento, o controle de constitucionalidade incidiu sobre os aspectos materiais da lei, ou seja, o conteúdo ou matéria por ela tratados (inconstitucionalidade material). Posteriormente, passou-se a fazer o controle também do procedimento legislativo de aprovação das leis (inconstitucionalidade formal) e, ainda, a escrutinar se a matéria objeto da normatização encontrava-se no rol das competências do órgão que buscava a edição da lei (inconstitucionalidade orgânica ou por incompetência).

Por fim, nos dias de hoje, percebe-se com maior clareza a necessidade de conferir um padrão de qualidade à legislação, com grau científico, cenário em que o controle da validade das leis — e, portanto, do exercício do poder de legislar — deve passar a abranger também esse aspecto.

A boa redação legislativa permite a adequada compreensão das leis e, assim, a sua apreensão pelos seus destinatários. Como visto ao longo desse estudo, a lei mal redigida dá espaço a interpretações de toda a espécie, permitindo o abuso do poder e o arbítrio.

A observância dos critérios formais de elaboração legislativa, longe de configurar mera filigrana, revela-se como uma importante medida, que permite a proteção da liberdade individual e impõe limites ao exercício do poder, sabendo-se que o seu exercício, em um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), deve ser realizado sempre em sintonia com a lei (princípio da legalidade, CF, art. 5º, II). Nesse sentido, o texto legal impõe, igualmente, limites ao intérprete. Tratando-se de lei bem redigida, segundo as regras de Legística, esses limites serão claramente percebidos e os destinatários da lei poderão saber

constitucional, de outro lado, tem sido ampliada, nos seus dois campos, o do controle de constitucionalidade e o da jurisdição da liberdade. O Poder Judiciário do século XXI haverá de ser, portanto, árbitro da política, assim cada vez mais poder político.” VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. **Revista do TST**, v. 65, n. 1, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1334340/01.+O+poder+judiciário+como+poder+pol%C3%ADtico+no+Brasil+do+século+XXI>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

previamente e com clareza quais são as condutas permitidas e quais são aquelas vedadas.

A inobservância dos parâmetros de boa conformação legislativa, por sua vez, pode dar ensejo à configuração de espécie de vício de inconstitucionalidade, pouco estudada entre nós, decorrente de graves deficiências intrínsecas da lei. Tais deficiências advêm, dentre outros fatores, da falta de clareza redacional ou de coerência interna ou externa (em relação ao ordenamento jurídico) da norma e se manifestam através de características como a obscuridade, a vagueza, a ilogicidade e o teor lacônico, contraditório ou incompreensível da lei.

As leis obscuras, herméticas, vagas ou contraditórias impedem que seus destinatários saibam quais são as condutas exigidas, vulnerando, desse modo, a segurança jurídica (princípio extraído do conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito, CF, art. 1º, como visto). Não se coadunam, outrossim, com o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), pois o exercício dessa garantia constitucional pressupõe o conhecimento da lei pelos seus destinatários, para que saibam aquilatar com clareza como agir e como se defender em eventual processo judicial ou administrativo (devido processo legal processual). Violam, finalmente, o critério da razoabilidade, extraída do conteúdo material da cláusula do devido processo legal, que pode, igualmente, ser utilizada como parâmetro para a aferição de validade de leis elaboradas sem a observância das normas de boa formação legislativa.

Vícios dessa espécie podem atingir tal gravidade a ponto de tornar a lei imprópria às finalidades para a qual é destinada, mostrando-se incapaz de ser devidamente compreendida pelos seus destinatários, os cidadãos, e ensejando, assim, o perigo de arbítrio em sua aplicação.

De fato, na medida em que a lei não é clara e os seus termos não podem ser compreendidos pelo cidadão — adotando-se para aferir a possibilidade de compreensão o critério do homem médio —, há de se reconhecer que os próprios agentes públicos incumbidos de aplicá-la não terão parâmetros razoavelmente precisos para fazê-lo. Desse modo, a lei acaba atribuindo uma margem muito grande de discricionariedade ao seu aplicador, podendo dar azo ao arbítrio.

Ainda que se admita a criatividade na interpretação das leis (aceitando-se que a

norma é também produto da atividade do intérprete, que a extrai do texto legal, *criando* a norma específica para o caso concreto), deve-se reconhecer que interpretar é criar *a partir de algo*. Se o texto da lei não dá um supedâneo mínimo para ser interpretado, não propicia, igualmente, os elementos necessários para a sua aplicação.

Em hipóteses como a aventada, *a lei intrinsecamente defeituosa não deve prevalecer*. A imprecisão deve ser corrigida, seja pelo legislador, por meio de lei revogadora, seja por meio de sua invalidação pelo órgão incumbido da realização do controle de constitucionalidade.

Nesses casos, a aferição da constitucionalidade é realizada utilizando-se como parâmetro os princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica, como procuramos demonstrar ao longo deste trabalho.

A declaração de inconstitucionalidade de leis eivadas de grave deficiência interna contribui para a *preservação dos direitos individuais e coletivos*, na medida em que extrai do ordenamento leis vagas, lacônicas, herméticas, contraditórias, ou eivadas de outras imperfeições, evitando, desse modo, interpretações arbitrárias no momento de sua aplicação.

Com tal proposta, não se pretende desqualificar a atividade legislativa, nem tampouco o Poder Legislativo, mas sim valorizá-los. Realmente, se fosse possível admitir que o aplicador da lei — seja ele o administrador público, o policial, o juiz ou qualquer outro — pode, a partir de leis de difícilíssima compreensão, interpretá-las e aplicá-las, a despeito de suas graves deficiências, estar-se-ia, por via oblíqua, a permitir que o próprio *aplicador* da lei se transformasse no *criador* da norma. De fato, se o texto inicial era incompreensível, seria ele, aplicador, quem estaria criando a norma, sob o pretexto de interpretá-la.

O reconhecimento dos vícios acima mencionados, seja durante o processo legislativo, seja após a aprovação da lei, *preserva*, portanto, *a integridade e a competência do Poder Legislativo*, devolvendo-lhe a matéria mal gestada para que possa ser adequadamente reformulada, se assim entender pertinente. *Preserva*, igualmente, *a Constituição*, na medida em que respeita o princípio da separação dos Poderes (tal como

nela disposto) e o Estado Democrático de Direito, pois prestigia os princípios do devido processo legal e da segurança jurídica. Preserva, por fim, os direitos fundamentais, pois impede que o cidadão seja obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em decorrência de uma ordem, decisão ou ato administrativo — ou mesmo um contrato — sem fundamento em norma primária que preveja claramente qual conduta é dele esperada. Portanto, *impede o arbítrio*.

Dessa forma, no atual estágio de evolução da Ciência da Legislação, no qual os critérios de conformação legislativa indicados pela Legística são bastante conhecidos, difundidos e já observados nos Países de elevado nível de desenvolvimento, não se admite escusa alguma pela sua inobservância pelos órgãos encarregados da produção legislativa, podendo-se extrair claramente um *dever constitucional de boa conformação legislativa*, entre nós expressamente evidenciado pelo parágrafo único do artigo 59 da Carta Federal e normatizado pela LC 95/98, bem como por normas similares editadas pelos Estados-Membros.

Sendo a boa redação das leis um pressuposto para a sua observância, uma garantia do cidadão, imposta pelo Estado de Direito (princípio da segurança jurídica – CF, art. 1º) e pelos princípios da legalidade (CF, art. 5º, II), do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da separação dos Poderes (CF, art. 2º), o controle sob tal aspecto exsurge de igual maneira e de forma bastante clara como um *dever*, a ser exercido pelo próprio Poder Legislativo, no curso do processo legislativo ou mediante a revogação das leis imperfeitas, e pelos órgãos incumbidos do controle de constitucionalidade, por meio da declaração de inconstitucionalidade desses atos normativos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]. **2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57.**

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]. **2 BvL 2/75.**

ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: amtliche Sammlung [Decisões do Tribunal Constitucional Federal: coletânea oficial]. **BVerfGE 9, 137 (147, 149).**

ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: amtliche Sammlung [Decisões do Tribunal Constitucional Federal: coletânea oficial]. **Bverf GE 49, 90.**

ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: amtliche Sammlung [Decisões do Tribunal Constitucional Federal: coletânea oficial]. **Bverf GE 88, 203.**

ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: amtliche Sammlung [Decisões do Tribunal Constitucional Federal: coletânea oficial]. **Bverf GE 84, 239.**

ALEMANHA. **Sent. n. 7**, 1996.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória**: edição e conversão em lei. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL, Ana Maria Marcondes do. **Dicionário jurídico italiano-português**. Revisão jurídica: José Percival Albano Nogueira Jr. São Paulo: Federal, 2006.

AMSTERDAM, Anthony G. The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 109, n. 1, p. 67-116, nov. 1960.

APÓS LIBERAR supersalários, Câmara estuda bônus de produtividade a inativo. **O Estado de São Paulo**, Caderno A, p. 19, 3 maio 2013.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2009.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. **Controle legislativo de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed., Campinas: Russel, 2004.

BARROS, Sérgio Resende de. **Leis autorizativas**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/leis-autorizativas.cont>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar**: teoria e comentários. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BENETON, Marco Antonio Hatem. **O processo legislativo financeiro**. 2007. 256 f., Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. **O controle jurisdicional do processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**: mais da metade dos emigrantes brasileiros são mulheres. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2017&busca=1&t=censo-2010-mais-metade-emigrantes-brasileiros-sao-mulheres>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoiais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 276**. Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 13 nov. 1997, DJ 19 dez. 1997, p. 40, e. 1896-01, p. 20, Informativo STF n. 97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 766**. Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 11 nov. 1998, DJ 11 dez. 1998, p. 1, e. 1935-01, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 774**. Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 10 dez. 1998, DJ 26 fev. 1999, p. 1, e. 1940-01, p. 33.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2666**. Rel. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 03 out. 2002, DJ 06 dez. 2002, p. 51, e. 2094-01, p. 177.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3176**. Rel. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 30 jun. 2011, DJe 150, d. 04 ago. 2011, p. 05 ago. 2011, e. 2560-01, p. 26.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 592327**. Rel. Cármen Lúcia, 1ª T., j. 24 ago. 2010, DJe 179, d. 23 set. 2010, p. 24 set. 2010, e. 2416-06, p. 1250.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n. 327**. Rel. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 01 jul. 1991, DJ 05 jun. 1992, p. 8427, e. 1664-01, p. 106, RTJ 137-03, p. 1053.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 474.708**. Rel. Gilmar Mendes (decisão monocrática), j. 17 mar. 2008, DJe 18 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601**. Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 09 set. 2010, DJe-244, d. 14 dez. 2010, p. 15 dez. 2010, e. 2451-01, p. 1, RTJ 217, p. 230.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 483**. Rel. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 22 ago. 2001, DJ 05 out. 2001, p. 57, e. 2046-01, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959/SP**. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 15 ago. /2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20257**. Rel. Décio Miranda. Rel. p\ Acórdão: Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 08 out. 1981, p. 1304, e. 1201-02, p. 312, RTJ 99-03, p. 1031.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22503**. Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 08 maio 1996, DJ 06 jun. 1997, p. 24872, e. 1872-03, p. 385, RTJ 169-01, p. 181.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24268**. Rel. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05 fev. 2004, DJ 17 set. 2004, p. 53, e. 2164-01, p. 154, RDDP 23, 2005, p. 133-151, RTJ 191-03, p. 922.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24356**. Rel. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 13 fev. 2003, DJ 12 set. 2003, p. 29, e. 2123-02, p. 319.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 32.326**. Decisão liminar, DJE 173, d. 03 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>>. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1158**. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19 dez. 1994, DJ 26 maio 1995, p. 15.154, e. 1788-01, p. 51. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2367**. Rel. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 05 abr. 2001, DJ 05 mar. 2004, p. 13, e. 2142-02, p. 339.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2667**. Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, j. 19 jun. 2002, DJ 12 mar. 2004, p. 36, e. 2143-02, p. 275.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605**. Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, j. 23 out. 1991, DJ 05 mar. 1993, p. 2897, e. 1694-02, p. 252.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 30495**. Rel. Luiz Fux, j. 10 maio 2011, DJe 88, d. 11 maio 2011, p. 12 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 31444**. Rel. Rosa Weber, j. 25 jun. 2012, DJe 126, d. 27 jun. 2012, p. 28 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 377457**. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17 set. 2008. Repercussão Geral: mérito. DJe 241, d. 18 dez. 2008, p. 19 dez. 2008, e. 2346-08, p. 1.774.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 84.994/SP**. RTJ 87-204.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 31412 AgR**, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 14-11-2013 PUBLIC 18-11-2013, grifo nosso Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31412&classe=MS-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 04/12/2013.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e eleitoral**. São Paulo, Manole, 2004.

CALIMAN, Auro Augusto; JEHA, Pedro Rubenz. Ordenamento jurídico brasileiro: a consolidação das leis como método reorganizador e simplificador da legislação. **Revista da Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 3, 2004.

CANADÁ. Suprema Corte. **Nova Scotia Pharmaceutical Society**. Disponível em: <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/901/1/document.do>>. Acesso em: 15 ago. 2013

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZA, Roque Antonio. **O regulamento no Direito Tributário brasileiro**. São Paulo: RT, 1981.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica legislativa**. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 556.053**. Rel. Alfeu Machado, j. 14 dez. 2011, WEB 14 dez. 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 561.134**. Rel. Alfeu Machado, j. 25 jan. 2012, Web 25 jan. 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 561.138**. Rel. Alfeu Machado, j. 25 jan. 2012, Web 25 jan. 2012.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato de constitucionalidade**: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. O federalismo e o modelo brasileiro de distribuição territorial do poder. **Revista de Direito Educacional**. São Paulo: RT, v. 4, p. 87-108, jul. 2011.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **Sentença n. 46/1990**. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/1471>>. Acesso em: 31 jul. 2013.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Geórgia. **Constituição**. Disponível em: <<http://sos.georgia.gov/elections/GACConstitution.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lambert v. California**. 355 U.S. 225, 1957. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/225/case.html>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lanzetta v. New Jersey**. 306 U.S. 451, 1939. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/451/case.html>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Memoirs v. Massachusetts**. 383 U.S. 413, 1966. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/413>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Miller v. California**. 413 U.S. 15, 1973. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/case.html>>. Acesso em 05/06/2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Papachristou v. City of Jacksonville**. 405 U. S. 152, 1972. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/156/case.html>>. Acesso em: 09 jun. 2013

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Rose v. Locke**. 423 U.S. 48, 1975. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/423/48>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Roth v. United States**. 354 U.S. 476, 1957. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Reese**. 92 U.S. 214, 1875. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/214/case.html>>. Acesso em: 22 maio 2013.

EUGÊNIO, Paulo Eduardo Campanella. Breves considerações a respeito da lei complementar 95/98. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v. 27, p. 199-225, abr. 1999.

EUROPA. Comissão Europeia. **Aplicação do direito da União**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/eu_law/introduction/welcome_pt.htm>. Acesso em: 19 mar. 2013.

EUROPA. Comissão Europeia. **Better Regulation**: simply explained. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/brochure/brochure_en.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2013.

EUROPA. Comissão Europeia. **Legislação**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/legislation/index_pt.htm>. Acesso em: 19 mar. 2013.

EUROPA. Comissão Europeia. **Mandelkern Group on Better Regulation Final Report**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2013.

EUROPA. Conselho Europeu. **O Conselho Europeu**: uma instituição oficial da EU. Disponível em: <<http://www.european-council.europa.eu/the-institution?lang=pt>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

EUROPA. Parlamento Europeu; Conselho Europeu; Comissão Europeia. **Guia Prático comum**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/techleg/pdf/pt.pdf>>. Acesso em 19 de março de 2013.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dúnia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. **Droit constitutionnel**. 13. ed., Paris: Dalloz, 2010.

FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. **Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel**, 15. ed., Paris: Dalloz, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2003-475-DC**: Lei referente à reforma da eleição de Senadores, 24 jul. 2003. Journal Officiel, 31 jul. 2003, p. 13.038. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-475-dc/decision-n-2003-475-dc-du-24-juillet-2003.863.html>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2004-500-DC**, 29 jul. 2004. Journal Officiel, 30 jul. 2004, p. 13.562. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-500-dc/decision-n-2004-500-dc-du-29-juillet-2004.894.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2005-530-DC**: Lei de finanças para 2006, 29 dez. 2005. Journal Officiel, 31 dez. 2005, p. 20.705. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-530-dc/decision-n-2005-530-dc-du-29-decembre-2005.975.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 2008-567-DC**: Lei de Finanças para a Iniciativa Privada, 24 jul. 2008. Journal Officiel, 29 jul. 2008, p. 12.151. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-567-dc/decision-n-2008-567-dc-du-24-juillet-2008.17226.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 98-401-DC**: Lei de orientação e indicação relativa à redução do tempo de trabalho, 10 jun. 1998. Journal Officiel, 14 jun. 1998, p. 9.033, Recueil, p. 258. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1998/98-401-dc/decision-n-98-401-dc-du-10-juin-1998.11764.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 99-421-DC**: Lei autorizando o Governo a proceder, por ordenações (decretos), a adoção da seção legislativa de certos códigos, 16 dez. 1999. Journal Officiel, 22 dez. 1999, p. 19.041, Recueil, p. 136. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/99-421-dc/decision-n-99-421-dc-du-16-decembre-1999.11851.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Decisão n. 99-424-DC**, 22 dez. 1999. Journal Officiel, 29 dez. 1999, p. 19.041, Recueil, p. 136. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/99-424-dc/decision-n-99-424-dc-du-29-decembre-1999.11857.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. **Teoria da legislação**: aspectos materiais. João Pessoa: A União, 1982.

FREIRE, Natália de Miranda. **Técnica e processo legislativo**: comentários à Lei Complementar n. 95/98, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 107/01. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GALVÃO, Rodrigo. (Org.). **Elementos de técnica legislativa**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1995.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed., Madri: Civitas, 1985; 3ª reimpressão, 1991.

GARGANO, Antonio. **La Scienza della legislazione di Gaetano Filangieri**. Disponível em: <<http://www.iisf.it/scuola/filangieri/filangieri.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2013. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOUAISS, Antonio. **Grande dicionário da língua portuguesa**. Versão eletrônica. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>, para assinantes. Acesso em: 20 dez. 2013.

JEFFRIES, John Calvin. Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes. **Virginia Law Review**, v. 71, n. 189, p. 189-245, 1985. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/jeffries/71va_1_rev189_1985.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed., Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAURENTIIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição**: conceitos, técnicas, efeitos. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 7, p. 379-394, jan./mar. 1947. Disponível em: <http://www.ivnl.com.br/download/leis_complementares_da_constituicao_rda_v.7.pdf>. Acesso em 03 dez. 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

MADER, Luzius. Painel 2: Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte, 10-13 set. 2007. In: **Legística**: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2009.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787-1788. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MALBERG, Raymond Carré de. **La legge espressione della volontà generale**. Milão: Giuffrè, 2008.

MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. **Técnica legislativa y seguridad jurídica**: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes? Cizur Menor, Espanha: Thomson Reuters, 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos “contrabandos legislativos”: salvaguarda do Estado Democrático de Direito. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Podium, 2013.

MATHIEU, Bertrand. **La loi**. Paris: Dalloz, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 18. ed., 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 2, jan. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da legislação e controle de constitucionalidade**: algumas notas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MILANO, Laure. Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi. **Revue du Droit Public**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 3, p. 637-671, maio/jun. 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0055773-78.2011.8.13.0625**. Rel. Maurílio Gabriel, j. 12 abr. 2012, Web 17 abr. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: t. 4: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 2008.

MORAES, Alexandre de. A evolução da atuação do Presidente da República no processo legislativo brasileiro nesses 20 anos de Constituição. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo, Atlas, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. **O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As leis reforçadas**. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: t. 1: garantia da Constituição e controle de constitucionalidade. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**. Lisboa: Verbo, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada da obra “Métodos de trabalho do Direito Constitucional”. São Paulo: RT, 2011.

MUNÓZ, Jaime Rodríguez-Arana. Principio de seguridad jurídica y técnica normativa. **Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional**, n. 4, 2007.

NEGRI, André del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 6. ed., São Paulo: RT, 2008

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 10. ed., São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O “contrabando” operado no sistema legislativo, as garantias constitucionais, os limites para o legislador e o direito do consumidor**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI144417,101048-O+contrabando+operado+no+sistema+legislativo+as+garantias>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

OBAMA ASSINA lei que impede fechamento de prisão de Guantánamo. **O Estado de São Paulo**, Caderno A, p. 14, 5 jan. 2013.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004.

PASQUINO, Pasquale. **Sieyès et l’invention de la constitution en France**. Paris: Odile Jacob, 1998.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as Constituições e leis constitucionais do Brasil**. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto, 1945.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**. 2. ed., São Paulo: RT, 1970.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 460/99**, 13 jul. 1999. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990460.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. **Revista Mestrado em Direito: Direitos Humanos Fundamentais**, v. 10, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://intranet.unifieo.br/legado/edifio/index.php/rmd/article/view/423/471>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. **A proteção dos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei n. 12.462, de 2011**, Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242410>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

RIBEIRO, Marc. **Limiting Arbitrary Power**. Vancouver, Canadá: UBC Press, 2004.

RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **O processo de consolidação e organização legislativa**. 2009. 354 f., Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. 8. ed., Paris: Montchrestien, 2008

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. 15. ed., São Paulo: Cultrix, 2005.

RRAPI, Patricia. **La mauvaise qualité de la Loi**: vagueness doctrine at the french Constitutional Council. Disponível em: <http://works.bepress.com/patricia_rrapi>. Acesso em: 06 maio 2013.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. **Lineamenti di giustizia costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 2009.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 7.200.746-2**. Rel. Franco de Godoi, 23ª Câ. Direito Privado, v.u., j. 16 abr. 2008, DJ 9 jun. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 7.073.259-3**. 23ª Câ. Direito Privado, v.u., j. 20 ago. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 7.142.052-3**. Rel. Oseas Davi Viana, 23ª Câ. Direito Privado, v.u., j. 20 jun. 2007, DJ 24 set. 2007.

SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Organização e introdução Leonardo Martins. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA FILHO, Derly Barreto. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Hilda de. **Processo legislativo**: linhas jurídicas essenciais. Porto Alegre: Sulina, 1998.

SPROESSER, Andyara Klopstock. **Direito Parlamentar - Processo Legislativo**. São Paulo, Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2000.

STUBBS, William. **Germany in the Early Middle Ages**. New York: AMS Press, 1908.

TELLES, Ignacio da Silva. **A experiência da democracia liberal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2. ed., Minelola: The Foundation Press, 1998.

VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2005, p. 125.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; Universidade de Brasília, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. **Revista do TST**, v. 65, n. 1, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1334340/01.+O+poder+judiciário+como+poder+pol%C3%ADtico+no+Brasil+do+século+XXI>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

VIANA, Felipe Benedito. **O controle de constitucionalidade finalístico**. 2010. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

WALDRON, Jeremy. Legislation and the Rule of Law. **Legisprudence**. United Kingdom: Hart, v. 1, n. 1, 2007, p. 91-124(34), 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 2012.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLEN, Carleton Kemp. **Law in the Making**. Nova Iorque: The Legal Classics Library, 1992.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANDRADE, Auro Soares Moura. Elaboração legislativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, a. III, número 12, out./nov./dez. de 1966, p. 27-44.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. Peculiaridades justificantes de uma hermenêutica constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 21, p. 40-53, out./dez. 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. Desenvolvimento e atualização das normas Constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145-164.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BENTHAM, Jeremy. Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice. Londres: Hunt & Clarke, 1827. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?ei=Muy7SpGADZautgfPntXDDQ&ct=result&q=Rationale+of+judicial+evidence:+especialy+applied+to+English+practice,+Volume+1&spell=1&oi=spell>>. Acesso em: 05 jan. 2010.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha. Quem faz as leis. **Revista Justitia**. São Paulo, a. 42, v. 110, jul./set. de 1980, p. 146-153.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Democracia e direito**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

COSTA, Jorge José da. **Técnica legislativa**: procedimentos e normas. Rio de Janeiro: Destaque, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2007.

DUARTE, David; PINHEIRO, Alexandre Sousa; ROMÃO, Miguel Lopes; DUARTE, Tiago. **Legística**: perspectivas sobre a concepção e redacção de actos normativos. Coimbra: Almedina; Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENDICOTT, Timothy A. O. **Vagueness in law**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.882, de 3 de dezembro de 1989). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

FERREIRA, Pinto. Técnica legislativa como arte de redigir leis. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 23, n. 89, jan./mar. de 1986, p. 169-198.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed., São Paulo: RCS, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LANGROD, Georges. **O processo legislativo na Europa ocidental**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (sob a direção de). **La réforme du travail législatif**. Paris: Dalloz, 2006.

MCLEOD, Ian. **Principles of legislative and regulatory drafting**. Oregon: Oxford and Portland, 2009.

MELLO FILHO, José Celso de. Aspectos da elaboração legislativa. **Revista Justitia**. São Paulo, a. 42, v. 108, jan./mar. de 1980, p. 58-62.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 20, jul. 1997; **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**: v. 5. São Paulo: RT, 2011.

MEYER-PFLUG, Samanta. Desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145-164.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Antão de. A má redação de nossas leis: juristas e jurisprudência. In: **RT**, n. 762, abr. 1999.

NASCIMENTO FILHO, Firly. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade**: atuação da Mesa da Assembléia Legislativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. **Estado e processo civilizatório**. São Paulo: MP Editora, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. O direito de ação como direito político. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ROSA, Edgard Lincoln de Proença. Aspectos da técnica jurídico-legislativa aplicáveis à interpretação do regime jurídico das leis complementares à Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 18, número 70, abr. a jun. de 1981, p. 97-114.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: ROTHENBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 198-236.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85-108.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: v. 2: as questões clássicas. São Paulo: Atlas, 1994.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que lê Tiers État?** 3. ed., Organização Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, 2003.

SOARES, Rosinethe Monteiro. **A prática da elaboração legislativa**. Revista de Informação Legislativa, ano 29, n. 114, abr./jun. 1992, p. 41-58.

TAVARES, André Ramos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

VILHENA, Oscar. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.