

CONVALIDAÇÃO DA LEI EDITADA COM VÍCIO DE INICIATIVA EM TORNO DA SÚMULA N. 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Paulo Gustavo Gonet Branco^(*)

A Súmula n. 5/STF. Atualidade da matéria. Posição doutrinária. A jurisprudência do STF. Conclusão.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal firmou, no Verbete n. 5 da sua Súmula, que «a sanção do projeto [de lei] supre a falta de iniciativa do Poder Executivo». A máxima vem alimentando polêmica desde quando editada. O Supremo Tribunal Federal chegou a conter o escopo da Súmula, a partir da Constituição de 1967/69 — sem, entretanto, superá-la totalmente. A Lei Maior em vigor não alterou os termos da controvérsia, como posta no regime constitucional passado, daí o tema ainda guardar atualidade, que se revela tanto maior, uma vez que engloba noções nucleares de Direito Constitucional.

Até a Carta de 1967/69, a extensão material da Súmula n. 5/STF coincidia com a sua literalidade. A sanção presidencial convalidaria a falta de iniciativa do Executivo, mesmo nos casos em que esta era atribuída apenas ao Chefe desse Poder. Prevalencia o argumento de que o propósito da reserva de iniciativa estava em tornar a regulação de certas matérias dependente do juízo de conveniência e oportunidade do Chefe do Executivo — e este poderia manifestar a sua vontade quer quando da iniciativa, quer quando do momento da sanção.

No regime da Constituição de 1967/69, foram julgadas as RRpp n. 890 (RTJ 69/625) e 1051 (RTJ 103/36) sob a relatoria, respectivamente, dos Ministros Oswaldo Trigueiro e Moreira Alves. Nesses precedentes, estabeleceu-se uma exceção material ao Verbete n. 5 da Súmula. Foi excluída da abrangência do verbete a hipótese da invasão da competência reservada ao Chefe do Executivo (ainda que seguida da sua sanção), em ocorrendo acréscimo dos gastos públicos. Ficou assentada, nos precedentes, a impossibilidade do convalidamento, em face do veto explícito do art. 57, parágrafo único, *a*, da Lei Maior então em vigor — dispositivo sem símile na Carta de 1946. A Súmula passou a valer, portanto, apenas naquelas hipóteses em que o desrespeito à iniciativa reservada não

(*) Procurador Regional da República. Mestre em Direito pela Universidade de Essex (Reino Unido).

acarretasse aumento de despesas. Essa restrição foi chancelada, de novo, no mais recente caso julgado pelo STF envolvendo a Súmula n. 5 (RE 119.103, DJ 23/3/90).

A restrição estabelecida, se despojou da Súmula a parte mais expressiva do seu âmbito de aplicação, não pacificou a doutrina. A admissão de que a sanção possa convalidar o vício de iniciativa continua a ensejar reflexões sobre a natureza do ato legislativo inconstitucional e os seus efeitos. Persiste, pois, o interesse na matéria.

A tese expressa na Súmula n. 5/STF jamais se viu livre da mais severa crítica doutrinária. Ainda depois de haver perdido vasta medida da sua eficácia, alteiam-se vozes hostis ao entendimento ali cristalizado. Ronaldo Poletti, por exemplo, admoesta para a circunstância de ser «preciso ter consciência de que os dispositivos constitucionais têm como destinatários não apenas os membros do Congresso, mas também o Presidente da República, que não está autorizado a demitir-se de sua prerrogativa da iniciativa das leis quando a Carta Magna assim disciplina. O veto por inconstitucionalidade não representa uma mera faculdade, mas um dever indisponível do Chefe da Nação. Sua sanção, aderindo a um projeto de lei aprovado pelo Congresso, que deveria ter sido de sua iniciativa, por mandamento constitucional, não supre a iniciativa nem sana o vício de inconstitucionalidade.» (*Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio, Forense, 1985, p. 169). Inocêncio Mártires Coelho, por igual, indispõe-se com a tese e leciona que «não há falar em suprimento da falta ou em convalidação do ato, porque nesta matéria ou o ato se integrou em conformidade com a Constituição e é válido, ou desrespeitou a norma por ela estabelecida e, por isso, está privado de validade (...)» («Aspectos do Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis», *Revista Forense* vol. 277, p. 83). Na recente edição da sua monografia sobre o processo legislativo, também Manoel G. Ferreira Filho dedica sete páginas de combate ao mérito do verbete sumulado (*Do Processo Legislativo*. São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 210 e seg.). No seio mesmo do Supremo Tribunal, contam-se magistrados que dão por completamente vencida a Súmula n. 5. Em voto vogal, a ela se referiu o Ministro Thompson Flores, dizendo que «perdeu toda valia, a partir do AI n. 1/64 e das disposições constitucionais que se lhe seguiram, Cartas de 1967 e 1969» (Rp. 890, RTJ 69/636). O Ministro Armando Rolemberg, convocado para julgamento daquele caso, manifestou-se:

«Ao estabelecer que determinados projetos são de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, ou ao vedar a admissão de emendas a tais projetos que aumentem a despesa, a Constituição estatui regras proibitivas ao Poder Legislativo, no primeiro caso de forma implícita, e no último expressamente, pois, ao reservar ao Poder Executivo a iniciativa de certas leis, vedou essa providência ao Poder Legislativo» (RTJ 69/635).

Perduram, dessarte, as invectivas contra o entendimento que estima possível sanar o defeito de iniciativa.

A tese de que o projeto de lei iniciado de modo contrário ao disposto na Carta da República pode convalescer ancora-se no argumento pragmático da economia do processo legislativo. Os seus partidários, supondo que a iniciativa exclusiva liga-se ao propósito de assegurar alguma participação do Executivo no procedimento formativo da lei,

entendem que tal pode ocorrer no instante previsto para a sanção. O eventual vício, desse modo, assumiria a diminuta magnitude de mera irregularidade, perfeitamente convalidável. A norma constitucional estabelecendo a reserva, ainda, é vista, por alguns, como instituidora de prerrogativa, cuja dispensa se acredita legítima por parte do seu destinatário.

Parece-nos que a consciência constitucional dos nossos dias não ampara semelhante tese. Ganhou pleno foro de cidade a compreensão de que não existem na Lei Maior dispositivos que não substancializem comandos indeclináveis. José da Silva, v.g., assume o magistério de Saverio de Simone e proclama que, quanto à Constituição, «não se pode falar de diferente força cogente das disposições; pois que todas são, de modo unívoco, constitucionalmente cogentes para seus destinatários» (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, RT, 1982, p. 36).

Nesse mesmo sentido, cite-se, por todos, J. J. Gomes Canotilho, que entende ultrapassada e imprópria a distinção entre normas constitucionais organizatórias (tal a que estabelece regras de competência) e normas materiais (que programam e limitam a ação do Estado em relação aos indivíduos), se o que se pretende é se subtrair a força normativa às primeiras. Leciona o professor português:

«A classificação (...) não responde ao problema da 'natureza material' dos próprios preceitos organizatórios. Como salientou Hesse, o dualismo normas organizatórias-normas materiais corresponde à velha concepção segundo a qual a parte organizativa é tão-somente organização do poder estadual oposta à esfera livre e individual constituída pelos direitos fundamentais. Daqui derivaria uma infra-ordenação da parte organizatória em relação ao poder estadual. Subjacente a esta teoria está ainda o pressuposto sociológico da separação Estado-sociedade. Nesse aspecto, nem sequer se coaduna com a própria teoria clássica do constitucionalismo que considerava partes essenciais da constituição quer o catálogo dos direitos fundamentais quer a separação de poderes, isto é, a organização do poder político informada pela separação de poderes» (*Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993, pp. 174/175).

Acertada essa realidade, cumpre reconhecer que o desrespeito de qualquer dispositivo da Lei Fundamental importa inconstitucionalidade. O destinatário da regra do Texto Magno não pode desdenhar da prerrogativa que ali lhe é assinada. Em Direito Público, aos circunstanciais ocupantes de cargos máximos da estrutura estatal não é facultado se despir dos poderes concebidos pelo ordenamento máximo para a eficiente realização do bem comum. Não é viável, assim, que o Chefe do Executivo concorde, *a posteriori*, com a usurpação do poder de iniciativa exclusiva que o constituinte lhe atribuiu de modo claro e inafastável. Não será a sanção do governante que haverá de comunicar saúde a projeto de lei maculado no seu *inter*. Colhe, neste passo, a incisiva lição de Francisco Campos:

«O poder de iniciativa é, neste caso, prerrogativa atribuída com exclusividade ao Poder Executivo. Nenhum outro poder o poderá exercer, nem é lícito ao titular da prerrogativa dar a sua aquiescência a atos resultantes da usurpação por outro poder da sua competência ou da sua prerrogativa de caráter exclusivo.

Se a dá, a sua aquiescência não poderá ter nenhum efeito. É considerada como insubsistente ou ineficaz. De outra maneira a competência de caráter constitucional implicaria no seu titular um poder de livre disposição, podendo transferi-la ou delegá-la e, mais ainda, validar pela sua aquiescência *a posteriori* um ato que estaria eivado no nascedouro do mais grave dos vícios jurídicos (ainda no direito administrativo) que é precisamente, o excesso ou a usurpação de poder» (Parecer na RDA, vol. 73, p. 387).

Na mesma linha, posiciona-se Manoel G. Ferreira Filho:

«Em realidade, o direito que o Executivo exerce ao propor leis, é propriamente uma função exercida em favor do Estado, representante do interesse geral. Em vista disso, é bem claro que não pode ele concordar com a usurpação daquilo que rigorosamente não é seu. E, sobretudo, como assinalou José Frederico Marques, a concordância do Executivo em que uma função a ele delegada seja exercida pelo Legislativo, importa em delegação proibida pela lógica da Constituição, a menos que esta expressamente permita» (*Do Processo Legislativo*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 213).

Não é válido, muito menos, emprestar ao vício em questão o eufemismo de simples irregularidade. Com irretocável bom senso, afinal, já lembrou Cáo Tácito que «não se inicia senão o que ainda não começou. Iniciativa *a posteriori* é uma *contradictio* intolerável com a própria natureza do instituto» (Parecer na RDA, vol. 68, p. 348). Assegura o autor, recordando a feição procedimental da elaboração das leis e o íntimo entrelaçamento das suas fases, que estas devem ser observadas com rigor, pena de contágio das subseqüentes. Ensina que «cada fase liga-se à anterior, da qual provém, e possibilita a subseqüente. A existência da anterior é pressuposto necessário à concorrência da fase seguinte, não sendo possível suprimir qualquer delas, alterar a sua colocação no tempo ou regredir em sua verificação» (loc. cit., ob. cit.). Em socorro, ainda, desse parecer, vem à baila o argumento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

«Enfim, no plano estritamente jurídico, a tese da convalidação contradiz um dos postulados que D' Alesio, e com ele a doutrina italiana, afirma a respeito do ato complexo. De fato, relata Diez que, segundo o ensinamento desses mestres, 'não é válido um ato complexo se não são válidos todos os elementos que devem concorrer à formação'. Destarte, não sendo válida a iniciativa, seria inválida a lei, apesar da sanção posterior» (ob. cit., p. 215).

Recusar as conseqüências da inconstitucionalidade à lei que desprezou mandamento categórico sobre a sua iniciativa, sob o color de se cuidar de singela irregularidade procedimental, pressupõe a convicção — destoante da mais autorizada doutrina — de que vícios formais merecem tratamento privilegiado no âmbito do controle das normas. Tanto ao se desviar das normas postas na Carta brasileira sobre o modo de formação das leis, quanto ao dispor em sentido colidente com a vontade material expressa nos cânones do Texto Magno, incidirá o legislador ordinário em idêntica censura de ilegitimidade constitucional.

Isto, aliás, sempre foi pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal. Confirma-se, a propósito, nos registros anteriores à Constituição de 1988, a simples título ilustrativo, a declaração de inconstitucionalidade, proferida na Rp 1.135 (RTJ 106/466), por invasão da competência do Presidente da República para dar início a lei complementar, versando casos de aposentadoria não contemplados no art. 101 da Carta de 1967/69. Sob o regime constitucional em vigor é copiosa a jurisprudência do STF entendendo que os Estados, presos ao modelo federal de separação de poderes, também devem respeito às regras de iniciativa do Chefe do Executivo concebidas pelo constituinte pátrio. Assim: ADIn 175-2/PR (DJ 8/10/93); ADIn-Med. Lim. 1.196-1/RO (DJ 24/3/95); Aor 303-2/SC (DJ 25/8/95); Aor 264-8/SC (DJ 13/10/95) e ADIn-Med. Lim. 1.275-4/SP (DJ 20/10/95). Os casos coligidos referem-se, invariavelmente, à criação de vantagens para o funcionalismo público. É interessante notar que não se admite nem mesmo que a Constituição estadual disponha sobre matéria que, no plano federal, a Constituição de 1988 relega à lei infraconstitucional, com reserva de iniciativa do Chefe do Executivo (ADIn 97-7/RO — DJ 22/10/93; ADIn 175 — DJ 8/10/93; ADIn 1.160-0/AM — DJ 19/5/95).

Certo, ainda mais, que a inobservância de regra da Constituição acarreta inconstitucionalidade coetânea ao desrespeito consumado, não há por que deixar de se tomar como totalmente viciado o processo legislativo defeituoso no seu início, com prejuízo irremediável para a lei que dele surgir. Essa inteligência é consectário natural da doutrina, prestigiada entre nós, que postula a nulidade dos atos que colidem com a Carta Magna. Estimando nulo o ato inconstitucional, manifestam-se, v.g., Rui Barbosa, nos seus *Trabalhos Jurídicos*, Castro Nunes, na sua *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, e Alfredo Buzaid, na sua *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*. A nulidade *ipso jure* e *ex tunc* da lei inconstitucional chega a receber *status* de princípio com hierarquia constitucional entre nós. É o que adverte Gilmar Ferreira Mendes:

«Esse entendimento tem base constitucional. O princípio do Estado de Direito, fixado no art. 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1º, do art. 5º, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, ressaltam a supremacia da Constituição. Do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer um direito constitucionalmente garantido, em decorrência da omissão dos órgãos legislativos, o direito de reivindicar uma atividade legislativa mediante a propositura do mandado de injunção, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionalmente assegurados vinculam os órgãos estatais. («A Nulidade da Lei Inconstitucional e seus Efeitos», mimeo).

Para quantos pretendem estender ao juízo de constitucionalidade das leis as regras de convalidação dos atos jurídicos deficientes, a nulidade absoluta da lei maculada no seu nascedouro constitui embaraçoso obstáculo, por ser tranqüilo o entendimento de que o instituto da convalidação não opera para salvar o ato nulo (Cf., v.g., Trabucchi, *Istituzioni*

de *Diritto Civile*, Pádua, Cedam, 1978, p. 198, e Mazeaud, *Derecho Civil*, Buenos Aires, Europa-América, Parte I, vol. 1, p. 315).

Mesmo em sede de Direito Administrativo, relegar procedimento essencial e desprezar os mandamentos sobre competência gera nulidade absoluta, insanável (Cf. Francisco Campos, ob. cit., pp. 387 e seguintes, onde elabora erudito rol de doutrinadores afinados com a assertiva). Por esse ângulo, também, se robustece o argumento contrário à convalidação do vício de iniciativa no processo de feitura das leis.

Cabe notar, ainda, que a reserva da iniciativa de leis sobre certas matérias não é o resultado de um impulso caprichoso do constituinte. Tornar privativo de alguém o exercício de certa atividade importa proibir que outros a exerçam. Não constitui novidade que as proibições nem sempre se expressam por palavras de conteúdo imediatamente negativo. No célebre caso *Marbury versus Madison*, já ponderava o juiz Marshall que «termos afirmativos são muitas vezes, por sua eficácia, negativos de outras cousas que eles não exprimem, e neste caso se lhes deve dar um sentido negativo ou exclusivo, sob pena de não terem significação alguma (*Decisões Constitucionais de Marshall*. Rio, Imprensa Nacional, 1909, p. 23).

Impende concluir — até para escapar ao reconhecimento de superfluidades no texto constitucional — que, ao se inserir determinada disciplina no domínio da iniciativa reservada do Chefe do Executivo, veda-se a outrem o exercício da mesma prerrogativa. O constituinte, nesse passo, terá atentado para a realidade, percebida por Lucifredi, de que o poder de iniciativa merece cuidadoso trato, a fim de não comprometer a própria estabilidade do Estado. Repara o jurista italiano que tal poder tende a se tornar um instrumento de luta política, deturpando-se como meio de propaganda e proselitismo, o que se verifica quando, pelo seu uso, «o que importa é o resultado propagandístico que se tem em mira, e o êxito se obtém não tanto se a proposta se traduz em lei, quanto se a proposta suscita interesse e simpatia. Algumas vezes, o efeito de propaganda se realiza ainda melhor se a proposta não foi acolhida, já que esse dado de fato, oportunamente divulgado com a individualização dos responsáveis pela interrupção da proposta, pode-se ajustar positivamente ao fim político que se persegue» (*L'Iniziativa Legislativa Parlamentare*. Milão, Giuffrè, 1968, p. 15).

São graves as conseqüências que podem advir da permissão de convalidar o vício da iniciativa. A dimensão dos interesses envolvidos, na verdade, revela-se tão vasta que decerto conduziria à inconstitucionalidade da lei mesmo em países, como a Itália, que, diante de certas peculiaridades da sua organização jurídica, absolve pequenas irregularidades procedimentais das leis promulgadas. (Cf. Zagrebelsky. *La Giustizia Costituzionale*. Bolonha, Mulino, 1977, pp. 33-38).

No sistema constitucional brasileiro, a lei resultante de usurpação da iniciativa deve merecer a mesma pecha de ilegítima, quer tenha havido, ou não, a anuência final do Presidente da República, sendo irrelevante o eventual aumento de despesas. Isso o que impõe o princípio da supremacia da Constituição e a inteligência atual da força normativa dos seus cânones.