

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico trata do tema da “Convalidação do vício de iniciativa em face do Processo Legislativo”, e tem por desígnio demonstrar que a sanção do chefe do Executivo não convalida vício de iniciativa.

Insta salientar ser o presente trabalho monográfico de cunho teórico-dogmático, e busca-se com análise de doutrinas, normas jurídicas e jurisprudências solucionar as divergências existentes, elucidamos ainda que a solução da divergência adveio de perquirições feitas no Direito Constitucional e demais posições doutrinárias e jurisprudências referentes ao tema em comento.

Aduzimos que como marco teórico adotou-se as idéias sustentadas por Pedro Lenza (2009), em sua obra “Direito Constitucional Esquemático”.

Salientamos que a presente monografia está dividida em três capítulos. No primeiro capítulo intitulado “Dos Princípios Jurídicos” onde se elucida sobre, o princípio da legalidade, o princípio da tripartição dos poderes, o princípio da supremacia constitucional e o princípio da inafastabilidade do poder judiciário.

No segundo capítulo, intitulado “Da separação institucional entre os Poderes do Estado”, objetiva-se expor a importância da separação dos poderes como princípio constitucional e a política dos freios e contrapesos como forma de equilibrar a relação entre os três Poderes.

E cabe ao terceiro capítulo elucidar a respeito “Da convalidação de vício de iniciativa em face do Processo Legislativo”. Nesse momento, expõe acerca do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, da legalidade, da supremacia constitucional, da tripartição dos poderes. Sob o auspício permissivo do marco teórico, *ex vi*, dos princípios acima citados aduzimos, que o a Sanção do Chefe do Executivo não convalida vício de Iniciativa em processo legislativo.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O desígnio da presente monografia é tratar da impossibilidade de convalidação pela sanção do chefe do poder executivo do vício de iniciativa ocorrente no processo legislativo. Entende-se por processo legislativo o método pelo qual se cria uma lei, que regulará o convívio entre os indivíduos de uma sociedade.

O processo legislativo tem início com o projeto de lei que poderá ser proposto pelo executivo, pelo legislativo e pelo poder judiciário e convém salientar que o povo também possui prerrogativa de iniciar um projeto de lei. Aduzimos que a competência para iniciar um projeto de lei pode ser, exclusiva ou privativa, quando apenas cabe a um determinado poder iniciar certas matérias de lei, a competência pode ser também concorrente onde qualquer dos poderes pode iniciar projeto de lei. Salientamos que o vício de iniciativa se dá quando a competência para iniciar determinado projeto é de competência exclusiva de determinado poder e o outro usurpa esta e inicia o projeto de lei.

Na fase final do processo legislativo para que o projeto de lei produza seus efeitos na sociedade é necessário que ocorra a sanção do chefe do poder executivo. A sanção consiste na anuência do executivo, ou melhor, dizendo a concordância com aquele projeto de lei, ao contrário da sanção é o veto, que consiste na discordância. Ao sancionar o projeto de lei o executivo está o convalidando, convalidar é tornar o ato válido, e invalidar é não permitir que aquele ato entre no ordenamento jurídico.

Ocorrendo o veto o executivo está realizando o controle de constitucionalidade preventiva que ocorre antes daquele projeto se tornar lei. Mas se convalidado tornando-se lei, caberá o controle de constitucionalidade repressivo que é realizado pelo poder judiciário.

Convém salientar que em todo o processo legislativo deve ser observado o princípio da legalidade que impõe ao detentor do poder de legislar, que o faça em conformidade com a lei. Outro que deve ser observado em todo o processo legiferante é o princípio da separação dos poderes que se encontra embasado no artigo 2 da Constituição da República Federativa do Brasil que reza que “são Poderes da União,

independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹, e é neste princípio que o constituinte determinou a competência legislativa de determinados entes, divisão este de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. Outro princípio é o da supremacia constitucional onde deve a constituição servir de base para todo o ordenamento jurídico inclusive na elaboração de leis e havendo conflito deve prevalecer à supremacia constitucional.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPÍTULO 1 - DOS PRINCÍPIOS JURIDICOS

Antes de adentrar na questão dos princípios que irão servir de sustentáculo para a elucidação do trabalho monográfico, convém aduzir sobre o que seria esse princípio. Falar que ele é nada mais nada menos do que a base é reduzi-lo a poucas palavras, mas não convém deixar vago esse conceito que será a bússola norteadora de presente desse tema.

Princípio é em sua essência como a fundação de uma casa, sem esta a construção vai a ruínas, também ele é o inicio, o começo. Consiste o principio de uma norma no mandamento nuclear, elaborar uma norma sem se observar os princípios que a norteiam é torná-la maculável de vícios futuros. Dentre princípios que serão usados para a presente monografia estão os seguintes:

1.1 – Princípio da legalidade

Ao perquirir sobre o primeiro princípio basilar desde tema, encontramos neste que é denominado princípio da legalidade, que o detentor do poder de elaborar uma lei, o faça em conformidade com a legalidade. Nos deparamos com este princípio durante toda a vida na sociedade, ao praticar os atos da vida no cotidiano devemos nos portar de forma, a saber, se aqueles atos não são tidos na lei como crime, ou não submetermos a punições do Estado que não sejam tidos por leis como atos ilegais.

O Princípio da legalidade, como elucida Alexandre de Moraes:

O tradicional principio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, e anteriormente estudado, aplica-se a administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza²

Como salienta Gilmar Ferreira Mendes:

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 311.

A constituição consagra no art.37, a idéia de que a Administração Pública está submetida, entre outros, ao princípio da legalidade, que abrange o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal. A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração Pública ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria norma legal é inválido.³

Outro princípio que servirá de base é o princípio da tripartição dos poderes abaixo aduzido.

1.2 – Princípio da tripartição do poderes

Encontramos a previsão da tripartição dos poderes ao perquirir o texto de nossa Constituição da Republica Federativa do Brasil especificamente no art. 2º onde está contido os seguintes dizeres “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”⁴

Como aduz Gilmar Ferreira Mendes:

O princípio da separação dos poderes adquiriu status de uma forma que virou substância no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere no célebre art. XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não tem constituição àquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos individuais, nem separado os poderes estatais.⁵

Tal princípio é de suma importância a ponto de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu art.16 aduz que “toda sociedade em que não for asseguradas a garantia dos direitos individuais e a separação dos poderes não tem constituição”.

Aqui encontramos o que reza a Constituição ao aduzir que são independentes e harmônicos entre si, os poderes. Sendo atribuída a cada um deles funções e

³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Cornet. Curso de Direito Constitucional, 4. ed. ver e atual. São Paulo – SP: Saraiva 2009, p. 881.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Cornet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver.e atual. São Paulo – SP: Saraiva 2009, p. 177.

competência exclusivas e concorrentes. A constituição delimitou as funções que cada poder deverá praticar.

Outro princípio basilar é o da supremacia constitucional abaixo aduzido:

1.3 – Princípio da supremacia constitucional.

Sobre o princípio da supremacia constitucional um dos pressupostos aduzidos como base para a invalidação do vício de iniciativa.

Salienta-se que todas as leis editadas devem estar de acordo com a norma constitucional.

Como salienta Gilmar Ferreira Mendes:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre nulidade absoluta.⁶

Como aduz Hans Kelsen:

A inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma que por um motivo ou outro, tem de ser pressuposta como válida significa, assim, ou a possibilidade de esta ser anulada (do modo ordinário, se for uma decisão judicial, de outro modo, que não o ordinário, se for um estatuto), ou a possibilidade de ser nula. Sua nulidade significa a negação de sua existência pela cognição jurídica. Não pode ocorrer qualquer contradição entre duas normas de diferentes níveis da ordem jurídica. A unidade da ordem jurídica nunca pode ser ameaçada por qualquer contradição entre uma norma superior e uma inferior na hierarquia do direito.⁷

Guilherme Peña de Moraes nas idéias proposta por Hans Kelsen cita-se:

O princípio da supremacia constitucional denota que a Constituição veicula as normas jurídicas de máxima hierarquia no sistema do direito positivo, figurando como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Cornet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver.e atual. São Paulo – SP: Saraiva 2009, p. 937.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado/Hans Kelsen: tradução de Luiz Costa Borges*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 233.

Acentue-se que a supremacia, sob os aspectos de forma e de matéria, é decomposta em supremacia formal e supremacia material. De um lado a supremacia formal induz a relação de hierarquia entra a constituição e as demais espécies normativas, eis que a primeira é produzida pelo poder constituinte originário, ao passo que as segundas são produzidas pelos constituídos, sendo aquele qualificado como anterior e superior em face destes. De outro lado, a supremacia material indica maior importância das normas constitucionais, já que a estrutura fundamental do Estado é delineada na Lex Lagum.⁸

1.4 – Princípio da inafastabilidade do poder judiciário

Sobre o princípio da inafastabilidade do poder judiciário citamos a doutrina de Alexandre de Moraes, *in verbis*:

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante a lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.⁹

Elucidamos sobre o princípio da inafastabilidade do poder judiciário citando o entendimento doutrinário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na verdade, o direito de o indivíduo fazer passar pelo crivo do Judiciário toda lesão a seus direitos é essencial a todo regime cioso das liberdades fundamentais. Deflui inexoravelmente esse princípio da própria “separação de poderes”, pois outra não é, no fundo, a justificativa da independência do Judiciário que não a tutela dos direitos individuais. Todavia, a sua expressa enunciação, como no art. 5º, XXXV, da Constituição – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – é sempre recomendável.¹⁰

Insta salientar que em lesão ou ameaça a direito o judiciário será inafastável para apreciar tal conflito. Aduzimos que caberá ao judiciário sanar a lesão ou ameaça ao direito infringido.

⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional Teoria da Constituição*. 4. ed. revista, ampliada, atualizada. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2007, p. 119/120.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 103.

¹⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

CAPÍTULO 2 - DA SEPARAÇÃO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES DO ESTADO

2.1 – Da separação entre os poderes

Desde os primórdios da civilização os indivíduos se organizaram em sociedades, e para que fosse possível esse convívio entre pessoas com interesses diversos houve a necessidade de criação de normas, data vênia salienta-se que não poderia a criação de norma jurídica para regular a convivência entre indivíduos ser de qualquer maneira, haveria de se atribuir essa competência a determinadas pessoas. A divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, trouxe paz a esse conflito. O poder nasce para ordenar o convívio entre os seres de uma sociedade, controlando as liberdades sociais em prol da ordem social. Portanto “poder é assim, o fenômeno social por excelência, não se concebendo fora da sociedade”.¹¹

O Estado nasce da sociedade que o atribui poderes para organizá-la, sendo a outorga deste poder advindo da própria sociedade ao Estado. Dá-se o critério para a divisão dos poderes segundo Jose Cretella Jr da seguinte maneira:

Sob o critério geográfico, a divisão do poder é a descentralização, o federalismo, ou seja, a transferência “do centro” para as unidades federais de determinadas atribuições.

Sob o critério funcional, a divisão do poder consiste em partilhar a administração, a legislação e a jurisdição, outorgando-as a órgãos diversos – o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, aos quais se confiam tais funções, não com exclusividade, mas com preponderância.¹²

De maior relevância a clássica tripartição dos poderes adveio da obra “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, que data de meados do século XVIII e cabe salientar que foi o sustentáculo de vários pesquisadores daquela época. Em palavras assim reduz um trecho de sua celebre obra:

¹¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 94.

¹² CRETELLA JUNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 96.

O Poder Legislativo, que é o fazer as leis, por um certo tempo ou para sempre, de corrigir ou ab-rogar as existentes; o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, isto é fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões; o poder de julgar ou o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que se traduz no poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.¹³

Temos a base da organização do governo assentada na divisão dos poderes, estes estatuídos no art. 2º da Constituição da Republica Federativa do Brasil assim transcrito “ são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Destarte os poderes desempenham papéis independentes e harmônicos entre si, e Montesquieu formulou para equilibrar esses poderes uma técnica de freios e contrapesos, denominada *checks and balances*. Com o sistema de freios e contrapesos a função dos três poderes foi atenuada, ficando os poderes com funções típicas e atípicas para galgar o objetivo principal da democracia assim:

Fala-se por isso mesmo em interpenetração ou interdependência de Poderes, ao invés de separação ou independência de Poderes, pois o princípio da separação não nega a harmonia, coordenação e colaboração dos Poderes.¹⁴

A proposta de separação dos poderes tinha duas bases fundamentais, de um lado, tutelando a proteção da liberdade individual e de outro lado aumentando a eficiência do Estado, chegando a uma melhor divisão de atribuições e competências tornando cada órgão especializado em determinada função. Com efeito, “tem sido dito e escrito que o princípio da separação de poderes é como princípio organizatório estrutural, uma das grandes constantes do Estado Constitucional.”¹⁵

Ainda ao falar de uma forma de organização usamos as falas de J.J. Gomes Canotilho que diz:

a forma republicana de governo reduz à exigência de uma estrutura político-organizatória garantidoras das liberdades cívicas e políticas. Nesse sentido, a “forma republicana” aponta para a idéia de um arranjo de competências e funções dos órgãos políticos em termos de balanceamento, de freios e contrapesos (*checks and balances*). A “forma republicana de governo” não é

¹³ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25-26.

¹⁴ CARVALHO, Kildere Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 111.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almeida. 2003, p. 555.

tanto ou não é primordialmente uma “forma antimonárquica”, mas um esquema organizatório de controle do poder.¹⁶

Desse modo, os três poderes exercem papéis harmônicos e independentes entre si, e como forma de equilibrar esses poderes Montesquieu formulou uma técnica de freios e contrapesos, chamada *checks and balances*, para obter melhor organização de cada uma das funções. Contudo, esse princípio ganha força tornando-se princípio fundamental consagrado pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão e também previsto no art. 2º da nossa Constituição Federal.

A nossa Constituição vigente enquadrou-se nesse modelo ao adotar o “povo como fonte de todo poder (art. 1º, parágrafo único), o regime da separação de poderes (art.2º) e o princípio da liberdade genérica (art. 5º, II)”¹⁷, dentre outros. Pode-se dizer que a atual Carta Magna foi além, pois deixou configurado um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Desse modo:

A democracia que o estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito próprio do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade das idéias, culturais e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.¹⁸

O princípio da separação dos poderes ou divisão dos poderes sempre foi um princípio fundamental brasileiro. Mas será tido como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003 p.229.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005, p. 119-120.

2.2 – Funções típicas e atípicas dos três poderes

Salientamos que a Constituição da República Federativa do Brasil adotou o sistema da tripartição do Poderes, tal concepção teve como mentor Montesquieu fruto de sua obra o “espírito das leis”.

Destarte com as mudanças sociais e históricas houve a necessidade de abrandamento nesta teoria, assim além das funções típicas inerentes à sua natureza, cada órgão exerce também funções atípicas.

Convém aduzir que a teoria formulada por Montesquieu, teve um a evolução de uma forma que pudesse haver uma efetiva, independência e autonomia dos poderes. Dada essa evolução surgiu o sistema de freios e contrapesos, onde entre os poderes ocorre um controle recíproco.

Com o abrandamento da teoria de Montesquieu houve uma repartição das funções entre os órgãos, como o predomínio de uma função principal denominada típica, sendo garantido de forma a assegurar a independência e autonomia, que os poderes exerçam também funções atípicas. Podemos destacar as funções típicas e atípicas inerentes a cada um dos poderes da seguinte forma: funções típicas do legislativo são legislar, realizar o controle externo das atividades financeiras, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

Relativo às funções típicas e atípicas, cita-se alguns exemplos pertinentes ao tema, salienta-se que cabe ao legislativo, função atípica, tanto no administrar como no julgar: realizar concursos públicos, licitações, administrar seu pessoal, etc. julgamento pelo Senado Federal do Presidente da República nos crimes de responsabilidade etc. Ao executivo cabe a função típica de administrar, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto sem definitividade, já referente a funções atípicas do poder executivo cabe legislar através de edição de Medida Provisória pelo Presidente da República, também convém salientar que o executivo cabe a função jurisdicional realizada através do veto, vetar leis com base na inconstitucionalidade. Ao poder judiciário cabe a função típica de julgar aplicando a lei no caso concreto com definitividade, cabe também ao judiciário a função de administrar nos mesmos termos do aplicado ao poder legislativo, cabe também a ele

a função de legislar na elaboração de seu regimento interno e apresentar sua lei orçamentária.

Como uma forma de equilibrar os poderes e suas funções, o sistema de freios e contrapesos é também previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, deixando claro que a separação dos poderes não se encontra tão rígida podendo ocorrer a interferência de um poder na função de outro ou, até mesmo, uma fiscalização recíproca. Nesse sentido:

(...) cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.¹⁹

Salientamos que temos como regra que, as atribuições de um órgão não poderão ser alegadas a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro quando houver expressa previsão legal ficando caracterizado, nesse momento, o nascimento das funções atípicas.

(...) o estado administra pelos Três Poderes, embora, por excelência, a função de administrar caiba à Administração, ao Poder Executivo. Do mesmo modo, o Estado julga pelos Três Poderes, embora, por excelência, a função de julgar esteja entregue, normalmente, ao Poder judiciário. Em suma, legisla pelos Três Poderes, mas a função legislativa compete, primordialmente, ao Poder Legislativo.²⁰

Do citado acima temos que, nos dias atuais, pode-se observar que os três poderes são harmônicos e independentes, mas de uma forma implícita estão reunidos na reciprocidade de suas funções.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 408.

²⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 153.

2.3 – A política de freios e contrapesos

Para as que extrapolam o limite de determinado Poder, aplica-se à doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*) usados para assegurar a harmonia dos Poderes. Sendo assim,

Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (*checks and balances*) e uma organização jurídica de limites dos órgãos do poder.²¹

A Constituição brasileira adotou o sistema de freios e contrapesos como pode ser visto, por exemplo, no artigo 84 do texto fundamental, que permite ao Chefe do Executivo elaborar Decretos. No entanto, cabe atualizar esse sistema para se chegar a um Estado eficiente, preservando, contudo, as liberdades constitucionais. Diante dessa assertiva,

O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.²²

A tripartição, portanto, é a técnica pela qual o poder é contido pelo próprio poder, um sistema de freios e contrapesos, uma garantia do povo contra o arbítrio e o despotismo.

2.4 – Relação dos poderes no controle de constitucionalidade

Antes de adentrarmos no mérito da questão devemos salientar que o nosso ordenamento jurídico tem como base o Princípio da Supremacia Constitucional, onde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está no topo da pirâmide.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almeida. 1997, p. 251.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almeida. 1997, p. 251.

Entretanto a partir da Constituição que em seu texto delinea os comandos e deriva o sistema infraconstitucional. Os entes da federação estão de forma tácita ou expressa vinculada a lei fundamental que delimita a atuação de cada ente. Aduzimos que a Constituição constitui lei suprema do Estado sendo que não poderá haver entre a norma constitucional e as demais leis incompatibilidade, devendo se houver as leis que não obedecerem aos comandos contidos na lei suprema excluídos do ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade origina-se de uma Constituição rígida que é a fonte de harmonia do sistema jurídico. Trata-se de uma das principais garantias que a Constituição detém, “o controle de constitucionalidade das normas”, sendo que o Judiciário exerce papel fundamental nesse controle. Assim, “a consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da ”superlegalidade constitucional“, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.”²³

Para elucidar sobre o controle de constitucionalidade Alexandre de Moraes aduz que:

Garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.²⁴

Na doutrina de Alexandre de Moraes aduzimos que a supremacia constitucional poderá ser material “trata-se da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal.”²⁵, ou formal quando tem seu fundamento na rigidez, para que ocorra emenda a constituição deve haver uma forma especial para que ocorra tal emenda como por exemplo *quorum* qualificado para a aprovação com fulcro no art.60 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na doutrina de José Afonso da Silva que nos esclarece:

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.296.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 578.

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas,, 2002, p.580.

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ele confere poderes e competências governamentais. Nem o Governo Federal, nem o Governo dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal.²⁶

Controlar a constitucionalidade é verificar se as normas estão formalmente ou materialmente compatíveis com a Constituição da Republica Federativa do Brasil, Alexander de Moraes aduz que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação ou compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição, levando em conta seus requisitos formais e materiais”.²⁷.

Para a segurança social e um perfeito equilíbrio dentro do ordenamento jurídico verifica-se a constitucionalidade das leis, tornando-as harmônicas e em conformidade com a lei fundamental.

Caso as leis não estejam em conformidade com a Constituição serão tidas como inconstitucionais. Entende-se por inconstitucional:

a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte, a Constituição. Se a lei ordinária, a lei complementar, o estatuto privado, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, não devem produzir nenhum efeito. Ao contrario, devem ser fulminados, por inconstitucionais, com base no princípio da supremacia constitucional.²⁸

Aduzimos que na esfera do controle de constitucionalidade, são legitimados para realizar tal controle alem do Poder Judiciário, também o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

O Poder Legislativo exerce o controle de constitucionalidade por meio das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional, onde esta examina a constitucionalidade dos projetos de lei, visando impedir que estes entrem no

²⁶ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. . revista e atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 1998, p. 95.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.579.

²⁸ ALEXANDRINO Vicente de Paulo e Marcelo. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetrus. 2004, p.4.

ordenamento jurídico maculado por vícios inconstitucionais. Ao transcrevermos o art.49 da Constituição da República Federativa do Brasil encontramos o aduzido a seguir:

“Art.49- É de competência exclusiva do Congresso Nacional: V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”²⁹

O Poder Executivo exerce o controle de constitucionalidade ao afastar projetos de lei que sejam considerados inconstitucionais, decretar a intervenção como forma de restabelecer a ordem constitucional, e também exerce a constitucionalidade através do veto, pois cabe ao chefe do executivo vetar projeto de lei por entendê-lo inconstitucional.

(...) no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.³⁰

Aduzimos desta forma que, poderá o Presidente da República vetar projetos de lei que lhe pareçam inconstitucionais e contrários ao interesse público, com base no § 1º do art.66 da Constituição da República Federativa do Brasil, impedindo assim, que entre no ordenamento jurídico.

§ 1º-Se o Presidente da República considerar o objeto, 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.³¹

Destarte, o controle de constitucionalidade é realizado dentro do processo e podemos nomear de veto jurídico sendo este realizado pelo Presidente da República.

Sobre o controle de constitucionalidade aduzimos que poderá ser repressivo ou preventivo.

²⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 703.

³¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. São Paulo: Saraiva, 2010 1988, p. 57.

Para elucidar um pouco mais este tem convém aduzir que, com o controle preventivo evita-se que uma norma que não condiz com a ordem constitucional do País entre no ordenamento jurídico, e convém trazer que no controle preventivo, que se dá na regra quando a lei ainda é projeto de lei, evita que este projeto de lei entre no ordenamento jurídico maculado de vícios, sejam estes vícios formais ou materiais, aduzindo que no vício material o projeto de lei não condiz em seu conteúdo com a ordem constitucional, já no que se refere a vício formal a norma tem conteúdo, mas o método de sua elaboração não segue o determinado pela ordem constitucional, seja nas fases procedimentais no decorrer do processo legislativo, seja no início da elaboração da norma, tal vício se denomina vício de iniciativa e é o problema da monografia.

Na elaboração de norma deve-se observar alguns requisitos, tais observações visam verificar se a norma editada está em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil, conforme encontramos no art.59 da CF.

Segundo doutrina de Alexandre de Moraes, encontramos requisitos formais, como assim aduz:

Requisitos formais: O art. 5º, II, da Constituição Federal, consagra que o princípio da legalidade ao determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, como analisado no capítulo sobre direitos fundamentais, que deve ser entendido como ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional.(art 59 a 69 da Constituição Federal).³²

A análise da constitucionalidade das normas, ou seja, a comparação para verificar se estão em conformidade com a Constituição pode ser como aduz Alexandre de Moraes também subjetivos como aduzido:

Refere-se a fase introdutória do processo legislativo, ou, seja à questão de iniciativa. Qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, mais especificamente, inobservando àquele que detinha o poder de

³² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 676.

iniciativa legislativa para determinado assunto, apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade. Assim por exemplo, lei ordinária, decorrente de projeto de lei apresentado por deputado federal, aprovada para majoração de salário do funcionário público federal, será inconstitucional, por vício forma subjetivo, pois a Constituição Federal prevê expressa e privativa competência do Presidente da República para apresentação da matéria perante Congresso Nacional (art.61, § 1º, II, a).³³

Outra questão refere-se aos requisitos objetivos, embora não fazem parte do tema, não é a questão do problema convém cita-lo, tão requisito trata da observação da norma editada se está de acordo materialmente, ou em outras palavras se o seu conteúdo está conforme a Constituição da República Federativa do Brasil.

Os poderes, tanto o judiciário, o legislativo e o executivo, estão obrigados em toda as suas ações e condutas observarem o princípio da legalidade, fundando suas atividades na norma constitucional, que em todo seu bojo delinea as atividades de cada um dos poderes.

Para melhor definição no conceito de controle de constitucionalidade preventivo e controle de constitucionalidade preventivo, cita-se a doutrina de Alexandre de Moraes que assim aduz:

A presente classificação pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrário à Constituição. Por sua vez, os poderes executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.³⁴

Em alguns Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distintos dos demais poderes do Estado. O que não é o caso do Brasil. Onde os órgãos que realização o controle de constitucionalidade é os três pertencentes a tripartição, poder executivo, legislativo e judiciário. Sendo que, cabe ao executivo e legislativo a regra de realizar o controle de constitucionalidade preventivo, e o judiciário de realizar o controle de constitucionalidade repressivo, mas como para toda a regra existe uma exceção, pode o executivo e o legislativo realizar o

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 676 e 677.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 678.

controle repressivo em alguns casos, o mesmo ocorre onde o poder judiciário poderá realizar o controle de constitucionalidade.

Há, pois que citar o modelo misto que é aquele em que há certas normas que são submetidas ao controle político e outras ao controle jurisdicional.

Ao perquirir-se sobre o controle de constitucionalidade mister se faz fazer alguns breves apontamentos, como o controle preventivo visa-se impedir o ingresso no ordenamento jurídico de leis, em que para sua elaboração não foram observados os alguns requisitos previstos na constituição, a não observância do princípio da legalidade que é basilar da construção normativa, sendo determinado por este que toda norma deve esta fundada na lei, e na lei constitucional. Na realização do controle preventivo pode-se citar as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico realizado pelo chefe do executivo.

Ao perquirir um pouco mais se conclui que, as comissões de constituição e justiça que realizam o controle de constitucionalidade preventivo, são aquelas cuja função é analisar projetos de lei e sua compatibilidade com a constituição, averiguando neles a inconstitucionalidade, folheando a Constituição encontramos tal previsão no artigo 58. O veto jurídico é realizado pelo chefe do poder executivo em sua participação no processo legislativo, se o chefe do executivo entender que um projeto de lei é inconstitucional poderá veta-lo conforme aduz o artigo 66 §1º da CF.

Destarte o controle de constitucionalidade preventivo é realizado dentro do processo legislativo, seja nas comissões de constituição e justiça, seja no veto jurídico.

Salienta-se que pode haver outro tipo de controle de constitucionalidade repressivo segundo doutrina de Alexandre de Moraes o controle de constitucionalidade repressivo aduz:

No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei, ou do ato normativos, já editados, perante a Constituição Federal, para retirar-os do ordenamento jurídico, desde que contrários á Carta Magna.

Há dois sistemas ou métodos de controle judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação), e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa).

Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal previu duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo será realizado pelo próprio Poder Legislativo. Em ambas as hipóteses, o Poder Legislativo poderá retirar normas

editadas, com plena vigência e eficácia, do ordenamento jurídico, que deixarão de produzir seus efeitos, por apresentarem um vício de inconstitucionalidade.³⁵

Em regra sabe-se que o controle de constitucionalidade repressivo é realizado pelo poder Judiciário, mas a exceções a esta regra, observando o artigo 49, V, da Constituição da Republica Federativa do Brasil, onde o Congresso Nacional realiza o controle de constitucionalidade repressivo ao sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbite seu poder legislativo. Assim o Congresso através de decreto legislativo sustará o ato normativo do Poder Executivo, por este não observar para a atuação os limites impostos pela Constituição.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 682.

CAPÍTULO 3 - DA CONVALIDAÇÃO DE VICIO DE INICIATIVA EM FACE DO PROCESSO LEGISLATIVO

3.1 – Processo Legislativo

O agrupamento de pessoas vem desde os primórdios, seja este para fins de sobrevivência e caça, seja para fins comerciais. Os homens das cavernas já se organizavam em pequenos grupos de caça, com o passar dos anos com a evolução este meio de agrupamento se tornou maior e deste crescimento os conflitos também aumentaram, e para dirimir estes conflitos houve a necessidade de elaborar regras para esse grupo. Sem aprofundar em como e onde surgiram os grupos sociais, aduzimos ao citar como exemplo os hebreus quando Moises trouxe para aquela sociedade formada por seus irmãos hebreus a Lei de Deus, ou melhor, dizendo a tabua das 12 leis, este fato se deu na antiguidade, outro documento de lei que se tem noticia é o Código de Hamurab, ou a democracia exercida pelos gregos em suas cidades.

Partindo deste pequeno apanhado histórico elucidamos que o convívio social é marcado por normas para dirimi-lo, e para que haja esta lei e para que ela seja valida há a necessidade dela emanar de um poder competente e seguir uma formalidade, pois, caso contrário, ter-se-ia um caos social. E sobre este procedimento de elaboração de leis que iremos falar, a qual damos o nome de processo legislativo.

Perquirindo na doutrina de Maria Helena Diniz elucidamos processo legislativo compreende:

A rigor a fonte jurídica formal é o processo legislativo, que compreende a elaboração de leis, ou melhor, de todas as categorias normativas referidas no artigo 59 da nova Carta. Como o direito regula sua própria criação ou elaboração, o processo legislativo está previsto na Constituição Federal.

O processo legislativo vem a ser um conjunto de fases constitucionalmente estabelecidas, pelas quais há de passar o projeto de lei, até sua transformação em lei, vigente. Em regra, os tramites constitucionalmente previstos são: de iniciativa, discussão, deliberação, sanção, promulgação e publicação.

A iniciativa (...). Competirá ao Legislativo ou ao Executivo, ou a ambos, dependendo da matéria (CF, arts. 61 § 1º, e 84, III e XXIII). Há hipóteses em que ela compete aos tribunais federais para propor ao Legislativo a criação ou a extinção de cargos, a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juizes de tribunais inferiores (CF art.96, II,a,b,c e d). Caso há, ainda, em que a

iniciativa é popular, cabendo á totalidade ou fração do eleitorado (CF, arts. 61, § 2º, 27, §4º, e 29, XIII).³⁶

Segundo elucida Pedro Lenza o processo legislativo:

O processo legislativo consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observadas pelos atores envolvidos no processo. Nesse sentido é que o art. 59 da CF/88 estabelece que o processo legislativo envolva a elaboração das seguintes espécies normativas.

I – emendas a Constituição; II – leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções.³⁷

O processo segue uma serie de etapas, e dessas etapas para elaboração de uma lei é que vamos, uma por uma elucidar, e de inicio para melhor compreensão nos ateremos a aduzir sobre as etapas de formação de lei ordinário devido sua complexidade. E nas palavras de Jose Afonso da Silva conceituamos processo legislativo:

Por processo legislativo entende-se o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos. Tem, pois, por objeto, nos termos do art. 59, a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.³⁸

Esquemmatizando o processo legislativo o temos da seguinte maneira, primeiro e que diz respeito à proposta do tema desta monografia é a iniciativa de projeto de lei. A iniciativa que é basicamente o inicio do processo legislativo, como o nome mesmo já diz. E esta iniciativa se subdivide em: geral sendo esta aquela em que a Constituição da Republica Federativa do Brasil em seu artigo 61 delinea, a qualquer Deputado Federal ou Senador da Republica; a Comissões sejam elas tanto do Senado como da Câmara dos Deputados como do Congresso Nacional; ao Presidente da Republica; ao Supremo Tribunal Federal; aos Tribunais Superiores; ao Procurador-Geral da Republica; aos Cidadãos.

³⁶ DINIZ, Maria Helena, *Compendio de Introdução ao Estudo do Direito*, 16.ed.á luz da Lei 10.406/02. São Paulo – SP: Saraiva, 2004, p. 292/294.

³⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemmatizado*. 13.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo.Saraiva 2009, p.385.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005, p. 524.

A iniciativa também pode ser concorrente, é aquela competência atribuída a mais de uma pessoa para iniciar processo legislativo. A iniciativa pode ser também privativa onde só determinada pessoa pode iniciar o processo legislativo, como retirado do artigo 61, § 1º onde reza sobre lei de iniciativa privativa do Presidente da República, as que envolvam a luz da Constituição da República Federativa do Brasil:

§1º - São iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - Fixem ou modifiquem o efetivo das forças armadas;

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;

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, observada o disposto no art, 84, VI;

f) Militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração. Reforma e transferência para a reserva.³⁹

A iniciativa de lei prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, deve ser observado pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, quanto a competência reservada ao Presidente da República.

Encontramos no artigo 96, II, na Constituição da República Federativa do Brasil a iniciativa privativa do Judiciário.

Já quanto a competência privativa da Câmara dos Deputados e Senado Federal temos como aduz Pedro Lenza:

O artigo 51, IV, estabelece como sendo de competência privativa (exclusiva) da Câmara dos Deputados dispor sobre organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observada os parâmetros previstos na lei de diretrizes orçamentárias.

Tal previsão trata de interesses exclusivos também consta do art.52, XIII, que atribui, no mesmo sentido, competência reservada ao Senado Federal.⁴⁰

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. São Paulo: Saraiva, 2010, p.47.

⁴⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo.Saraiva 2009, p.389.

Salientamos ainda sobre a iniciativa no processo legislativo da iniciativa de lei por parte do povo, ou seja, de iniciativa popular, nos remetemos ao artigo 14 da CF/88 onde assim está, que a soberania popular será exercida dentre outros pela iniciativa popular, Pedro Lenza assim descreve iniciativa popular:

Como uma forma de exercício do poder (que emana do povo – art.1º, parágrafo único), sem o intermédio de representantes, através de apresentação de projeto de lei, dando-se inicio ao processo legislativo de formação de lei⁴¹

Convém salientar que a iniciativa pode ser parlamentar; quando ocorre por algum membro do Poder Legislativo, ou pode ser extraparlamentar quando se dá pelo Poder Executivo ou Judiciário.

Na fase constitutiva do processo legislativo temos a participação tanto do legislativo com a deliberação parlamentar, sendo discussão e votação, como também a participação do executivo na deliberação executiva exercida na sanção ou veto.

Sobre a deliberação parlamentar na fase constitutiva, sabe-se que no Brasil adotou-se o sistema do bicameralismo que é composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal, sendo que o projeto de lei será analisado pelas duas casas, não faz parte de nosso tema analisar em que casa irá iniciar esta fase constitutiva e a que competirá a revisão do projeto de lei, mas para salientar é fácil, no Senado Federal será iniciada a fase constitutiva apenas quando o projeto de lei for de iniciativa dos próprios membros do senado ou de suas comissões, nos demais casos o processo legislativo após se proposto terá como início a câmara dos deputados.

Iniciando o processo legislativo o projeto passará pela apreciação da comissão de constituição e justiça que analisará se aquele projeto condiz com a constituição. Em seguida irá para as comissões temáticas, que analisará de acordo com matéria, e esta emitirá parecer. Em seguida será o projeto de lei será enviado ao plenário da Casa para discussão e votação.

Um passo importante e que merece cuidado especial e que dele se falará é que depois de votado e aprovado o projeto vai para a casa revisora, nela ele poderá ser

⁴¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva 2009, p.392.

aprovado, rejeitado ou emendado. Sendo aprovado pela casa revisora o projeto vai para a deliberação executiva, qual seja sanção ou veto. Rejeitando o projeto de lei na casa revisora ele Será arquivado. Sendo emendado o projeto, a parte emendada será remetida a casa iniciadora, sendo que esta só poderá votá-lo e não proceder nova emenda.

Havendo aprovação que é o que nos interessa, o projeto depois de assinado e tramitado na casa legislativa, será enviado ao executivo para sanção ou veto. Havendo concordância o executivo sancionará, já havendo discordância vetará.

Na fase complementar que é subdividida em promulgação e publicação, na promulgação temos certificação da validade da lei, atesta-se que a lei existe. Já na publicação leva-se ao conhecimento de todos a existência de uma lei.

3.2 – Vício no processo legislativo

Antes de aduzirmos sobre vício de iniciativa devemos nos ater a esclarecer sobre vício, e desta palavra nos remetermos a diversas explicações.

De inicio conceituaremos o que seria vício é aquilo defeituoso que torna o objeto ou o ato maculado impróprio para aquilo que se destinava. De vício podemos falar de algumas espécies ate chegarmos no que realmente nos interessa o vício de iniciativa.

O ato que leva a inconstitucionalidade de uma lei deve ser analisado sobe o aspecto omissivo ou comissivo, mas vamos nos ater a salientar sobre os atos comissivos. Dentro da inconstitucionalidade por ação encontramos a subdivisão em vício formal e vício material.

Vício formal é a afronta ao procedimento para a elaboração de uma lei, a fase de construção de um projeto de lei, e pode se dar com o inicio ou no decorrer do processo legislativo. Aqui não se tratar se o conteúdo de uma lei é constitucional ou não o que esta em discussão é a forma de elaboração desta lei.

O vício formal se subdivide em subjetivo e objetivo, o vício formal subjetivo esta voltado para a fase de iniciativa do projeto de lei, que é o tema de nossa pesquisa, aduzimos que esta ligada a competência para iniciar projeto de lei, que pode ser

exclusiva ou privativa, como pode ser concorrente, sendo que qualquer dos poderes poderá propor projeto de lei.

O vício for objetivo nada mais é do que aquele ocorrido nas demais fases do processo legislativo que não seja a iniciativa.

Salientamos que o outro vício é o material, que diz respeito ao conteúdo, a matéria da norma. Neste escopo não há que se falar em vício de procedimento e sim de conteúdo.

Para elucidarmos melhor aduziremos alguns apontamentos sobre o controle de constitucionalidade e seus momentos.

No primeiro que ocorre com o controle preventivo aquele realizado antes da transformação de projeto de lei em lei. O controle preventivo poderá ser realizado pelo Poder Legislativo em suas comissões de constituição e justiça, pelo Poder Executivo através do veto, e pelo Poder Judiciário quando impetrado mandado de segurança por um parlamentar.

Na fase de controle de constitucionalidade repressivo que é posterior ao projeto de lei quando este já é lei. Pode ser político quando realizado por tribunais e cortes, ou o que é adotado pelo Brasil o controle repressivo jurisdicional, que aqui é o misto onde se dá de forma concentrada ou mista, sendo a regra a realização pelo Poder Judiciário, mas a toda regra há uma exceção que é a possibilidade do Poder Executivo e Legislativo exercer o controle repressivo. Como veremos nas palavras de Pedro Lenza:

A primeira exceção à regra geral do controle posterior jurisdicional misto (difuso e concentrado) vem prevista no artigo 49, V da CF 88, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, mencionando que o controle será realizado através de decreto-legislativo a ser expedido pelo Congresso Nacional.

Sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art.84, IV). Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites de delegação legislativa.

A segunda exceção a regra esta prevista no art.62 da CF/88. Como veremos adiante, em caso de relevância e urgência o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, entendendo-a inconstitucional o Congresso Nacional realizara o controle de constitucionalidade.⁴²

⁴² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva 2009, p.165 a 167.

Na doutrina de Pedro Lenza encontramos dentro do processo legislativo sobre vício formal e vício material como aduzido:

Nesse sentido quando estudamos as regras sobre controle de constitucionalidade, apontamos que uma espécie normativa poderia apresentar um vício formal (subjetivo e objetivo) ou vício material, vícios estes caracterizadores da inconstitucionalidade. O vício formal, como já apontamos, diz respeito ao processo de formação da lei (processo legislativo), cuja macula pode estar tanto na fase de iniciativa (vício formal subjetivo) como nas demais fases de processo de formação da lei (vício formal objetivo, por exemplo, desrespeito ao *quorum* de votação). Já o vício material refere-se ao conteúdo da espécie normativa, a matéria pro ela tratada.

Em decorrência de todos esses detalhes é que se estabelece um *controle prévio ou preventivo*, realizado não só pelo Legislativo (Comissões de Constituição e Justiça), como, também, pelo Executivo (através do veto), sem falar é claro do *controle repressivo ou posterior*, cujo objeto é a lei ou ato normativo (já constituídos), sendo realizado de maneira difusa ou concentrada (lembrar que o controle de constitucionalidade no Brasil é jurisdicional misto).⁴³

Salientamos que em se tratando tanto de vício formal como vício material há que se falar em controle de constitucionalidade, repressivo ou preventivo.

3.3 – A inconstitucionalidade da lei maculada por vício de iniciativa

Insta antes de qualquer coisa salientar que ocorrendo vício no processo legislativo seja vício material ou formal, este inconstitucional já esta desde sua concepção.

O controle de constitucionalidade poderá ser preventivo ou repressivo. O preventivo é aquele realizado antes da transformação de projeto de lei em lei. O controle preventivo poderá ser realizado pelo Poder Legislativo em suas comissões de constituição e justiça, pelo Poder Executivo através do veto, e pelo Poder Judiciário quando impetrado mandado de segurança por um parlamentar.

Já o controle de constitucionalidade repressivo que é posterior ao projeto de lei quando este já é lei, pode ser político quando realizado por tribunais e cortes, ou o que é adotado pelo Brasil o controle repressivo jurisdicional, que aqui é o misto onde se dá de forma concentrada ou mista, sendo a regra a realização pelo Poder Judiciário, mas a

⁴³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva 2009, p.386.

toda regra há uma exceção que é a possibilidade do Poder Executivo e Legislativo exercer o controle repressivo.

Convém aduzir que o controle de constitucionalidade comporta exceção, é a do controle repressivo que está previsto no artigo 49, V da Constituição da Republica Federativa do Brasil, onde tipifica a competência do Congresso Nacional sustar através de decreto-legislativo os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa,

Outra exceção é a contida no artigo 62 da Constituição da Republica Federativa do Brasil, que em caso de relevância e urgência o Presidente da Republica poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submete-las de imediato ao Congresso Nacional, entendendo-a inconstitucional o Congresso Nacional realizara o controle de constitucionalidade.

3.4 – A inviabilidade do saneamento do vicio de iniciativa no processo legislativo pela sanção do executivo. Fulcrado nos Princípios; da legalidade; tripartição dos poderes; da supremacia constitucional e da inafastabilidade do poder judiciário

Para responder a tal indagação devemos nos reportar ao inicio do tema onde aduzimos sobre os princípios jurídicos que nos servira de base para a concretização deste raciocínio e é a luz destes princípios cumulados com a doutrina de Pedro Lenza como marco teórico.

Consiste o principio de uma norma no mandamento nuclear, elaborar uma norma sem se observar os princípios que a norteiam é torná-la maculável de vícios futuros.

O primeiro princípio basilar que abordaremos é o principio da legalidade, antes convém aduzir que para elaboração de uma lei o constituinte reservou alguns artigos da Constituição Republica Federativa do Brasil para servir de bússola para os poderes incumbidos de legislar, permitindo a eles o mínimo de erro possível visto que tudo o que irão fazer basta perquirir no ordenamento jurídico pátrio.

Definimos principio da legalidade da com as palavras de Alexandre de Moraes:

O tradicional principio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, e anteriormente estudado, aplica-se a administração pública, porem

de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza⁴⁴

De igual maneira elucidada Gilmar Ferreira Mendes:

A constituição consagra no art.37, a idéia de que a Administração Pública esta submetida, entre outros, ao princípio da legalidade, que abrange o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração Pública ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria norma legal é inválido.⁴⁵

O legislador para elaborar uma lei deve se reportar ao artigo 44 ao 126 da Constituição Republica Federativa do Brasil onde encontrará passo a passo o que se deve fazer. Ora se o princípio da legalidade é a observância da lei na pratica de atos por aqueles que detém o poder de elaborar uma lei, a não observância das regras contidas no ordenamento jurídico que definem os tipos de leis que podem ser criadas; estabelece a competência de cada poder; delimita a atuação em determinadas matérias de forma exclusiva ou concorrente; que descreve funções típicas e atípicas para legislar a cada um dos poderes. É agir ilegalmente, e uma lei criada sem a observância da legalidade já nasce morta, e não deve perdura no ordenamento jurídico, regulando o convívio dos entes de uma sociedade.

Sob a óptica do princípio da legalidade o projeto de lei emanado de poder incompetente não pode ser convalidado pela sanção do executivo. Quando ocorre o fato da usurpação de iniciativa de projeto de lei não é mero acidente procedimental, mas a não observância da Constituição Republica Federativa do Brasil, e a sociedade não pode ficar a mercê de leis elaboradas de qualquer maneira, repletas de maculas.

Para complementar sobre o princípio da legalidade as palavras de Alexandre de Moraes que assim aduz:

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante a lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 311.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Cornet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver e atual. São Paulo – SP Saraiva 2009, p. 881.

chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.⁴⁶

Para a elaboração de uma lei deve-se observar a competência para tal ato, e ao ler o artigo 61 da Constituição da Republica Federativa do Brasil, encontramos a respeito da competência para iniciar um projeto de lei, assim aduz o citado artigo, que cabe a qualquer Deputado Federal ou Senador da Republica, Comissão da Câmaras dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, Presidente da Republica, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Procurador-Geral da Republica, cidadão. E convém salientar que a iniciativa pode ser geral, concorrente, privativa, exclusiva, popular.

Para fundamentar que a sanção do executivo não convalida vício de iniciativa elucidaremos sobre o princípio da tripartição dos poderes. Em breve resumo traremos o artigo 2º da Constituição da Republica Federativa do Brasil assim transcrito “ são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A tripartição dos poderes adveio da obra “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, que data de meados do século XVIII, foi esta idéia o sustentáculo de vários outros doutrinadores referentes ao assunto, transcrito um trecho da referida obra que assim reza:

O Poder Legislativo, que é o fazer as leis, por um certo tempo ou para sempre, de corrigir ou ab-rogar as existentes; o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, isto é fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões; o poder de julgar ou o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que se traduz no poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.⁴⁷

Destarte os poderes desempenham papéis independentes e harmônicos entre si, e Montesquieu formulou para equilibrar esses poderes uma técnica de freios e contrapesos, denominada checks and balances. Com o sistema de freios e contrapesos a função dos três poderes foi atenuada, ficando os poderes com funções típicas e atípicas para galgar o objetivo principal da democracia assim:

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 103.

⁴⁷ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25-26.

Fala-se por isso mesmo em interpenetração ou interdependência de Poderes, ao invés de separação ou independência de Poderes, pois o princípio da separação não nega a harmonia, coordenação e colaboração dos Poderes.⁴⁸

Ao observarmos a Constituição da Republica Federativa do Brasil em todos os seus artigos que mencionam sobre os poderes esta nestes artigos delineado a matéria e a forma que cada um pode legislar. Se determinado poder seja o executivo, legislativo ou judiciário; exceto nos casos em que a competência legislativa é concorrente, usurpa a iniciativa de legislar pertencente a outro poder, esta ferindo o princípio da tripartição dos poderes, esta maculando aquele projeto de lei, inserindo nele vício insanável, e um projeto de lei maculado na pode ser convalidado e posto a regular o convívio na sociedade.

Elucidamos trazendo as palavras de Pedro Lenza que aduz sobre a tripartição dos poderes o seguinte:

Algumas leis são de iniciativa privativa de determinadas pessoas, só podendo o processo legislativo se deflagrado por elas, sob pena de se configurar um vicio formal de iniciativa, caracterizador da inconstitucionalidade do referido ato normativo.⁴⁹

Ainda falando sobre o princípio da tripartição dos poderes e reforçando a idéia que a cada poder compete funções típicas e funções atípicas, sendo assim atribuído a cada um destes; funções inerentes ao propósito a que existe e funções legislativas. Para reforças citas as palavras de Pedro Lenza:

As hipóteses previstas na Constituição Federal de iniciativa reservada ao Presidente da Republica, pelo princípio da separação do poderes, deve ser observado em âmbito estadual, distrital e municipal, ou seja, referidas matérias terão de ser iniciadas pelos Chefes do Executivo (Governadores do Estados e do Distrito Federal e Prefeitos), sob pena de se configurar inconstitucionalidade formal subjetiva.⁵⁰

⁴⁸ CARVALHO, Kildere Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 111.

⁴⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. Atual. Ampl.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 387.

⁵⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. Atual. Ampl.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 388.

Para dizer que a sanção do executivo não convalida vício de iniciativa apontaremos outro princípio, desta vez o da supremacia constitucional,

Havendo conflito entre uma norma jurídica e a Constituição da República Federativa do Brasil deve esta prevalecer visto a supremacia constitucional. Convém salientar neste tópico que temos como fontes formais do direito a doutrina, a jurisprudência, o costume e as leis, diante do exposto sobre o tema da presente monografia pairam, as quatro fontes formais do direito, começemos pelo que menos influi neste tema, mas não menos importante elucidaremos sobre o costume, praticas reiteradas de atos ilegais não é costume e não pode ser considerada fonte do direito, o ato praticado por membros dos poderes, tanto ao iniciar projeto de lei que não lhe é de competência quanto nas respectivas casas de revisão que de conluio faz vista grossa ao vício que aquele projeto traz consigo, ao sancionar aquele projeto de lei maculado de vício e coloca-lo como lei a regular convívio na sociedade não significa que aquele ato que em alguns casos longe do controle se repete por varias vezes e nem por isso torna-se certo, e não serve de base para se alegar que é fonte de direito.

A doutrina também é fonte do direito e é nela que fundamentamos nosso tema a que se dizer que há divergência doutrinaria sobre a convalidação do vício de iniciativa. Apontamos como marco teórico a doutrina que aduz que a sanção do executivo não convalida vício de iniciativa.

A jurisprudência brasileira sendo proveniente do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais inferiores é a que merece um pouco mais de atenção, visto ser nela o problema maior para concretização desta monografia. Jurisprudências são orientações, não são leis que criam nelas a obrigatoriedade de serem seguidas a finco, e a incidência de mudanças em jurisprudência é maior do que em leis, o posicionamento jurisprudencial muda com mais freqüência, e me atrevo a dizer que basta mudar os sujeitos que as votam e editam que se abre a possibilidade de mudança.

Sobre fontes formais do direito apontamos a doutrina de Maria Helena Diniz a seguir:

As fontes formais do direito podem ser estatais e não estatais. As estatais subdividem-se em legislativa (leis, decretos regulamentos etc.) e jurisprudenciais (sentenças, precedentes judiciais, sumulas etc.). Tal divisão foi feita tendo-se em vista o predomínio das atividades legiferante e

jurisdicional. A isso podemos acrescentar as convenções internacionais, pelas quais dois ou mais Estados estabelecem um tratado, daí serem fontes formais estatais convencionais.

As não estatais, por sua vez, abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e as convenções em geral em negócio jurídicos.⁵¹

Sobre a convalidação do vício de iniciativa pela sanção do executivo, o Supremo Tribunal Federal entendeu no passado pela súmula 05 que a sanção do executivo convalidava vício de iniciativa, hoje depois de inúmeras ações de inconstitucionalidade referentes ao assunto mudou seu entendimento e aduz que a sanção do executivo não convalida vício de iniciativa, outro ponto que aduzimos é que mudou, mas não revogou, mas isto não influi no problema que constitui caráter teórico-dogmático e se baseia em pesquisa de doutrinas e jurisprudência, e aduzimos estar em pé de igualdade tanto uma quanto a outra.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes complementando as fundamentações aduz:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre nulidade absoluta.⁵²

Para frasear o presente texto trazemos as elucidações de Hans Kelsen:

A inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma que por um motivo ou outro, tem de ser pressuposta como válida significa, assim, ou a possibilidade de esta ser anulada (do modo ordinário, se for uma decisão judicial, de outro modo, que não o ordinário, se for um estatuto), ou a possibilidade de ser nula. Sua nulidade significa a negação de sua existência pela cognição jurídica. Não pode ocorrer qualquer contradição entre duas normas de diferentes níveis da ordem jurídica. A unidade da ordem jurídica nunca pode ser ameaçada por qualquer contradição entre uma norma superior e uma inferior na hierarquia do direito.⁵³

⁵¹ DINIZ, Maria Helena, *Compendio de Introdução ao Estudo do Direito*, 16.ed.á luz da Lei 10.406/02. São Paulo – SP: Saraiva, 2004, p. 285.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Cornet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver.e atual. São Paulo – SP Saraiva 2009, p. 937.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado/Hans Kelsen: tradução de Luiz Costa Borges*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 233.

Complementado as idéias trazidas por Hans Kelsen cita-se Guilherme Peña de Moraes:

O princípio da supremacia constitucional denota que a Constituição veicula as normas jurídicas de máxima hierarquia no sistema do direito positivo, figurando como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Acentue-se que a supremacia, sob os aspectos de forma e de matéria, é decomposta em supremacia formal e supremacia material. De um lado a supremacia formal induz a relação de hierarquia entre a constituição e as demais espécies normativas, eis que a primeira é produzida pelo poder constituinte originário, ao passo que as segundas são produzidas pelos constituídos, sendo aquele qualificado como anterior e superior em face destes. De outro lado, a supremacia material indica maior importância das normas constitucionais, já que a estrutura fundamental do Estado é delineada na *Lex Lagum*.⁵⁴

Eis o problema poderá a sanção do Executivo sanar vício de iniciativa, se observarmos as normas constitucionais que tipificam a competência dos poderes e dispõe sobre a elaboração de leis, o princípio da separação dos poderes, o princípio da legalidade e o princípio da supremacia constitucional, obteremos a resposta que a sanção do executivo não poderá sanar vício de iniciativa, ou seja, o vício de iniciativa deveser invalidado.

Embasando que a sanção do executivo não convalida vício de iniciativa citamos Elucidamos, acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição, citamos a posição doutrinária de Alexandre de Moraes, *in verbis*:

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante a lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.⁵⁵

Completando o conceito do princípio da inafastabilidade, ou melhor, a apreciação do judiciário, Manuel G. F. Filho traz:

Na verdade, o direito de o indivíduo fazer passar pelo crivo do Judiciário toda lesão a seus direitos é essencial a todo regime cioso das liberdades fundamentais. Deflui inexoravelmente esse princípio da própria “separação de poderes”, pois outra não é, no fundo, a justificativa da independência do

⁵⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional Teoria da Constituição*. 4. ed. revista, ampliada, atualizada. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2007, p. 119/120.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 103.

Judiciário que não a tutela dos direitos individuais. Todavia, a sua expressa enunciação, como no art. 5º, XXXV, da Constituição – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – é sempre recomendável.⁵⁶

Conclui-se que somente o Poder Judiciário tem jurisdição. Assim, o único poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada.

Contudo, é importante esclarecer que ao Poder Judiciário cabe a prestação jurisdicional quando requisitado pela parte, e quando por motivo de ameaça e lesão ao direito. Assim havendo a convalidação cabe através do controle de constitucionalidade, sendo o judiciário colocado a invalidar a lei maculada de vicio.

Um grande problema é o posicionamento do STF que no passado entendeu de um jeito e depois mudou seu entendimento, mas não vem ao caso embora a mudança é benéfica ao problema, antes entendia ser possível a convalidação sumula 05, hoje entende não ser possível à convalidação, embora mudou seu entendimento não revogou a sumula. Aduzimos que o Supremo Tribunal Federal embora não tenha revogado a Sumula 05 deixou de usa-la sendo esta mudança de posicionamento ocorrido através ao longo dos anos de inúmeras ações de inconstitucionalidades que apreciou relativas à matéria em comento, sendo a primeira em 1986 na ação proposta pelo Procurado Geral da República, contra a Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, tendo como Relator o Ministro Sydney Sanches, tem o Supremo Tribunal Federal entendido que não cabe convalidação do vicio de iniciativa pela sanção do chefe do executivo. A mais recente ação de inconstitucionalidade julgada pelo Supremo que confirma ser verídica a mudança de seu entendimento é a ação direta de inconstitucionalidade n. 2840 / ES – Espírito Santo, tendo como requerente o Governador do Estado do Espírito Santo, e como requerida a Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, e Relatora a Ministra Ellen Gracie, julgado em 06/11/2003, publicado em 11/06/2004. Mas não torna prejudicial a solução deste problema existente, visto que por não ser sumula vinculante e ser apenas orientação do Supremo Tribunal Federal, concorre em pé de igualdade com a doutrina, e o presente trabalho é de cunho teórico-dogmatico, e se põem a analise de doutrina e jurisprudência. Outro

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. , p.281-282.

ponto é que o judiciário possui competência atípica para legislar e estas competências estão tipificadas na Constituição Republica Federativa do Brasil, e qualquer ato legislativo por parte não só do judiciário, mas também do executivo e legislativo que não conste no rol permissivo constitucional é ilegal. Achar possuir competência legislativa, não significa possui-la.

A presente monografia trabalha com pesquisa de doutrina, jurisprudência e leis, não nos apegaremos e perquirir sobre fontes consuetudinárias. Portanto abordaremos as fontes formais estatais e referentes a fontes formais não estatais a doutrina. A jurisprudência é quando através do exercício jurisdicional, nas reiteradas decisões dos tribunais, se revela o direito. A doutrina é exercida pela atividade de juristas, doutores no direito, e embora para alguns não pode ser tida como fonte formal do direito atrevo a dizer o contrario, pois ela influi na formação jurídica, pois sabe-se que o legislador recorre dos ensinamentos doutrinários para a atividade legiferante. A legislação é a fonte primacial a de maior relevância á produção normativa.

Eis o problema de pesquisa Poderá a sanção do Chefe do Executivo convalidar vício de iniciativa em processo legislativo? A resposta a luz de doutrina complementar do marco teórico.

O presidente da Republica participa do processo legislativo tanto quanto toma iniciativa de provocar o Congresso Nacional a deliberar como também ao ser chamado para, terminada a votação, sancionar ou vetar o projeto. A sanção, que consiste na anuência do Presidente da Republica ao projeto, pode ser expressa ou tácita (se o projeto não é vetado no prazo constitucional). O STF entendeu, no passado que, a sanção ao projeto que surgiu de usurpação da iniciativa privativa do presidente da republica sanava o vicio suprindo a falta de iniciativa correta (Súmula 5/STF). A súmula 5 foi abjeto de críticas diversas, como a de que ela não atentaria para o vicio de inconstitucionalidade ocorrido em uma etapa do processo legislativo contamina de nulidade inconvaleável a lei que dele surge, bem assim a de que o presidente da republica não pode desvestir-se das prerrogativas que a constituição lhe assina. Objetou-se, mais, que a tese sumulada pode provocar o embaraço político ao chefe do executivo, o que a constituição quis precisamente evitar, ao lhe reservar a iniciativa do projeto. A Súmula, afinal, embora nunca tenha sido formalmente cancelada, foi sendo relegada a pratica, ate que se firmou que a inteligência sumulada não é mais aplicável. Portanto hoje, tem-se por certo que mesmo vindo o chefe do executivo a sancionar lei com vicio de iniciativa o diploma será invalido.⁵⁷

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Cornet. Curso de Direito Constitucional, 4. ed. ver.e atual. São Paulo – SP Saraiva 2009. p. 920.

Diante da indagação se poderá a sanção do Chefe do Executivo convalidar vício de iniciativa em processo legislativo aduzimos com fulcro nas idéias do marco teórico Pedro Lenza:

Muito embora a regra contida na sumula 5 do Supremo Tribunal Federal, de 12 de Dezembro de 1963 (a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo), pode-se dizer que o seu conteúdo está superado desde o advento da Emenda Constitucional n° 1/69, nos termos de seu art. 57, parágrafo único, que fixava a impossibilidade de emendas parlamentares a projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da Republica (cf, Rp 890, RTJ 69/225). Assim sanção presidência não convalida vicio de iniciativa, trata de vicio formal insanável, incurável.⁵⁸

Poderá a sanção do Chefe do Executivo convalidar vício de iniciativa em processo legislativo? Com fulcro em tudo exposto acima e na doutrina de Pedro Lenza aduzimos Não, a sanção do executivo não convalida vicio de iniciativa.

3.5 – Posição da jurisprudência brasileira.

A respeito da jurisprudência brasileira aduzimos o que se segue:

EMENTA: Criação de quadro suplementar de Assistente Jurídico com investidura permanente, independentemente de concurso público, em função diversa da primitivamente exercida e com remuneração correspondente a cargo de carreira. Relevo da argüição de inconstitucionalidade material, fundada no art. 37, I, da Constituição. Seriedade, também, da assertiva de vício formal, não sanável pela sanção, e derivado de iniciativa parlamentar, das normas impugnadas, em confronto com o art. 63, I, combinado com o art. 61, § 1º, II, a e c, ambos da Constituição. Suspensão cautelar, com efeito retroativo dos dispositivos de lei estadual impugnados.⁵⁹

Após citar essa jurisprudência, comprova-se que os vícios não poderão ser sanados, uma vez que atinge matéria formal. Fere, assim, princípios invioláveis. Ademais,

⁵⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. Atual. Ampl.. São Paulo: Saraiva, 2009, p 391.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI-MC 2113 / MG – Minas Gerais, requerente: Governador do Estado de Minas Gerais, requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2000, publicado em 27/06/2000.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 246, DE 27.06.2002. ALTERAÇÃO DA ESTRUTURA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. LC Nº 88/96. INTRODUÇÃO DE DISPOSITIVOS, POR EMENDA PARLAMENTAR, AO PROJETO DE LEI ENCAMINHADO PELO GOVERNADOR À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA OCORRÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS. Não merece prosperar a alegação de atropelo da ordem de tramitação legislativa, porquanto constatado que a votação e a aprovação do Projeto se deram em data anterior à sanção e à publicação da Lei impugnada. É firme nesta Corte o entendimento de que compete exclusivamente ao Chefe do Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre remuneração de pessoal, organização e funcionamento da Administração. O desrespeito a esta reserva, de observância obrigatória pelos Estados-membros por encerrar corolário ao princípio da independência dos Poderes, viola o art. 61, § 1º, II, a e e da Constituição Federal.⁶⁰

Poderá a sanção do Chefe do Executivo convalidar o vício de iniciativa na apresentação do projeto. Vemos não ser possível suprir o vício de iniciativa, pois tal vício leva nulidade a toda a formação da lei, não podendo ser convalidado pela futura sanção presidencial. Nesse sentido, segue a jurisprudência abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 1.007/96, DO DISTRITO FEDERAL. VINCULAÇÃO DO REAJUSTE DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES DISTRITAIS AOS PERCENTUAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO INCISO XIII DO ART. 37 E À ALÍNEA A DO INCISO II DO § 1.º DO ART. 61, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Diploma legal que, tendo resultado de projeto de lei de autoria de parlamentar, viola a iniciativa privativa do Chefe do Executivo para leis que disponham sobre aumento de remuneração de servidores, em vício de inconstitucionalidade formal não convalidado pela sanção, não mais sendo aplicável a Súmula 5 desta Corte. Precedentes. Ação julgada procedente.⁶¹

Também há que se mencionar a jurisprudência a seguir:

EMENTA: REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. APOSENTADORIA E VANTAGENS FINANCEIRAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO QUE PERSISTE, NÃO OBSTANTE A SANÇÃO DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI. PRECEDENTES. 1. Dispositivo legal oriundo de emenda parlamentar referente aos servidores públicos estaduais, sua aposentadoria e vantagens financeiras.

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI-QO 2840 / ES – Espírito Santo, requerente: Governador do Estado do Espírito Santo, requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2003, publicado em 11/06/2004.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI-1438 / DF – Distrito Federal, requerente: Governador do Distrito Federal, requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002, publicado em 08/11/2002.

Inconstitucionalidade formal em face do disposto no artigo 61, § 1º, II, "c", da Carta Federal. 2. É firme na jurisprudência do Tribunal que a sanção do projeto de lei não convalida o defeito de iniciativa. Precedentes. Procedência da ação. Inconstitucionalidade da Lei nº 1.786, de 09 de janeiro de 1991, do Estado do Rio de Janeiro.⁶²

Como podemos observar, o posicionamento da jurisprudência brasileira decide, na maioria das vezes, por não convalidar atos maculados de vícios, em função de não ferir os princípios fundamentais que regem o nosso ordenamento jurídico.

EMENTA: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19 DE 16/11/83, PROMULGADA PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANA, SEM INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO, PARA FIXAÇÃO DE NORMAS RELATIVAS A ORCAMENTO DOS PODERES LEGISLATIVO E DO JUDICIARIO, MEDIANTE PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL DE AMBOS NO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 13, III, 57, IV (C/C ART-65) E 200 DA C.F. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INICIATIVA O PROTOCOLO CELEBRADO POSTERIORMENTE ENTRE OS CHEFES DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIARIO. E INDISPENSÁVEL MENSAGEM DO PODER EXECUTIVO, INICIANDO O PROCESSO LEGISLATIVO.⁶³

Ao passo que, a sanção expedida pelo Chefe do Executivo não convalida o vício de iniciativa, haja vista afrontar princípios invioláveis, protegidos constitucionalmente. Esse é posicionamento da jurisprudência brasileira sobre o tema apresentado neste trabalho.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade, fundamental para a averiguação da qualidade constitucional das nossas leis, resguardando-se sempre o interesse público, conseqüência de uma Constituição rígida como a Constituição Federal de 1988. Não há espaço para nenhuma incompatibilidade, para não ferir a hierarquia das normas.

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI-700 / RJ – Rio de Janeiro, requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro, requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2001, publicado em 24/08/2001.

⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Rp 1217 / PR – Paraná, representante: Procurado Geral da República, representada: Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 09/04/1986, publicado em 09/05/1986.

A Constituição aponta os princípios básicos para uma organização social, política, econômica e jurídica, orienta e disciplina as condutas dos governantes e da população em massa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para elaboração de uma lei, há a necessidade de um devido processo legislativo, com início meio e fim. Começa com a iniciativa de proposta de projeto de lei, e esta a competência para tal propositura pode ser concorrente ou exclusiva, sendo exclusiva quer dizer que só aquele órgão pode iniciar projeto de lei daquela matéria. Se ocorrer a usurpação de iniciativa estará aquele projeto maculado. Pode ocorrer durante o processo legislativo o controle de constitucionalidade preventivo que corrige o defeito, mas se tal projeto for votado e remetido à deliberação executiva, esta poderá convalidar ou invalidar, sendo que um consiste em aproveitar todo ou em parte os projeto de lei que contém vícios superáveis, já a invalidação é o processo pelo qual se elimina projeto de lei que contem vícios.

Aduzimos não ser possível a sanção do chefe do executivo convalidar vício de iniciativa, visto que pelo princípio da legalidade onde vincula todos os pertencentes ao poderes de fazer só o que a lei permite, e a lei tipificou a competência legislativa de cada um dos poderes. Pelo princípio da tripartição dos poderes ou separação dos poderes observa-se que deve haver independência e harmonia entre eles, mas para amenizar a rigidez de tal princípio adveio a ocorre à implementação dos freios e contrapesos e as funções atípicas de cada um dos Três Poderes, com o intuito de agir em função do interesse da coletividade. E a convalidação afrontaria esta separação de poderes.

Pelo princípio da supremacia constitucional devera a constituição prevalecer sobre as demais normas, sendo que a Constituição da Republica Federativa do Brasil elencou em seu texto a matéria que cabe a cada poder legislar, e havendo conflito entre esta e uma lei infraconstitucional deve prevalecer a supremacia constitucional.

Caso haja a convalidação deve-se reportar ao judiciário através do controle de constitucionalidade repressivo, isto em respeito ao princípio da inafastabilidade. Convalidar vicio seria afrontar o princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CR/88).

Aduzimos que a separação dos Poderes divide as prerrogativas estatais em Legislativo, Executivo e Judiciário, em que cada um deles tem sua área de atuação, o que determina que não convenha a nenhum deles invadir o campo de atuação do outro.

Não poderá a sanção do chefe do executivo convalidar vício de iniciativa, no entanto há grande discussão na jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal no passado pela sumula 5 se posicionou pela convalidação, hoje mudou seu entendimento, mudança ocorrida através das varias ações de inconstitucionalidades que apreciou referente à matéria em comento, desde 09/04/1986 na ação proposta pelo Procurado Geral da República, contra a Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, tendo como Relator o Ministro Sydney Sanches, tem o Supremo Tribunal Federal entendido que não cabe convalidação do vício de iniciativa pela sanção do chefe do executivo. A mais recente ação de inconstitucionalidade julgada pelo Supremo que confirma ser verídica a mudança de seu entendimento sobre a questão em comento é a ADI-O 2840 / ES – Espírito Santo, tendo como requerente o Governador do Estado do Espírito Santo, e como requerida a Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, e Relatora a Ministra Ellen Gracie, julgado em 06/11/2003, publicado em 11/06/2004.

REFERENCIAS

ALBUQUERQUE, Fabrício Samaranho de, *DIREITO CONSTITUCIONAL*, Coleção concursos públicos, Barueri, SP, Gold Editora, 2008.

ALEXANDRINO, Vicente de Paulo e Marcelo. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetrus. 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 15. edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almeida. 2003.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* 12. ed. revista ampliada e atualizada, Rio de Janeiro RJ: Editora Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JUNIOR, Jose. *Controle Jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUSTODIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal Interpretada pelo STF*. 5.ed. atualizada, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

DINIZ, Maria Helena, *Compendio de Introdução ao Estudo do Direito*, 16.ed. á luz da Lei 10.406/02. São Paulo – SP: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. – 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FAGUNDES, M.Seabra, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*/M.Seabra Fagundes: atualizado por Gustavo Binenbojm. 7.ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. revista e atualizadas. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado/Hans Kelsen: tradução de Luiz Costa Borges*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. Atual. Ampl.. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. revista e atualizadas. São Paulo: Editora, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Cornet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver.e atual. São Paulo – SP Saraiva 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional Teoria da Constituição*. 4. ed. revista, ampliada, atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALLES, Genaro Assumpção Pinto de. *O município na Constituição Federal e nas Leis*. Belo Horizonte - MG: Genaro, 2001.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. . revista e atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

ZANCANER, Weida, *Coleção de Temas de Direito Administrativos, da Convalidação e invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. e 2. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 1996.