

Poder Legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo

RAUL MACHADO HORTA

SUMÁRIO

1. Definições prévias. 2. Classificação dos sistemas jurídicos. 3. Lei, Poder Legislativo e sistemas jurídicos. 4. Deslocamento da atividade legislativa. 5. Conclusões.

1. Definições prévias

O tema envolve esclarecimentos prévios sobre a definição de monopólio e a abrangência espacial da lei como produto da atividade monopolística do Poder Legislativo.

É inerente ao monopólio a concentração e a exclusão de concorrência no domínio da atividade monopolizada. Monopolizar é açambarcar. É o controle exclusivo. Na linguagem econômica, o monopólio se caracteriza pela oferta monolítica e a demanda atomística. Vendedor e produtor únicos procuram satisfazer os desejos de uma infinidade de compradores, que não dispõem de meios para atuar na fixação do preço¹.

O "mundo contemporâneo" poderá ser identificado através das Constituições dos Estados soberanos que na atualidade o compõem, seja na pluralidade de suas manifestações, através dos tipos constitucionais representativos, ou mediante a referência individualizada a cada Constituição, para verificar se no agrupamento de Constituições-tipos ou na análise isolada de cada Constituição o Poder Legislativo detém o monopólio da lei. A identificação do "mundo contemporâneo", que é de alcance universal, também será obtida pela inserção do tema nos sistemas jurídicos, que congregam, em classificação homogênea, os ordenamentos jurídicos dos Estados contemporâneos. Inclino-me por

Raul Machado Horta é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ MARCHAL, Jean. *Cours d'Économie Politique* - v. I, 3ª ed., Librairie de Médecis, Paris, 1956, p. 707.

esta última orientação, que elimina a dispersão e concentra a análise nos sistemas jurídicos representativos de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos soberanos.

2. *Classificação dos sistemas jurídicos*

René David² dividiu o mundo em cinco sistemas jurídicos, a saber: O Sistema de Direito Ocidental, abrangendo o grupo francês e o grupo anglo-americano. No primeiro grupo, introduziu o direito dos países latinos e dos países germânicos e no segundo o direito inglês, o direito dos Estados Unidos da América, os direitos da Luisiana, de Quebec, da Escócia e da África do Sul. Completavam a classificação de René David o Sistema do Direito Soviético, o Sistema do Direito Muçulmano, o Sistema do Direito Hindu e o Sistema do Direito Chinês. Em obra mais recente, consagrada aos *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*³, René David, sem repudiar expressamente a classificação anterior, adotou o critério do agrupamento em "famílias jurídicas", para distinguir no mundo contemporâneo três grupos distintos: a família romano-germânica, a família da *common law* e a família dos direitos socialistas. O particularismo religioso e a diversa concepção sobre a função do direito levaram René David a excluir de sua classificação das famílias jurídicas o direito muçulmano, o direito hindu, o direito chinês e o direito africano. Léontin-Jean Constantinesco⁴, cujo *Traité de Droit Comparé* encerra notável contribuição renovadora aos estudos do Direito Comparado, partindo do entendimento de que as famílias jurídicas formam uma categoria intermediária entre o singular ordenamento jurídico estatal e o complexo Sistema Jurídico, que é o arquétipo superior, o coroamento das formas precedentes, preferiu a classificação macrocomparativa dos Sistemas Jurídicos, integrando em cada estrutura global as famílias jurídicas que o formam. Segundo Constantinesco, o Sistema Jurídico Europeu-Continental contém quatro diferentes famílias jurídicas: a família dos direitos romanísticos (direitos francês, italiano, espanhol, português, belga, luxemburguês e, parcialmente, o holan-

dês), cuja denominação comum decorre da influência direta do direito romano; a família latino-americana, compreendendo os direitos da América do Sul e da América Central; a família nórdica, congregando os direitos dinamarqueses, sueco, norueguês, finlandês e da Islândia; a família germânica, formada pelos direitos alemão, austriaco e suíço. A classificação de Constantinesco se desdobra no Sistema Anglo-Americano, que contém a família inglesa e a família norte-americana; no Sistema Soviético, no Sistema Islâmico, no Sistema Hindu, no Sistema Chinês e no Sistema Africano. O ordenamento jurídico universal se distribui por seis sistemas jurídicos autônomos e distintos.

A formulação da lei pelo Poder Legislativo é uma conquista histórica, que exprime a culminância de milenar processo político, a superação do poder individualizado do monarca absolutista pelo primado da Constituição e a implantação do Estado de direito. Cabe apurar, para responder ao enunciado do tema, se, nos sistemas jurídicos contemporâneos e nas diferentes famílias jurídicas em que eles se distribuem, a lei é monopólio do Poder Legislativo, encarado como sua fonte formal exclusiva.

3. *Lei, Poder Legislativo e sistemas jurídicos*

No Sistema Jurídico Anglo-Saxão, o direito inglês, não obstante a extensão do direito jurisprudencial e das convenções constitucionais, a soberania do Parlamento enlaça a soberania incontestável da lei. Dicey, em obra clássica⁵, sustentou a autoridade legislativa ilimitada do Parlamento, inspirando-se na doutrina de Blackstone e De Lolme, lembrando deste último a famosa passagem, segundo a qual, "é princípio fundamental, para os juristas ingleses, que o Parlamento pode fazer tudo, exceto tornar uma mulher em homem e um homem em mulher". Nos Estados Unidos, o artigo 1.º da Constituição Federal confere ao Congresso o exercício de todos os poderes legislativos: *All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States...* (Art. 1 - Sec. 1).

No Sistema Jurídico Europeu-Continental, o direito francês erigiu em regra fundamental do ordenamento a afirmação da lei como expressão da vontade geral, que se inscreveu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para se transformar, a partir de 1875, em

² *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé - Introduction à l'Étude des Droits Étrangers et à la Méthode Comparative* - LGDJ - Paris, 1950, p. 224.

³ *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* - 6ª ed., - Daloz - 1974, p. 23.

⁴ *Traité de Droit Comparé* - t. III - *La Science des Droits Comparés* - Economica, Paris, 1983, pp. 84/85 - 297/299.

⁵ DICEY, A.V., *Introduction à l'étude du Droit Constitutionnel* - Paris, Giard/Briere, 1902, pp. 35 a 37.

princípio configurador das instituições republicanas. A Constituição de 3 de setembro de 1791, reservando as funções legislativas ao Poder Legislativo (Capítulo III – Seção Primeira – Artigo 1.º), proíbia ao Poder Executivo a elaboração de qualquer lei, mesmo provisória, pois só lhe caberia expedir proclamações para ordenar ou recordar a execução das leis. A subordinação do Executivo à lei, expressão da vontade geral, conduziu a subordinação do Executivo ao Parlamento, que se tornou comportamento típico do regime parlamentar francês da III.ª e da IV.ª Repúblicas. Sendo a lei expressão da vontade geral e o Parlamento a fonte formal de revelação dessa vontade incontestável, o regime parlamentar francês daqueles períodos republicanos consolidou a soberania do Parlamento na soberania da lei.

René Capitant⁶, na profunda análise que dispensou às duas obras fundamentais de Carré de Malberg – *Contribution à la théorie générale de l'État et La loi, expression de la volonté générale* –, tornou claro que, na concepção do Professor de Strasbourg, a primazia da lei no Estado francês era incompatível com sua definição material. A plenitude da lei impunha a inexistência de determinado conteúdo material, para ser objeto dela, de modo que, não havendo a pré-determinação de conteúdo, a atividade do legislador se exerceria sem limitações, transformando em lei o que decorria de sua vontade soberana. Definir a lei por sua matéria, esclarecia René Capitant⁷, reproduzindo a concepção de Carré de Malberg, é defini-la pelo seu objeto. É presumir que o legislador dispõe de um domínio limitado de competência, conforme as matérias submetidas à sua regulamentação, com exclusão das que não o foram, e assim passam à autoridade exclusiva de outros órgãos. O Direito Público francês, fundado na concepção revolucionária da lei como expressão da vontade geral, expandiu-se sob a influência da regra formulada no Título III – Capítulo II – artigo 3.º – da Constituição de 3 de setembro de 1791:

Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi

O sistema soviético, ultrapassada a fase das transformações revolucionárias que se iniciaram com a conquista do poder, em 1917, ingres-

⁶ CAPITANT, René, *Cours de Principes du Droit Public* – 1953 – 1954 – *Les Cours de Droit* – Paris, p. 33.

⁷ ——— *Cours de Principes du Droit Public* – op. cit., p. 37.

sou, a partir de 1922, na prática do princípio da legalidade. Lembram René David e John N. Hazard⁸, em obra sobre *Le Droit Soviétique*, que, naquela altura da revolução bolchevique, Lênin sentiu a necessidade de reafirmar o princípio da legalidade, indispensável para restaurar a ordem e assegurar a edificação do socialismo. Trata-se de legalidade que os autores marxistas na fase anterior às mudanças ocorridas, recentemente, no Leste Europeu e na União Soviética, sempre adjetivaram de legalidade socialista, para estabelecer o antagonismo com a legalidade burguesa. No sistema soviético, o princípio da legalidade não convive com a separação de poderes e desenvolveu princípio próprio, o da unidade do poder. A inexistência da separação de poderes e a adoção de estrutura vertical do poder desfaz a exclusividade da fonte formal do ato legislativo, que poderá emanar de qualquer dos órgãos situados na culminância do poder do Estado. Os órgãos legislativos, o Soviete Supremo da União e das Repúblicas Federativas, não se concentram na atividade de votar as leis. Como observam René David e John Hazard, elaboram, também, decretos, *ordonnances* e decisões. Feitas estas observações, que registram particularidades do sistema soviético, ora em período de reajustamentos constitucionais, a lei é ato da competência do Soviete Supremo, nos termos dos artigos 113 e 114 da Constituição de 7 de outubro de 1977, incluindo-se na competência do Soviete Supremo a do *Presidium* (arts. 119 e 120), no intervalo das sessões, para modificar, em caso de necessidade, os atos legislativos vigentes na União Soviética (art. 122-1).

O sistema chinês, que adquiriu autonomia na classificação de Constantinesco, ou como integrante do sistema socialista, na classificação de René David, concebeu o seu sistema político partindo do modelo soviético de organização. No estudo exaustivo que dedicou a *La République Populaire de Chine*⁹, obra publicada na coleção *Les Systèmes de Droit Contemporains* do *Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, Tsien Tche-Hao acentua que o regime da República Popular da China

⁸ DAVID, René e HAZARD, John N., *Le Droit Soviétique* – Tome I – *Les données fondamentales du Droit Soviétique*. – Paris – LGDJ – 1954 – pp. 161/224.

⁹ DAVID, René, *La République Populaire de Chine – Droit Constitutionnel et Institutions*, LGDJ, 1970, pp. 40 e 232.

não pratica a separação de poderes. No seu lugar, instituiu a "harmonização" dos poderes. A Assembléia Popular Nacional, como o Soviete Supremo da União Soviética, é, ao mesmo tempo, órgão legislativo e órgão executivo e detém o poder do Estado. Comentando o artigo 22 da Constituição da China Popular de 1954, o mesmo autor informa que a Assembléia Popular é o único órgão do Poder Legislativo e não conhece restrição ao seu poder. Cabe à Assembléia elaborar e aprovar as leis. A Constituição da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982, mantém a estrutura anterior, considerando a Assembléia Popular Nacional o órgão supremo do poder do Estado e o Comitê o seu órgão permanente (art. 57). A Assembléia Nacional e o Comitê Permanente exercem o Poder Legislativo do Estado (art. 58). Cabe à Assembléia Popular votar o Código Penal, o Código Civil, as leis relativas à estrutura do Estado e outras leis essenciais, assim como as modificações introduzidas nessas leis. Entre os numerosos poderes do Comitê Permanente, destaca-se o de votar e modificar outras leis, além daquelas votadas pela Assembléia Popular. A participação mais intensa do Comitê Permanente no processo de elaboração das leis, seja como órgão do Poder Legislativo, ao lado da Assembléia Popular (artigo 58), ou como titular do poder de votar e emendar outras leis, além das que devem ser votadas pela Assembléia Popular, não subtrai a lei da competência do Poder Legislativo no atual sistema jurídico-constitucional da China Popular. À luz das atuais regras constitucionais e da interpretação que lhes dá conhecedor das instituições da China Popular, é razoável a inclusão do sistema chinês no grupo dos sistemas jurídicos que conferem ao Poder Legislativo o monopólio da lei.

O Sistema Jurídico Muçulmano é projeção do sentimento religioso que unifica o Estado, a sociedade e a comunidade. Maurice Flory e Robert Mantran¹⁰, no estudo que dedicaram ao regime político dos países árabes, esclarecem que, como sociedade teocrática, no mundo árabe-muçulmano a função do povo não é a mesma que ele desempenha nas democracias ocidentais. O povo — *Umma* — não tem por finalidade exprimir sua opinião, mas a de traduzir a vontade divina. A referência suprema do sistema não é o povo, mas a divindade islâmica. Os re-

presentantes que compõem as Assembléias não são escolhidos em função da vontade popular. O que importa para a investidura é o conhecimento da religião e a aproximação da vontade divina. As Assembléias árabes-islâmicas não possuem poder de decisão. São órgãos de consulta e não órgãos de legislação. A caracterização dominante da função consultiva das Assembléias como órgãos de consulta pode sofrer atenuações, que constituem exceções à regra geral. A Constituição da República Islâmica do Irã, de 15 de novembro de 1979, por exemplo, prevê a função legislativa da Assembléia Islâmica (artigo 71), mas, ao mesmo tempo, subordina a Assembléia à religião oficial do país (artigo 72) e à autoridade de um Conselho de Vigilância, encarregado de assegurar a prevalência dos preceitos islâmicos (arts. 91, 94 e 96).

O Sistema Jurídico Africano, a partir do processo de descolonização, caracterizou-se pela fertilidade constitucional, que converteu a África em amplo laboratório de experimentação das novas Constituições. A influência francesa e a influência inglesa no processo de constitucionalização justificaram a classificação do sistema africano em Estados francófilos e Estados anglófilos. O artificialismo da implantação das Constituições inspiradas nos modelos de suas matrizes constitucionais conduziu à instabilidade dos regimes políticos, com mudanças frequentes de Constituições, suspensão dos direitos individuais, ascensão e queda de regimes ditatoriais, esmagamento de minorias pelo domínio de partidos dominantes quando não do partido único dentro do Estado. Georges Lavroff¹¹, comentando os poderes das Assembléias Parlamentares no sistema constitucional dos Estados francófilos, assinalou a limitação material do Poder Legislativo em consequência da definição prévia do âmbito da lei, técnica inspirada na Constituição francesa de 1958, que contraiu a atividade legislativa, deixando fora de sua competência as matérias não explicitadas a seu favor. Com a ressalva das paralisações que atingem o funcionamento do Poder Legislativo, no sistema jurídico africano, a lei é ato do Poder Legislativo, conforme enunciam as regras das Constituições dos Estados francófilos¹² e dos

¹¹ LAVROFF, Dmitri Georges. *Les Systèmes Constitutionnels en Afrique Noire - Les États Francophones*, Pedone, Paris, 1976, p. 65.

¹² LAVROFF, Dmitri Georges, op. cit., que abrange as Constituições da República Popular de Bénin

¹⁰ FLORY, Maurice e MANTRAN, Robert, *Les Régimes Politiques des Pays Arabes*, PUF, Paris, 1968, p. 139.

Estados anglófilos¹³.

O sistema jurídico da Índia, incluído nas classificações de René David e de Léontin Constantinesco, reflete os condicionamentos da complexa estrutura territorial, política e étnica da República da Índia. A Constituição da Índia, de 26 de janeiro de 1950, com seus trezentos e noventa e três artigos e nove anexos, dentre eles o Anexo VII, que abrange as exaustivas listas de competências da União, dos Estados e das matérias concorrentes, é o instrumento de ordenação do diversificado sistema jurídico indiano, no qual a confecção da lei é prerrogativa do Parlamento bicameral. As normas de elaboração da lei são abundantes na Constituição (arts. 79/122), que ingressou nas minúcias de natureza regimental (arts. 86, 87, 93, 94, 95, 96, 98, 109, 110, 114, 115, 116, 117 e 118).

A análise dos sistemas jurídicos demonstra que a lei é, de modo geral, considerada como ato cuja elaboração constitui monopólio do Poder Legislativo, salvo no sistema jurídico muçulmano, dominado pela concepção teocrática do poder, e no sistema jurídico africano, quando as manifestações cíclicas do poder individualizado promovem a substituição da vontade do órgão legislativo pela vontade do ditador. O Poder Legislativo é a sede da lei formal e da lei material. No primeiro caso, para identificar a fonte da lei no Parlamento e no segundo para indicar o conteúdo da lei, como fazem os ordenamentos constitucionais, a exemplo do brasileiro, que discriminam na Constituição a matéria, vale dizer, o conteúdo da lei.

Não é o monopólio da lei formal e da lei material que está em causa no mundo contemporâneo. O que nele ocorreu é fenômeno diverso. Trata-se do deslocamento parcial da atividade

legislativa para outros titulares, aos quais as Constituições contemporâneas permitem, através de técnicas e de procedimentos apropriados, o exercício de competência legislativa, para emanar atos distintos da lei, mas que possuem a força e o valor da lei. Essas técnicas e procedimentos não são criações do mundo contemporâneo. Lançam raízes no passado e denunciam, pelo menos, a desconfiança na competência do Poder Legislativo para legislar rapidamente ou atender situações de emergência. O deslocamento parcial da atividade legislativa do Parlamento para outros centros de legislação não constitui procedimento raro e restrito a este ou àquele Estado. É fenômeno generalizado, que se disseminou nos sistemas jurídicos contemporâneos. Ingressou nas democracias clássicas e nas democracias modernas, nos regimes republicanos e nos regimes monárquicos, nas Constituições presidencialistas e nas Constituições parlamentaristas. Após o choque inicial, que feriu os preceitos da doutrina constitucional fundada na separação de poderes e na distribuição orgânica de competências, aoenando com a ameaça da ditadura, o procedimento e as técnicas que preconizaram a adoção de novas formas de atividade legislativa, além da lei formal e da lei material, encontraram a tranqüila consagração nos textos constitucionais do governo representativo.

4. Deslocamento da atividade legislativa

O decreto-lei é a forma remota de deslocamento da atividade legislativa do Parlamento para o Poder Executivo, representando, ao lado dos *provvedimenti provvisori* e das medidas provisórias, instituídas, contemporaneamente, na Constituição da Itália de 1947 e na Constituição do Brasil de 1988, as espécies mais radicais de legislação direta e autônoma do Executivo. Santi Romano¹⁴ ilustrou a energia dessa forma governamental de legislação direta na utilização do decreto-lei, em 1908, no ordenamento italiano, para enfrentar as consequências do que ele denominou de "cataclisma telúrico", verificado nos territórios de Messina e Reggio-Calabria. A necessidade e a urgência impuseram o apelo ao decreto-lei, para acudir à população desabrigada, restabelecer serviços públicos e assegurar a ordem pública. Em função de ocorrências de tal gravidade, desenvolveu-se na Itá-

(1959); República de Burundi (1974); República dos Camarões (1972); República Centro-Africana (1959 - 1960); República Popular do Congo (1973); Costa do Marfim (1959 - 1960); Gabão (1959 - 1961); Guiné (1958); Alto Volta (1959 - 1960 - 1970); Madagascar (1959 - 1960 - 1975); Mali (1960 - 1974); Mauritània (1961); Níger (1959 - 1960); Quanda (1962); Senegal (1959 - 1960 - 1963 - 1970); Tchad (1959-1960-1962); Togo (1960 - 1961); Zaire (1964 - 1974) (34).

¹³ LAVROFF, D. G., PEISER, G., *Les Constitutions Africaines - Tome II - États Anglophones*, Paris, Ed. A. Pédone, 1964, que contém as Constituições da República da África do Sul (1961), República de Ghana (1960), República da Libéria (1847), República da Nigéria (1963), Uganda (1962), Serra Leoa (1961), República de Tanganyka (1961) (7).

¹⁴ ROMANO, Santi, *Sui Decreti-Legge e lo Stato di Assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, Scritti Minori, Milano, Giuffrè Ed., 1950, p. 287.

lia o conceito de *necessità e urgenza* para justificar a adoção de poderes legislativos extraordinários do governo. A *necessità* converteu-se em fonte sobre a produção de normas¹⁵. Na França¹⁶, a legislação governamental na via do decreto-lei foi adotada no período da guerra de 1914 – 1918, após resistências do Parlamento, que o Ministério Clemenceau transpôs, quando obteve a aprovação da lei de 10 de fevereiro de 1918, autorizando o governo a expedir decretos com força de lei, em matéria de abastecimento, observada a cláusula de posterior ratificação das Câmaras. A legislação por decretos-leis alcançou intensidade a partir de 1924, sob o Gabinete Poincaré, e adquiriu habitualidade a partir de 1934, com autorização concedida ao Presidente Doumergue, em 1935 (Gabinete Pierre Laval), 1937 (Ministério Chautemps), em 1938 e 1939, com a outorga de plenos poderes ao Ministério Daladier, na preparação do esforço de guerra. A lei de 8 de dezembro de 1939 tornou o emprego de decretos-leis a forma de legislação permanente do governo de guerra. Na Alemanha, sob a Constituição de Weimar, de 19 de agosto de 1919, o artigo 48 atribuía ao Presidente da República competência para adotar medidas assemelhadas ao decreto-lei, visando ao restabelecimento da ordem e da segurança públicas, quando gravemente perturbadas ou ameaçadas. No Brasil, o decreto-lei, como manifestação autoritária da legislação direta do Poder Executivo, surgiu na *Carta de 10 de novembro de 1937*, precedido de autorização do Parlamento, dentro das condições e dos limites fixados pelo ato de autorização (art. 12), ou, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, nas matérias de competência legislativa da União não exercitadas expressamente (art. 13, *a a h*), para, finalmente, converter-se na forma permanente de pletórica legislação presidencial, durante a vigência da *Carta de 1937* (art. 180). A *Constituição Congressual de 24 de janeiro de 1967* reintroduziu o decreto-lei no ordenamento jurídico brasileiro (art. 46, V), conferindo ao Presidente da República a competência para expedir, em casos de urgência ou de interesse público relevante, “desde que não haja aumento de despesa”, em matérias pré-determinadas, as quais, pela sua amplitude, colidiam com a proi-

bição de aumento de despesa. O decreto-lei dependia de apreciação do Congresso Nacional, que não poderia emendá-lo, e, se não fosse apreciado no prazo de sessenta dias, seria automaticamente aprovado. A eventual rejeição do decreto-lei, que gozava de vigência imediata, não acarretaria a nulidade dos atos praticados (art. 55, I, II e III, parágrafos 1.º e 2.º). Contemporaneamente, no sistema jurídico ocidental, o decreto-lei, como atividade legislativa do Executivo ou do governo, ingressou na *Constituição da Itália de 1947* (artigo 77, §§ 2.º e 3.º), na *Constituição de Portugal de 1976* (art. 201 – 1, *a, b, c, 2, 3, art. 172 – 1, 2, 3, 4 e 5*) e na *Constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978* (artigo 86, 1, 2, 3), aqui referidas como textos representativos do sistema jurídico, sem caráter de exaustividade nesta referência. Abandonando a designação de decreto-lei, que recordava a larga utilização do instituto no período do regime fascista, a *Constituição Italiana* cunhou nova expressão – *provvedimenti provvisori con forza di legge*, para alcançar os mesmos efeitos do decreto-lei, através da legislação governamental. Os *provvedimenti provvisori* devem ser apresentados às Câmaras para apreciação no mesmo dia. Os decretos, como passa a denominá-los o terceiro parágrafo do artigo 77 da *Constituição da Itália*, perderão eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. Neste caso, as Câmaras poderão regular na lei as relações jurídicas que surgirem na vigência dos decretos não convertidos (art. 77). A *Constituição de Portugal de 1976*, com as revisões de 1982 e 1989, após enumerar as matérias que constituem objeto da exclusiva competência legislativa da Assembleia da República (art. 167 – *a a p*), confere ao governo – órgão constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros, pelos Secretários e Subsecretários de Estado (art. 186, 1) –, no exercício de funções legislativas, a competência para expedir decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República, em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta, e para desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscreveram (art. 201, 1, *a a c*). Dessas três modalidades, a primeira corresponde ao decreto-lei que resultar da iniciativa direta do Governo, enquanto a segunda e a terceira se ajustam à legislação delegada ao Governo, provindo de lei de autorização legislativa ou de lei de bases (art. 201,

¹⁵ MORTATI, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. II, op. cit., p. 640.

¹⁶ DUVERGER, Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, v. 2, PUF, 1971, pp. 74 e 75.

3). Os decretos-leis nas matérias não reservadas à Assembléa da República, no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, não são submetidos à apreciação da Assembléa da República (art. 172.1). A *Constituição da Espanha de 1978*, inspirando-se na Constituição da Itália, autoriza o Governo, que se compõe do Presidente, dos Vice-Presidentes, dos Ministros e de outros membros previstos na lei (art. 98. 1), a expedir, em caso de extraordinária e urgente necessidade, disposições legislativas provisórias, sob a forma de decretos-leis, mas se afasta da matriz constitucional italiana, para ressaltar que os decretos-leis não poderão atingir o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, regulados no Título I, o regime das comunidades autónomas, nem o Direito Eleitoral geral (art. 86). A Constituição determina que os decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos ao debate e votação pelo Congresso dos Deputados, dentro do prazo de trinta dias, a contar de sua promulgação, para fins de convalidação ou derrogação. As Cortes, no mesmo prazo de trinta dias, poderão submetê-los à tramitação como projetos de leis, em procedimento de urgência.

A *delegação legislativa*, outra forma que operou o deslocamento parcial da atividade legislativa do Parlamento para a área do Poder Executivo ou do Governo, floresceu, originariamente, nos regimes parlamentares, permanecendo o regime presidencial, durante largo período, hostil a essa modalidade de legislação governamental, como evidenciam a *Constituição norte-americana de 1787* e o constitucionalismo brasileiro que precedeu à breve experiência do regime parlamentar, no período de 1960–1963, e à Constituição congressional de 1967.

Na *Inglaterra*, modelo de regime parlamentar, a legislação delegada comporta uma distinção entre a delegação normal e a delegação anormal ou legislação de crise. Enquanto a primeira atende a exigências da pressa e da complexidade técnica dos textos legais, a segunda, como destacou Paul Visscher¹⁷, tem sua origem em circunstâncias excepcionais e bruscas: guerras, crises económicas, perturbações internas. A legislação de crise, imposta pela guerra de 1914–1918 – *Defense of the Realm Act 1914* – reproduziu-se nos *Emergency Powers (Defense)*

Acts, de 24 de agosto de 1939 e 22 de maio de 1940, verdadeira legislação de plenos poderes. A discricionariedade da legislação delegada suscitou vivas reações na Inglaterra. Lord Hewart of Bury, antigo *Chief Justice*, exprimiu essas resistências, em livro que alcançou larga repercussão – *The New Despotism*, no qual sustentou que a prática da legislação delegada resultava de um *complot* de altos e ambiciosos funcionários interessados em anular os poderes soberanos do Parlamento inglês.

Nos Estados Unidos, a legislação delegada embutida na legislação do *New Deal* provocou a forte resistência da Suprema Corte, em sucessivas declarações de inconstitucionalidade, fundadas na interpretação constitucional da separação dos poderes e na ausência de *standard*, que pudesse dirigir ou limitar os poderes do Presidente, como frisou o Juiz Cardoso¹⁸ na sua *concurring opinion*, manifestada no famoso caso *Schechter Poultry Corp. "et al." v United States* (1935).

Contemporaneamente, a técnica da legislação delegada, que Burdeau¹⁹ disse ser o tributo que a democracia presta à razão de Estado, tornou-se comum às Constituições parlamentaristas da Itália, da Alemanha, da França, de Portugal e da Espanha.

A *Constituição da Itália* contempla forma moderada de delegação legislativa, que afasta a atração exercida pela concessão de plenos poderes. Preferiu a delegação controlada, assim concebida no artigo 76, *verbis*:

"L'esercizio della funzione legislativa non puo essere delegato al governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti."

A lei de delegação é o ato instrumental do Parlamento, para atribuir ao governo o poder-dever de legislar dentro das limitações constitucionais, e o decreto com valor de lei é o ato do Governo que exterioriza o exercício da função legislativa delegada, como dispõe a primeira parte do artigo 77 da Constituição.

A *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, de 23 de maio de 1949, prevê a habilitação legislativa ao governo federal, um

¹⁸ TRESOLINI, Rocco J., *American Constitutional Law*, The Macmillan Company, New York, 1959, pp. 137 e 138.

¹⁹ BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, t. VIII, Paris, LGDJ, 1974, p. 561.

¹⁷ VISSCHER, Paul, *Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise*, Casterman, Paris, 1947, pp. 28 e 29.

ministro federal ou aos governos dos Estados, com as cautelas da delegação controlada, conforme o modelo italiano. A lei que conferir a competência para expedir regulamento de direito (*Rechtsverordnungen*) determinará o conteúdo, o fim e a extensão da habilitação, constituindo essa medida o fundamento jurídico do regulamento (art. 80).

A *Constituição da França de 4 de outubro de 1958*, que acolheu a concepção de poder de De Gaulle, facultou ao governo, para execução de seu programa, solicitar ao Parlamento autorização para adotar por *ordonnances*, durante prazo limitado, medidas que se situam normalmente no domínio da lei. As *ordonnances* são decididas em Conselho de Ministros, após o parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor desde sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for apresentado ao Parlamento na data fixada pela lei de habilitação (art. 38).

Dois inovações da Constituição de 1958 abalaram a tradicional concepção do Direito Público francês, fundada no monopólio da lei pelo Parlamento: a que definiu as matérias da lei, seja para fixar regras ou para determinar os princípios fundamentais (art. 34), e a que, nas condições estabelecidas no artigo 16, investiu o Presidente da República na competência de poderes extraordinários para adotar as medidas exigidas, quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais forem ameaçadas *d'une manière grave et immédiate* (art. 16). Burdeau²⁰ identificou nessas inovações o rompimento da tradição republicana do monopólio legislativo pelas Assembléias francesas. Claude Leclercq²¹ entende que a distinção entre o domínio da lei e o domínio do regulamento, estabelecida nos artigos 34 e 37, representa o abandono do princípio que assegurava a primazia da lei e os poderes extraordinários do artigo 16 concentram no Presidente da República a totalidade dos poderes legislativo e regulamentar. Jacques Cadart²² qualifica de revolução jurídica a nova definição de lei e de regulamento. A determina-

ção das matérias que constituem objeto da lei e a indefinição do que poderá ser matéria regulamentar, abrangendo tudo o que não estiver incluído no domínio da lei (art. 37), tornou excepcional o domínio da lei e de direito comum o poder regulamentar autônomo do Governo. Outra inovação da Constituição francesa que conflita com princípios do governo representativo, incorporados ao Direito Público Republicano, tão zelosamente preservado na III.^a e IV.^a Repúblicas, é o da chamada lei referendária, cujo projeto é submetido diretamente ao *referendum* popular, dispensando a deliberação parlamentar sobre ele. O Presidente da República, mediante proposição do Governo ou iniciativa conjunta das duas Assembléias, na forma do artigo 11, poderá submeter ao *referendum* projeto de lei dispendo sobre a organização dos poderes públicos, a aprovação de acordo da comunidade ou a ratificação de Tratado que tenha repercussão no funcionamento das instituições. Comentando o alcance do artigo 11, Burdeau²³ concluiu ter ele introduzido na França duas categorias de leis: as leis parlamentares e as leis referendárias.

A *Constituição de Portugal* abrandou a reserva absoluta de competência legislativa da Assembléia da República, que consagra a indelegabilidade das matérias incluídas nessa competência (art. 167, de *a a p*), com a reserva relativa de competência legislativa, que prevê autorização ao governo para legislar sobre a amplíssima matéria situada nesse domínio (art. 168 -1, *a até z e aa*). As regras constitucionais que disciplinam a legislação governamental contêm, entre outras, as seguintes disposições: as leis de autorização legislativa devem definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada; as autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo de sua execução parcelada; as autorizações caducam com a demissão do governo a que tiverem sido concedidas, com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembléia da República (art. 167, 2 a 4).

A *Constituição da Espanha de 1978*, como as Constituições da França e de Portugal e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, filia-se ao modelo da delegação ou habilitação legislativa controlada, concebido na Constituição da Itália de 1947, que afasta os temores suscitados pela técnica dos plenos poderes, difundida na versão francesa do cons-

²⁰ BURDEAU, Georges, op. cit., p. 568.

²¹ LECLERCQ, Claude, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7^a ed., Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1990, pp. 578, 579 e 593.

²² CADART, Jacques, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, t. II, 2^a ed., LGDJ, 1980, pp. 1069, 1073 e 1074.

²³ BURDEAU, Georges, op. cit., p. 472.

titucionalismo do primeiro pós-guerra. Estabelece a Constituição que as Cortes Gerais poderão delegar ao Governo o poder de expedir normas com força de lei sobre determinadas matérias, excluídas as matérias que constituem objeto das leis orgânicas (art. 82-1 c/c art. 81). A lei de bases será o instrumento formal da delegação legislativa, quando se tratar da formação de textos articulados. A delegação se fará na via da lei ordinária, para refundir diversos textos legais em texto único. Várias cautelas condicionam, de modo geral, a delegação legislativa (art. 82-3) e, especificamente, a prescrição de que as leis de bases delimitarão o objeto e o alcance da delegação legislativa e os princípios e critérios que deverão regular o seu exercício (art. 82.4).

No *Direito Constitucional Brasileiro*, a delegação legislativa encontrou prolongada resistência no período republicano, não obstante a disfarçada forma de delegação adotada nas autorizações orçamentárias da Primeira República, responsáveis pelos "orçamentos babilônicos", prática que Rui²⁴ condenou com severidade, qualificada por ele de

"recurso da administração contra ambas as Casas do Congresso, a fim de lhes subtrair, sem debate, à última hora, achamboiradas e disfarçadas nas leis de meios, exigências absurdas...".

Acentuando a restrição isolada que se continha na *Constituição Federal de 1891*, para vedar ao titular de um dos Poderes o exercício de funções de outro (art. 79), as Constituições Federais de 1934 (art. 3.º, § 1.º) e de 1946 (art. 36, § 2.º), em redação coincidente, vedaram a qualquer dos Poderes delegar atribuições. Afonso Arinos de Melo Franco²⁵, referindo-se à *Constituição de 1946*, lamentou a proibição, na qual localizava "um dos mais infelizes dispositivos de nossa Constituição". Na vigência da Constituição de 1946, a *Emenda Constitucional n.º 4*, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo, introduziu a legislação delegada no *Direito Constitucional Brasileiro*, estabelecendo o paralelismo entre a delegação legislativa e o regime parlamentar (art. 22, parágrafo único). Extinta com o restabelecimento do regime presidencial, em 1963, a dele-

gação legislativa encontrou ampla utilização no Gabinete Brochado da Rocha. A *Constituição Federal de 1967* reintroduziu a delegação no processo legislativo federal, sob a forma da lei delegada (arts. 49, IV, 55), excluindo da legislação delegada determinadas matérias (art. 55, parágrafo único, I a III), dentro da concepção de delegação legislativa controlada, que adotou, para submetê-la à especificação do conteúdo e aos termos disciplinadores de seu exercício (art. 57). A preferência presidencial pela legislação abreviada e de urgência, sujeita à deliberação automática, por decurso de prazo, que a Constituição autorizava (art. 54, §§ 1.º e 3.º), converteu em norma ineficaz a delegação legislativa, relegada ao desuso constitucional. A *Constituição da República de 5 de outubro de 1988* manteve a delegação no processo legislativo (arts. 59, IV e 68), perfilhando a concepção de legislação controlada, que consagra as matérias indelegáveis (art. 68, § 1.º, I a III), cujo campo se dilata pela inclusão nesse domínio da matéria reservada à lei complementar e da legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. A resolução do Congresso Nacional, que dispuser sobre a delegação ao Presidente da República, deverá especificar o conteúdo da delegação e os termos de seu exercício, exigência da legislação controlada. A delegação legislativa perdura inexplorada. Outros instrumentos de aceleração legislativa gozam da preferência presidencial, como a legislação de urgência, para os projetos de iniciativa do Presidente da República (art. 64, §§ 1.º e 2.º) e a legislação governamental direta, na via larga das *medidas provisórias com força de lei*, (art. 62, parágrafo único). Duzentos e noventa e nove medidas provisórias, adotadas na vigência da *Constituição Federal de 1988*, até a data de 1.º de outubro de 1991, demonstram a frequência e a intensidade desse procedimento, que a Constituição reserva aos casos de relevância e de urgência, dentro da competência privativa do Presidente da República (arts. 62, 84, XXVI). Medidas provisórias com força de lei, que independem de autorização congressual prévia e emanam da vontade do Presidente da República, no exercício monocrático do Poder Executivo (*Constituição da República*, art. 76), como é da índole do regime presidencial brasileiro, conduzem à legislação de plenos poderes, atenuada pela audiência imediata do Congresso Nacional e a implícita vedação da matéria insubtraível ao Congresso, por interpretação analógica da regra da indele-

²⁴ BARBOSA, Rui, *Comentário à Constituição Federal Brasileira* - Coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, v. II, Livraria Acadêmica, p. 182

²⁵ *Estudos de Direito Constitucional*, Ed. Revista Forense, Rio, 1957, p. 96.

gabilidade legislativa. Já assinala²⁶, em estudo dedicado às "medidas provisórias", o equívoco em que incorreu o constituinte brasileiro ao transpor para o regime presidencial técnica legislativa do regime parlamentar italiano, no qual a adoção dos *provvedimenti provvisori* decorre de decisão colegiada do governo, envolvendo a responsabilidade política inerente ao regime parlamentar.

5. Conclusões

No mundo contemporâneo, o monopólio da lei reside no Poder Legislativo. A lei é ato do *brãço legislativo*, nas suas várias denominações de Parlamento, Congresso, Câmaras, Assembléias, conforme a preferência da Constituição, sancionado ou promulgado pelo Poder Executivo. Aí temos a ineliminável lei formal que a matéria da lei acrescenta ao conteúdo da lei material. A localização da lei no Poder Legislativo é constante e generalizada nos sistemas jurídicos do mundo contemporâneo. A mudança ocorreu em outro plano, o do deslocamento da atividade legislativa para o governo, através do decreto-lei, da legislação delegada, dos *provvedimenti provvisori*, e das medidas provisórias, reduzindo a intensidade do monopólio legislativo, sem a perda da competência exclusiva de elaboração da lei. A atividade legislativa paralela do Poder Executivo, em períodos normais ou em períodos de crises, passou a compartilhar do exercício da atividade legislativa, atingindo a exclusividade da competência legislativa que o Poder Legislativo deteve no esplendor da democracia clássica e do liberalismo político e econômico. Formas redutoras da intensidade legislativa do Parlamento igualmente se

situam nas técnicas contemporâneas que privilegiam a iniciativa legislativa do Poder Executivo, mediante os procedimentos abreviados e de urgência, ou ainda no controle da deliberação legislativa através da fixação da ordem do dia das Câmaras. No excelente estudo sobre o funcionamento de Paramentos, Milton Campos e Nelson Carneiro²⁷ apontaram o declínio da iniciativa parlamentar das leis, as restrições ao poder de emendar e a presença do Executivo no mecanismo parlamentar da deliberação como manifestações das mudanças operadas no processo legislativo contemporâneo. Não desconhecendo as exigências que conduzem à configuração dos poderes legislativos extraordinários e de urgência, estou convencido de que a retomada da plenitude legislativa do Parlamento, além das providências regimentais que visam ao aprimoramento do trabalho legislativo, no âmbito de seu funcionamento cotidiano, poderá ser alcançada na técnica da legislação pelas comissões e nos instrumentos dessa legislação mais rápida, que a Constituição da Itália de 1947, em visão antecipadora, particularizou no procedimento normal e nos procedimentos abreviados, que conduzem à legislação pelas comissões. Nas técnicas parlamentares de procedimento abreviado, como as que se encontram na Constituição da Itália, o Poder Legislativo mantém a intensidade da competência de legislar e assegura a necessária rapidez da legislação, dispensando ou, pelo menos, reduzindo a níveis mínimos a expansão da legislação governamental através dos poderes extraordinários do Executivo ou do Governo.

²⁶ MACHADO HORTA, Raul, "Medidas Provisórias", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n.º 107, jul./set., 1990, pp. 5 a 18.

²⁷ CAMPOS, Milton e CARNEIRO, Nelson, *Estudo sobre o funcionamento dos Paramentos da Grã-Bretanha, República Federal Alemã, França, Itália, Estados Unidos da América, México e Peru*, Serviço Gráfico do Senado Federal, Brasília, DF, 1966, pp. 16 a 19.