

Núcleo de Estudos e
Pesquisas do Senado



**LIMITES DA INICIATIVA PARLAMENTAR
SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**Uma proposta de releitura do art. 61,
§ 1º, II, e, da Constituição Federal**

João Trindade Cavalcante Filho

Textos para Discussão

122

Fevereiro/2013

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Doris Marize Romariz Peixoto – Diretora Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Claudia Lyra Nascimento – Secretária Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

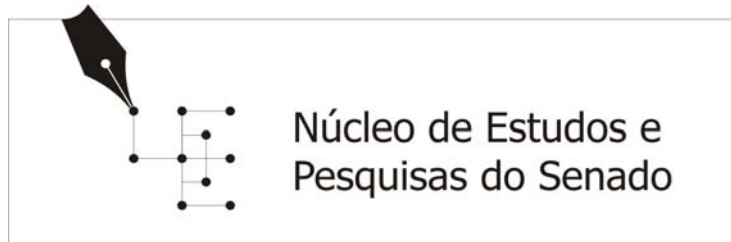
Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor Geral

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS

Orlando de Sá Cavalcante Neto – Consultor Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Diretor



Criado pelo Ato da Comissão Diretora nº 10, de 2011, o Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal tem por missão organizar, apoiar e coordenar projetos de estudos e pesquisas que visem à produção e à sistematização de conhecimentos relevantes para o aprimoramento da atuação do Senado Federal.

Contato:

conlegestudos@senado.gov.br

URL: www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

LIMITES DA INICIATIVA PARLAMENTAR SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

UMA PROPOSTA DE RELEITURA DO ART. 61, § 1º, II, *e*,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estipula, entre as hipóteses de iniciativa privativa do Presidente da República, as leis que criem ou extingam órgãos ou entidades da Administração Pública Federal. Todavia, cabe indagar em que medida essa restrição impede o legislador de, por iniciativa própria, legislar sobre políticas públicas. O tema, analisado à luz da doutrina e a partir de uma leitura crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revela possibilidades amplas de formulação de políticas públicas por iniciativa parlamentar, desde que respeitados determinados parâmetros constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas; iniciativa legislativa; interpretação constitucional.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	INICIATIVA PRIVATIVA DO EXECUTIVO: FUNDAMENTOS E LIMITES	7
2.1	INICIATIVA PRIVATIVA: NOÇÕES E ESCORÇO HISTÓRICO	7
2.2	A INICIATIVA PRIVATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	10
2.3	FUNDAMENTOS DA INICIATIVA PRIVATIVA E LIMITES PARA A INTERPRETAÇÃO DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS	10
3	INICIATIVA LEGISLATIVA DE POLÍTICAS PÚBLICAS	13
3.1	ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	13
3.1.1	A PRIMEIRA FASE: A PRIVATIVIDADE DO EXECUTIVO DA INICIATIVA DE LEIS SOBRE <i>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</i>	16
3.1.2	A SEGUNDA FASE: INICIATIVA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO DE LEIS QUE CRIEM ÓRGÃOS OU FIXEM SUAS ATRIBUIÇÕES.....	17
3.1.3	EM VIAS DE UMA TERCEIRA FASE?	20
4	UMA PROPOSTA DE LEITURA DO ART. 61, § 1º, II, <i>e</i> , DA CF.....	21
4.1	POLÍTICAS PÚBLICAS: DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO CONCEITUAL	21
4.2	ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INICIATIVA PARLAMENTAR DE POLÍTICAS PÚBLICAS..	22
4.3	OS LIMITES À FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR INICIATIVA DO LEGISLATIVO	27
4.4	DOIS EXEMPLOS DE FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR INICIATIVA DO LEGISLATIVO	30
5	CONCLUSÕES	31
	BIBLIOGRAFIA	32

LIMITES DA INICIATIVA PARLAMENTAR SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

UMA PROPOSTA DE RELEITURA DO ART. 61, § 1º, II, e, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

João Trindade Cavalcante Filho¹

1 INTRODUÇÃO²

O sistema de independência de harmonia entre os poderes, tal como adotado pelo constituinte de 1988, tem um dos pontos fundamentais na definição das hipóteses de iniciativa legislativa.

Existem, dessarte, casos da chamada iniciativa comum (por alguns chamada de concorrente), em que as proposições legislativas podem ser iniciadas por qualquer Deputado Federal, ou Senador, ou Comissão, ou pelo Presidente da República. Do mesmo modo, existe a possibilidade de exercício da iniciativa popular (Constituição Federal – CF, art. 61, § 2º). E, em alguns casos específicos, a Constituição estabelece que somente algumas autoridades podem propor projetos de lei sobre determinados temas: trata-se da iniciativa privativa, também chamada de exclusiva, ou reservada³.

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal, na área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor de Direito Constitucional e Processo Legislativo Constitucional em cursos de Pós-Graduação em Gestão Pública e em Direito Constitucional.

² Agradeço o apoio dos colegas Consultores Legislativos do Senado Federal Fernando B. Meneguim e Renato Monteiro de Rezende. Ao primeiro, pela disponibilização da estrutura do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal para permitir a produção deste Texto; ao segundo, pela cuidadosa revisão dos originais, com correções e sugestões que melhoraram sobremaneira o trabalho.

³ No Direito Constitucional, geralmente as palavras *privativo* e *exclusivo* indicam uma competência delegável e indelegável, respectivamente. Todavia, no processo legislativo, essa distinção perde sentido, pois a Constituição usou as palavras indistintamente. Por exemplo: no art. 61, § 1º, a CF utilizou a expressão *privativa*. Já no art. 63, I, a Carta usa, para tratar da mesma matéria, a expressão *exclusiva*. Veja-se o que explica Henrique Savonitti Miranda: *o legislador constituinte utilizou as expressões 'iniciativa privativa', no § 1º do art. 61 da Constituição Federal, e 'iniciativa exclusiva', no inciso I do art. 63, como sinônimas*. MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2007, p. 650.

No presente Texto, buscamos analisar os limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas. A questão a que pretendemos responder é: pode o Legislativo iniciar projetos de lei que instituem políticas públicas? Ou se trata de iniciativa exclusiva do Poder Executivo?

Como se vê, o objeto do estudo é eminentemente dogmático. Busca-se analisar o alcance e o conteúdo do art. 61, § 1º, II, *e*, da CF (na redação dada pela Emenda Constitucional – EC nº 32, de 11 de setembro de 2001), que dispõe:

Art. 61.
§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
.....
II – disponham sobre:
.....
e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
.....

Nesse contexto, analisaremos, sob um prisma teórico, as hipóteses que estão ou não contidas na restrição veiculada pelo dispositivo citado, de modo a poder concluir pela incidência, ou não, do comando normativo, em relação às leis que dispõem sobre políticas públicas.

Para tanto, será necessário recorrer à doutrina e à interpretação jurisprudencial, de modo a delimitar a incidência do texto normativo. Também não se dispensará o recurso à interpretação histórica, principalmente tendo-se em conta a alteração trazida ao dispositivo pela EC nº 32, de 2001.

Num primeiro ponto, apontaremos os fundamentos e os limites da iniciativa privativa. Depois, realizaremos um cotejo analítico da jurisprudência do STF acerca do tema. Logo após, recorreremos à doutrina para analisar pontualmente a alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF. Buscaremos também aportes da definição de *políticas públicas*, com a finalidade de apreciar a incidência, ou não, do dispositivo, nessa hipótese, para, enfim, apresentar as conclusões do estudo.

2 INICIATIVA PRIVATIVA DO EXECUTIVO: FUNDAMENTOS E LIMITES

2.1 INICIATIVA PRIVATIVA: NOÇÕES E ESCORÇO HISTÓRICO

Dentro do esquema tradicional de separação de poderes, sequer poderia o Executivo propor projetos de lei⁴. É por isso que Montesquieu já sustentava ser lícito ao Chefe do Executivo exercer a faculdade de impedir (vetar), mas não a faculdade de estatuir (propor)⁵. Todavia, as Constituições brasileiras tradicionalmente não só atribuem ao Chefe de Governo a possibilidade de propor projetos de lei, como também lhe conferem a exclusividade dessa iniciativa, em alguns casos.

A Constituição Imperial de 1824 já atribuía ao Executivo a possibilidade de propor leis (art. 53), embora não previsse expressamente casos de iniciativa privativa.

De maneira semelhante, a Constituição de 1891 previu a iniciativa parlamentar como regra (arts. 29 e 36); embora também se referisse à iniciativa de leis pelo Executivo, não lhe conferiu exclusividade nisso.

Foi a Constituição de 1934 que instituiu, pela primeira vez, regra de iniciativa privativa do Presidente da República:

Art. 41. A iniciativa dos projetos de lei, guardado o disposto nos parágrafos deste artigo, cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, ao Plenário do Senado Federal e ao Presidente da República; nos casos em que o Senado colabora com a Câmara, também a qualquer dos seus membros ou Comissões.

§ 1º Compete exclusivamente à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República a iniciativa das leis de fixação das forças armadas e, em geral, de todas as leis sobre matéria fiscal e financeira.

§ 2º Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais, quanto aos respectivos serviços administrativos, **pertence exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que aumentem vencimentos de funcionários, criem empregos em serviços já organizados, ou modifiquem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas.**

§ 3º Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados.

⁴ Exemplo de ordenamento que segue à risca esse mandamento, negando qualquer iniciativa formal ao Executivo, é a Constituição dos Estados Unidos da América (Art. 1º, Seção nº 7).

⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, pp. 192-193.

Perceba-se, contudo, que essa exclusividade da iniciativa presidencial restringia-se a três aspectos: *a)* aumento dos vencimentos dos funcionários do Executivo; *b)* criação de empregos em serviços *já organizados*; e *c)* fixação (do efetivo) das Forças Armadas⁶.

Já a Constituição de 1937, de forma isolada na história constitucional brasileira, *inverteu* a lógica da separação de poderes, atribuindo, *como regra*, a iniciativa de projetos de lei ao Executivo:

Art. 64. A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outros resulte aumento de despesa.

§ 1º A nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projetos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um quinto de Deputados ou de membros do Conselho Federal.

.....⁷.

A Constituição de 1946 retomou, em linhas gerais, o esquema estabelecido pela Constituição de 1934 (art. 67, § 2º), com a iniciativa comum, como regra, mas com o estabelecimento da exclusividade do Executivo para propor projetos sobre aumento da remuneração dos seus funcionários, criação de empregos em serviços existentes e a fixação dos efetivos das Forças Armadas.

Por outro lado, a Constituição de 1967 alterou parcialmente esse panorama, ao prever a iniciativa comum como regra, mas com a previsão de que *O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria*. Estabeleceu, também, casos de iniciativa privativa do Chefe do Executivo:

Art. 60. É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

I – disponham sobre matéria financeira;

II – criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;

III – fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas;

⁶ Nelson de Souza Sampaio advertia, ainda, que o art. 50, § 1º, atribuía ao Presidente a iniciativa de projetos de lei orçamentária. Cf. SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Processo Legislativo**. Edição atualizada por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 115.

⁷ A redação do dispositivo foi alterada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945. Todavia, a redação original, na parte em que agora interessa, não era muito distinta: atribuía a iniciativa, como regra, ao Governo.

IV – disponham sobre a Administração do Distrito Federal e dos Territórios.

.....

De pronto já se nota a semelhança da estrutura do art. 60 da CF de 1967 com o atual art. 61. Porém, o rol da Carta anterior era menos numeroso do que o dispositivo em vigor.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, reformulando a Carta de 1967, estabeleceu, de forma mais ampla, a iniciativa exclusiva do Presidente, dispondo:

Art. 57. É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

I – disponham sobre matéria financeira;

II – criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;

III – fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas;

IV – disponham sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal, bem como sobre organização judiciária, administrativa e matéria tributária dos Territórios;

V – disponham sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

VI – concedam anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

Contudo, apesar de mais numerosas as hipóteses de iniciativa exclusiva, percebe-se que não houve alteração substancial do tema.

Note-se, ainda, a partir desse esboço histórico, que jamais houve – salvo na CF de 1937, que representa um *ponto fora da curva* – a previsão da iniciativa de privativa do Executivo quanto ao estabelecimento de políticas públicas, ou mesmo quanto à estruturação orgânica da Administração Pública⁸.

⁸ É bem verdade que a interpretação tradicionalmente apontava que a estruturação da administração pública poderia ser regulamentada por meio de simples decreto, sem necessidade de edição de lei em sentido formal. Todavia, daí não se pode inferir que o Legislativo não pudesse ter a iniciativa de projetos de lei (a não ser, repita-se, na CF/1937, que inverteu a regra da iniciativa parlamentar como a via normal para desencadear o processo legislativo).

2.2 A INICIATIVA PRIVATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No texto da CF, podem ser identificadas as seguintes hipóteses de iniciativa privativa:

- a) do Supremo Tribunal Federal (STF), para a propositura de lei complementar que disponha sobre o estatuto da magistratura: art. 93, *caput*;
- b) do STF, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, sobre a lei de organização judiciária, a criação, quando couber, de tribunais inferiores, bem como sobre seus serviços administrativos (art. 96, I e II);
- c) do Ministério Público, sobre lei ordinária que disponha sobre a criação e extinção de cargos no órgão e a fixação das respectivas remunerações (art. 127, § 2º);
- d) da Câmara dos Deputados, para a fixação da remuneração dos seus serviços auxiliares (art. 51, IV, *in fine*);
- e) do Senado Federal, *idem* (art. 52, XIII, *in fine*);
- f) do Tribunal de Contas da União (TCU) , para a propositura de lei sobre suas atribuições, funcionamento, bem como criação e extinção dos cargos e fixação de vencimentos dos seus serviços auxiliares (art. 73, *caput*, c/c art. 96);
- g) do Presidente da República (PR), para as matérias relativas às Forças Armadas, à estruturação e funcionamento do Poder Executivo, ao funcionamento dos Territórios Federais (caso venham a ser criados) e à definição do regime jurídico dos servidores públicos da União (art. 61, § 1º, I e II);
- h) do Presidente da República, para a apresentação ao Congresso de projetos de lei em matéria orçamentária (art. 165, I a III).

Tais hipóteses, embora numerosas, não constituem a regra, dentro do processo legislativo. Ao contrário: o comum é a possibilidade de proposição legislativa pelos membros do Congresso Nacional, no uso da iniciativa comum (art. 61, *caput*).

2.3 FUNDAMENTOS DA INICIATIVA PRIVATIVA E LIMITES PARA A INTERPRETAÇÃO DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS

Apesar do extenso rol de hipóteses contempladas na Constituição de 1988, não se pode perder de vista que o escopo da iniciativa privativa é resguardar o equilíbrio entre os poderes. Procura-se, com isso, conferir a cada Poder (e, no caso que ora nos interessa, especificamente ao Executivo) a prerrogativa de desencadear o processo

legislativo, em relação às matérias de sua economia interna, ou relativas às suas atribuições constitucionais.

Nessa linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que:

O aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante⁹.

Em sentido semelhante, Ives Gandra da Silva Martins elenca outro argumento em favor das hipóteses de iniciativa privativa:

(...) sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter sua iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade.

Se tal possibilidade lhe fosse ofertada, amiúde, poderia deliberar de maneira desastrosa, à falta de conhecimento, prejudicando a própria Administração Nacional¹⁰.

Daniel Sarmento, em posição parcialmente idêntica, afirma que, em se tratando de políticas públicas, *os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área*¹¹.

Discordamos, contudo, do argumento de ignorância (ainda que relativa) do Legislativo acerca dos assuntos internos do Executivo. Pode-se sustentar a conveniência de atribuir a iniciativa de tais matérias ao Executivo, por ter com elas mais contato, mas o discurso de que a atribuição do poder de iniciar ao Congresso geraria leis absurdas significa recorrer ao argumento *ad terrorem*. Aliás, não custa lembrar que, de qualquer maneira, o Legislativo não é completamente alheio aos assuntos administrativos, além de ter de se levar em conta o poder de veto, sempre à disposição do Presidente, quando se trata de projetos de lei ordinária ou complementar (CF, art. 66, § 1º, e art. 84, V). Vale lembrar, ainda, que, mesmo que a iniciativa seja atribuída exclusivamente ao PR, o

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil, vol. 4, tomo 1**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 387.

¹¹ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 16.1.2013.

Congresso Nacional ainda tem a prerrogativa de emendar o projeto (atendidas apenas as limitações do art. 63 da CF), o que desmistifica o temor de que o Legislativo produza leis absurdas, acerca desse tema.

Por outro lado, a função de legislar é atribuída, de forma típica, ao Congresso Nacional, o que pressupõe que ao órgão parlamentar deva ser dada a possibilidade de iniciar o processo legislativo, *exceto* quando haja expressa previsão em sentido contrário na própria Constituição.

A conjunção desses dois postulados leva à conclusão de que as hipóteses constitucionais de iniciativa exclusiva formam um rol taxativo. E, mais ainda, configuram a exceção, devendo, portanto, ser interpretadas de forma restritiva.

É válida, nesse ponto, a lição da hermenêutica clássica, segundo a qual as exceções devem ser interpretadas de forma restritiva¹². Encontram-se elencados em rol taxativo na CF os casos de iniciativa exclusiva¹³.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, **não se presume e nem comporta interpretação ampliativa**, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca¹⁴.

Por outro lado, é preciso analisar as hipóteses de iniciativa privativa – notadamente as que subtraem a iniciativa ao Legislativo – em consonância com o princípio hermenêutico da conformidade funcional, de forma que o intérprete *não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido*¹⁵.

Todos esses fatores levam a uma conclusão inarredável: as hipóteses de iniciativa privativa devem ser interpretadas de forma restritiva, não apenas no sentido de que a enumeração constitucional é taxativa, mas também – e principalmente – porque não se deve ampliar, por via interpretativa, o alcance de seus dispositivos.

¹² Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 162 e seguintes.

¹³ STF, Pleno, ADI nº 3394/AM, Relator Ministro Eros Grau, DJe de 23.8.2007.

¹⁴ STF, Pleno, ADI-MC nº 724/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 27.4.2001 (original sem grifos).

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

3 INICIATIVA LEGISLATIVA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Após esses esclarecimentos, passaremos a analisar qual a interpretação constitucionalmente mais adequada para a alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF. A pergunta que ora se busca responder, lembre-se, é: pode o Legislativo iniciar projetos de lei que estabeleçam uma política pública, ou esse poder de iniciativa é restrito ao próprio Executivo?

Antes de apresentar nossa proposta de interpretação, realizaremos uma análise sobre como o Supremo Tribunal Federal vem tratando o tema, ao longo de sua jurisprudência.

3.1 ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Há diversos precedentes em que o STF abordou a interpretação do dispositivo em comento, ora validando, ora anulando diplomas (geralmente estaduais) derivados de iniciativa parlamentar e que impunham ao Executivo a adoção ou implementação de uma política pública.

Os julgados que tratam diretamente do tema são os seguintes (organizados em ordem cronológica crescente, com base na data de julgamento)¹⁶:

- 1) STF, Pleno, ADI nº 1.391/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criou o Conselho de Transporte da Região Metropolitana de São Paulo); julgamento em 9.5.2002¹⁷;
- 2) ADI nº 2.417/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que reestruturava órgãos da Secretaria de Educação); julgamento em 3.9.2003;
- 3) ADI-MC nº 2.799/RS, Relator Ministro Marco Aurélio (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criava o Programa de Desenvolvimento Estadual do Cultivo e Aproveitamento da Cana-de-açúcar e seus derivados); julgamento em 1.4.2004;

¹⁶ Optamos, por razões científicas e para garantir a segurança e controlabilidade da análise, por só estudar os precedentes julgados *após* a promulgação da EC nº 32, de 2001, que alterou a redação da alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61.

¹⁷ Nessa sequência de citações de precedentes, por motivos de comodidade de leitura, a omissão na citação do órgão julgador indica que se trata do Pleno do STF.

- 4) ADI nº 3.254/ES, Relatora Ministra Ellen Gracie (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que atribuía ao Detran a responsabilidade por autorizar o desmanche de carros usados); julgamento em 16.11.2005;
- 5) ADI nº 2.302/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criou o Museu do Gaúcho); julgamento em 15.2.2006;
- 6) ADI nº 1.144/RS, Relator Ministro Eros Grau (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criava o Programa Estadual de Iluminação Pública e um Conselho para administrá-lo); julgamento em 16.8.2006;
- 7) ADI nº 2.808/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que cria o Pólo Estadual de Música Erudita); julgamento em 24.8.2006;
- 8) ADI nº 3.178/AP, Relator Ministro Gilmar Mendes (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que instituía o Programa de Saúde Itinerante); julgamento em 27.9.2006;
- 9) ADI nº 3.394/AM, Relator Ministro Eros Grau (declaração de *constitucionalidade* de lei que criava programa de gratuidade de testes de maternidade e paternidade); julgamento em 2.4.2007;
- 10) ADI nº 1.275/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criava o Conselho Estadual de Controle e Fiscalização do Sangue); julgamento em 16.5.2007;
- 11) ADI nº 2.857/ES, Relator Ministro Joaquim Barbosa (declaração de *inconstitucionalidade* de lei estadual que impunha à Secretaria de Fazenda a inclusão em serviços de proteção ao crédito dos nomes de pessoas físicas e jurídicas inadimplentes); julgamento em 30.8.2007;
- 12) ADI nº 2.329/AL, Relatora Ministra Cármen Lúcia (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criou programa de leitura de revistas e jornais nas escolas); julgamento em 14.4.2010;
- 13) STF, Primeira Turma, Agravo Regimental (AgR) no Recurso Extraordinário (RE) nº 290.549/SP, Relator Ministro Dias Toffoli (declaração de *constitucionalidade* de lei que institui o programa *Rua da Saúde*); julgamento em 28.2.2012;

Antes de passarmos à análise mais detida de três desses julgados, é preciso fazer um breve resumo estatístico dos precedentes encontrados.

Dos treze casos, apenas dois concluíram pela constitucionalidade da norma, o que aponta para aproximadamente 84,6% de declarações de inconstitucionalidade – o

que se encontra próximo da média de anulações de leis estaduais pelo STF no ano de 2011 (83%¹⁸).

O Estado com maior quantidade de leis declaradas inconstitucionais por violação ao art. 61, § 1º, II, *e*, é o Rio Grande do Sul, com quatro diplomas invalidados, ficando São Paulo em segundo lugar, com três leis declaradas inconstitucionais e uma cuja validade foi confirmada.

Um dado que desperta interesse é que os dois casos de declaração de *constitucionalidade* encontram-se na metade mais recente da série (2007 e 2012).

Analisaremos mais detidamente, a partir de agora, três dos precedentes da série: os de número 2, 7 e 13. Porém, essa escolha deve ser justificada por critérios científicos, para que suas premissas possam ser controladas.

Em primeiro lugar, levamos em conta o distanciamento temporal do julgamento de cada um dos casos (respectivamente, 2003, 2006 e 2012), de modo a estudar como a interpretação se comportou ao longo do tempo.

De outra parte, são também três julgados relatados por Ministros distintos, o que evita a redundância de análises (levando-se em conta o dado, ora explicitado, de que não houve mudança interpretativa quando os casos foram relatados pelo mesmo juiz).

Por fim, outro critério que justifica a *filtragem* desses três precedentes é sua relevância de conteúdo, pois, como se verá adiante, representam formas distintas de se interpretar o art. 61, § 1º, II, *e*.

Dito isso, esclarecemos que cada um desses precedentes representa, na cronologia e dinâmica com a qual organizamos os julgados, aquilo que pode ser lido como uma *fase* da interpretação judicial acerca do tema. Assim, o primeiro (em termos cronológicos) representa a interpretação mais restritiva da iniciativa parlamentar (e, conseqüentemente, uma leitura que tende a ampliar a iniciativa privativa do Executivo) e o terceiro sintetiza uma posição mais permissiva da iniciativa parlamentar.

Esclarecemos, ainda, que essa divisão em fases é realizada em termos cronológicos, o que não pode obscurecer o fato de que, entre um e outro *momento*, vários matizes interpretativos se desenharam, como consignaremos ao longo da análise.

¹⁸ Dados da revista Anuário da Justiça, 2012.

3.1.1 A primeira fase: a privatividade do Executivo da iniciativa de leis sobre *administração pública*

O primeiro precedente a ser analisado representa uma interpretação extremamente ampliada da restrição contida na alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF.

Com efeito, embora o dispositivo determine serem de iniciativa privativa do Presidente da República os projetos de lei que disponham sobre *criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública*, a interpretação sufragada pela maioria dos Ministros, no caso da ADI nº 2.417/SP, foi no sentido de a exclusividade da iniciativa abranger *matérias pertinentes à Administração Pública*.

Essa leitura terminou por ampliar o alcance que uma interpretação literal do texto da norma poderia sugerir. De acordo com essa significação, qualquer projeto de lei sobre matéria que diga respeito à Administração Pública seria de iniciativa exclusiva do Executivo.

No caso específico, uma lei estadual paulista alterara a denominação e as atribuições da Delegacia de Ensino de Avaré. Renomeado para *Diretoria de Ensino de Avaré*, o órgão passou a ter as mesmas atribuições definidas na legislação em vigor até determinada data (9 de abril de 1999)¹⁹.

Na fundamentação do acórdão, aprovado por unanimidade, ficou consignado que:

(...) importa em afronta direta ao Texto Constitucional o diploma legal em causa, de iniciativa parlamentar, que versa sobre matéria reservada ao Governador pela Carta da República, em obediência ao princípio da simetria (art. 61, § 1º, II, 'e'), como é a **estruturação e a especificação de atribuições da Secretaria de Educação, órgão que integra o Poder Executivo estadual**. (sem grifos no original).

Da leitura desse trecho, percebe-se que a lei foi considerada inconstitucional por especificar as atribuições de órgão do Executivo. Causam espécie dois fatos. Em primeiro lugar, a decisão foi tomada por unanimidade, mesmo com a presença de Ministros que, posteriormente, defenderiam uma leitura menos ampla da restrição de iniciativa (como é o caso do Ministro Carlos Ayres Britto). E, mais ainda, a amplitude da interpretação do dispositivo: a lei é inconstitucional não apenas se *criar* um órgão, ou

¹⁹ Na prática, embora o relatório do acórdão seja pouco claro, parece ter havido uma espécie de repristinação da legislação anterior a um Decreto do Executivo que alterara as atribuições do órgão.

instituir atribuições, mas mesmo que tão-somente *especifique* atribuições de órgãos do Poder Executivo²⁰.

Toda a fundamentação para a declaração de invalidade da lei não tem mais que duas páginas, e não houve qualquer debate. Todos os outros Ministros simplesmente aderiram à motivação apontada pelo Relator, sem maiores esforços argumentativos que geralmente são exigidos para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

De outra parte, essa interpretação ampliativa da reserva de iniciativa continua em julgados posteriores, embora geralmente não constem da ementa termos tão genéricos, que proíbam a iniciativa legislativa sobre *matérias pertinentes à Administração Pública*.

3.1.2 A segunda fase: iniciativa exclusiva do Executivo de leis que criem órgãos ou fixem suas atribuições

No que pode ser apontado como uma *segunda fase* da interpretação jurisprudencial do STF sobre a matéria, o caso mais representativo é a ADI nº 2.808/RS.

Nesse caso, analisava-se a constitucionalidade de lei estadual gaúcha que instituíra o *Pólo Estadual de Música Erudita na Região do Vale do Caí*, estabelecendo, ainda, a obrigatoriedade de o Executivo consignar no orçamento dotação suficiente para a execução do mandamento legal.

O voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, foi pela inconstitucionalidade total da norma, por dois motivos: a) violação ao art. 165, III, da CF, ao obrigar o Executivo a consignar anualmente dotação orçamentária para o cumprimento do disposto na Lei; e b) contrariedade ao art. 61, § 1º, II, *e*, uma vez que, *consoante o princípio da simetria, cabe ao Governador a iniciativa de lei que disponha sobre criação, estruturação e atribuições das Secretarias e de órgãos da administração pública*.

Percebe-se logo que a interpretação do dispositivo que consigna a reserva de iniciativa já não é tão extensa quanto a que foi adotada na ADI nº 2.417/SP. Além disso, o próprio Relator demonstra o cuidado em não interpretar ampliativamente as hipóteses de iniciativa exclusiva do Executivo, pois:

²⁰ Todavia, é várias vezes difícil distinguir o que é a criação de uma nova atribuição da mera especificação de uma atribuição já fixada. Essa dificuldade prática, contudo, não infirma, por si só, o critério de diferenciação, que será mais bem explicado à frente.

(...) uma interpretação ampliativa da reserva de iniciativa do Poder Executivo, no âmbito estadual, pode resultar no esvaziamento da atividade legislativa autônoma no âmbito das unidades federativas.

Esse *obiter dictum* já denota uma pequena, mas relevante, mudança na orientação da Corte. Mesmo declarando inconstitucional a Lei, há uma marcada tendência a não interpretar ampliativamente as regras de reserva de iniciativa, sob pena de se esvaziar a atividade legislativa da Assembleia.

Chegou-se, inclusive, a aventar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *parcial* da norma (ou até mesmo a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição). Essa posição foi adotada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que votou pela inconstitucionalidade parcial, apenas por violação ao art. 165.

Nos debates, essa questão foi especificamente abordada:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhora Presidente, entendo que **a lei sob censura não está criando nenhum órgão, mas inserindo uma atividade objetiva, um programa, em órgão já existente**, que a instituição do prêmio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Não. **É mais do que a instituição do prêmio**, na verdade, **define atribuições da Secretaria de Cultura**.

SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – **Está inserindo no âmbito da Secretaria de Cultura, órgão preexistente, um tipo que vamos chamar de política pública**, com um pouco de exagero. Agora, vamos considerar que o Estado-membro dispõe mesmo de competência para legislar concorrentemente sobre cultura, e que entre as competências materiais dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da União está o explícito incentivo às atividades culturais e o acesso da população à cultura. A Constituição abriu um capítulo específico para cuidar da cultura.

(...) Eu concordaria com Sua Excelência quanto à inconstitucionalidade da lei no que toca à imposição ao governador de uma dotação orçamentária.

(...) A meu ver, a iniciativa é louvável. Vou pedir vênias ao Relator para acompanhá-lo apenas no que toca à imposição da dotação orçamentária. No mais, considero a lei conforme a Constituição, constitucional. (original sem grifos).

Claramente, o que se tem aqui é o embate entre duas interpretações da alínea *e*: uma que atribui um significado mais literal (só não se pode criar um novo órgão, mas nada impede a lei de iniciativa parlamentar de atribuir novas tarefas a órgãos preexistentes), que é a posição do Ministro Carlos Britto, e outra que interpreta o texto no sentido de que não podem ser fixadas novas atribuições para órgãos do Executivo (posição vencedora).

Também fica nítido o paradoxo a que pode chegar a tese adotada pelo Ministro Carlos Britto: como aceitar a imposição de atribuições para um órgão, se o Legislativo não tem o poder de determinar ao Executivo a consignação de dotação orçamentária para o desempenho dessa atividade? Não se teria, no caso, uma lei inócua, *meramente autorizativa*? Esse tema foi abordado nos debates, e foi também usado como argumento pelo Ministro Sepúlveda Pertence para votar pela inconstitucionalidade total da lei.

É possível, contudo, entrever nesse julgamento uma nova *fase* do entendimento do STF sobre o tema: não mais se aceita uma interpretação ampliativa das hipóteses de iniciativa privativa; já começa a haver um debate sobre a possibilidade, ou não, de se relativizar a jurisprudência tradicional da Corte acerca do tema; e, principalmente, já se aventa a possibilidade de distinguir entre a *criação* de um órgão, a *fixação* de suas atribuições²¹ e a *criação de política pública* dentro das atribuições já fixadas para um órgão já existente.

Aliás, pouco mais de um mês após esse julgamento, o STF deparou-se com questão idêntica, ao apreciar a ADI nº 3.178/AP. O objeto de questionamento, nesse caso, era lei estadual de iniciativa parlamentar que criava o *Programa Saúde Itinerante*, além de estabelecer a obrigação de o Executivo consignar dotação orçamentária para a efetivação dessa política.

Mais uma vez, a lei foi declarada inconstitucional, tanto por violação à reserva de iniciativa, quanto pela contrariedade ao disposto no inciso III do art. 165 da CF.

O Ministro Carlos Ayres Britto, porém, consignou sua posição de forma ainda mais clara do que no julgamento anterior, chegando a afirmar que:

(...) a princípio, **não vejo como inconstitucional uma lei, de iniciativa de qualquer parlamentar, que institua política pública no âmbito de órgão estatal ou de entidade preexistente, desde que essa lei não crie fundo**, redundantemente, financeiro para o implemento dessa política pública. Porém, neste caso, o Relator deixou claro que a Lei vai muito além de uma simples autorização para o Poder Executivo instituir esse programa, ou essa política pública. (sem grifos no original).

²¹ Essa distinção entre a criação de um órgão e a fixação de suas atribuições, contudo, deve ser empregada com cautela. Atentando-se para o fato de que, por definição, órgão é um feixe de atribuições, resta claro que a reformulação completa, ou exclusão total, de suas atribuições, representaria, na prática, a extinção do organismo. Não é disso que aqui se trata, mas sim de diferenciar a efetiva *criação* do órgão, mediante desconcentração administrativa, da alteração *pontual* de uma de suas atribuições (mediante inclusão ou exclusão).

Esse ponto específico seria ainda desenvolvido em dois julgamentos posteriores, que podem ser apontados como indicativos de uma possível terceira fase na jurisprudência do STF sobre o assunto.

3.1.3 Em vias de uma terceira fase?

Mais recentemente, houve dois casos em que o STF considerou constitucional a criação de programa de políticas públicas por meio de lei de iniciativa parlamentar.

O caso mais recente é o AgR no RE nº 290.549/RJ. Tratava-se de lei que criava um programa intitulado *Rua da Saúde*.

Em decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli negou seguimento ao RE interposto pelo Município do Rio de Janeiro, em que se buscava a declaração de inconstitucionalidade da lei.

O Município agravou da decisão, e a Primeira Turma, por quatro votos a um, negou provimento ao recurso.

No voto do Relator, aborda-se expressamente o tema de que ora tratamos. Todavia, a motivação é bastante sucinta. Afirma-se, em suma, que *a edição da referida lei, decorrente de iniciativa parlamentar, não representou invasão da esfera da competência privativa do Chefe do Poder Executivo local*.

Um pouco adiante, o voto consigna que:

(...) a criação do programa instituído por meio dessa lei apenas tinha por objetivo fomentar a prática de esportes em vias e logradouros públicos, tendo ficado expressamente consignado nesse texto legal que ‘a implantação, coordenação e acompanhamento do programa ficará a cargo do órgão competente do Poder Executivo’, a quem incumbirá, também, aprovar as vias designadas pelos moradores para a execução do programa.

Nota-se que a argumentação não aprofundou a análise do tema. Não se chegou a afirmar que a criação de políticas públicas é possível *porque* não criou uma nova atribuição para órgão, mas apenas detalhou uma função já existente. É possível *inferir* esse raciocínio a partir do voto do Relator – não sem certo esforço mental – mas isso realmente não está *dito*.

Ademais, esse julgamento, isoladamente, não é tão representativo quanto os outros já citados, por dois motivos. Primeiramente, porque foi prolatado por Turma, e não pelo

Plenário do STF. E, em segundo lugar, a decisão foi tomada em sede de agravo regimental, caso que se adota o conhecido sistema de julgamento por listas, o que dificulta o debate e a análise minuciosa do RE. Aliás, o Ministro Marco Aurélio votou contra a maioria (isto é, posicionou-se pelo provimento do agravo), justamente por considerar que a matéria merecia melhor análise, pois *a lista [de casos julgados em conjunto] é grande*.

Entretanto, a existência de outro julgado, em sentido semelhante, pode indicar que o citado RE não foi um caso isolado na jurisprudência do Tribunal.

Trata-se da ADI nº 3.394/AM, que teve como Relator o Ministro Eros Grau. Nesse julgamento, o Pleno declarou *constitucional* lei que criava programa de gratuidade de testes de maternidade e paternidade. Afastou-se, no voto do Relator, a alegação de inconstitucionalidade da lei por vício de iniciativa, *já que, ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local*. Nesse caso, datado de 2008, a Corte, por oito votos a dois, declarou a constitucionalidade da norma, na parte que nos interessa²².

4 UMA PROPOSTA DE LEITURA DO ART. 61, § 1º, II, e, DA CF

4.1 POLÍTICAS PÚBLICAS: DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO CONCEITUAL

Em primeiro lugar – e antes mesmo de oferecermos uma proposta de solução para o problema da iniciativa legislativa em tema de políticas estatais –, é preciso definir o que tradicionalmente se entende por *políticas públicas*.

Trata-se de conceito controvertido, geralmente mais pressuposto do que explicitado. Para utilizar uma nomenclatura ora em voga, seria possível até falar que se cuida de um *conceito jurídico indeterminado*²³.

²² Na verdade, o julgado concluiu pela inconstitucionalidade parcial da lei, mas, na parte que nos interessa, a alegação de vício de iniciativa, restou afastado, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

²³ Eros Roberto Grau – a nosso ver, com razão – critica a utilização dessa expressão, justamente porque um conceito é uma determinação sobre a natureza de algo. Assim, *conceito indeterminado* soa tão estranho quanto *definição indefinida*. Prefere-se, por isso, a expressão *conceitos jurídicos abertos*. Cf. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238. Ademais, *não existe uma fronteira nítida entre conceitos determinados e indeterminados, mas apenas uma maior ou menor determinação ou indeterminação, e pode até suceder que um conceito que fora indeterminado se haja convertido em determinado através da longa evolução jurisprudencial que tenha carregado um número significativo de subsunções*. NETO, Luísa. **O Estado de Direito Democrático e as Leis de Valor Reforçado**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LNeto2003.pdf. Acesso em: 29.1.2013.

A doutrina diverge sobre se as políticas públicas são atos, normas ou atividades. Em uma definição concisa, afirma-se que *políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*²⁴.

Como se nota, alguns elementos são centrais nessa definição: o fato de que a política pública é um *programa*, isto é, um conjunto coordenado de ações; a adjetivação de que se trata de ações *governamentais*, ou seja, levadas a cabo, ao menos prioritariamente, pelo Estado; e, por fim, os objetivos, que devem ser socialmente relevantes. Nesse sentido, percebe-se uma nítida conexão entre *políticas públicas* e *direitos fundamentais sociais*, na medida em que a primeira é um meio para a efetivação dos segundos²⁵.

A partir dessa definição, é possível notar que a criação de uma política pública não se resume à instituição de um novo órgão, e até não pressupõe essa providência. Ao contrário, a formulação de uma política pública consiste mais em estabelecer uma *conexão* entre as atribuições de órgãos *já existentes*, de modo a efetivar um direito social.

Dessa maneira, quando se diz que a formulação de políticas públicas é atividade prioritariamente atribuída ao Legislativo, não se está conferindo ao legislador a tarefa de necessariamente criar novos órgãos, mas principalmente de criar *programas* para racionalizar a atuação governamental e assegurar a realização de direitos constitucionalmente assegurados.

Essa delimitação será essencial para que se possa fazer uma releitura constitucionalmente adequada da jurisprudência do STF acerca do tema.

4.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INICIATIVA PARLAMENTAR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

De acordo com a interpretação que entendemos ser a mais adequada ao sistema constitucional brasileiro, a alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF não veda ao Legislativo iniciar projetos de lei sobre políticas públicas.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

²⁵ Cf. SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 16.1.2013.

Em primeiro lugar, porque, como já analisamos, a iniciativa privativa não constitui a regra em nosso ordenamento, devendo, por isso, ser interpretada em sentido estrito. Ora, a interpretação literal do dispositivo citado indica que é exclusiva do Presidente da República a tarefa de propor projetos de lei sobre criação e extinção de órgãos e Ministérios da Administração Pública. *A contrario sensu*, se a proposição não promover a criação de um novo órgão, não pode ser considerada violadora da norma constitucional²⁶.

Porém, essa interpretação literal – que é, nas lições de Inocêncio Mártires Coelho, sempre um começo, nunca um ponto de chegada²⁷ – não pode ser levada ao paroxismo. Assim, consideramos que a criação de uma nova atribuição para um órgão já existente situa-se na fronteira da constitucionalidade: se, com isso, se promover um redesenho da atuação institucional, já se estará diante de uma transformação material do órgão, ainda que não haja formalmente uma modificação estrutural propriamente dita.

Pode-se então ler na reserva de iniciativa do art. 61, § 1º, II, *e*, uma regra de resguardo da própria função presidencial de exercer a direção superior da Administração Pública Federal (CF, art. 84, II), de maneira que o *redesenho* de órgãos públicos vinculados ao Executivo realmente só ocorra mediante sua iniciativa.

As balizas para a verificação da constitucionalidade da iniciativa parlamentar podem ser apontadas como a autonomia do Poder Executivo (isto é, o Legislativo não pode invadir o espaço de autoadministração dos outros órgãos da soberania) e o próprio desempenho da função administrativa (exercido de forma típica pelo Executivo), e serão detalhadas no próximo subitem.

Consideramos, destarte, adequada a teoria já aventada pelo Supremo Tribunal Federal (embora não desenvolvida de forma aprofundada) de que o que se veda é a iniciativa parlamentar que vise ao *redesenho* de órgãos do Executivo, conferindo-lhes novas e inéditas atribuições, inovando a própria função institucional da unidade orgânica.

²⁶ Em outro trabalho, já defendemos a ideia de que a exclusividade da iniciativa do Executivo restringe-se efetivamente às leis de criação ou extinção de órgãos, entidades ou Ministérios – e do Poder Executivo, logicamente. Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 56.

²⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 26.

Perceba-se que, ao se adotar essa linha de argumentação, é necessário distinguir a *criação* de uma nova atribuição (o que é vedado mediante iniciativa parlamentar) da mera explicitação e/ou regulamentação de uma atividade que já cabe ao órgão. Por exemplo: atribuir ao SUS a estipulação de critérios para a avaliação da qualidade dos cursos superiores de Medicina significaria dar uma nova atribuição ao sistema, ao passo que estipular prazos para o primeiro tratamento de pessoas diagnosticadas com neoplasia nada mais é que a explicitação – ou, melhor, a regulamentação (*lato sensu*)– de uma atividade que já cabe ao Sistema desempenhar.

Em sentido semelhante, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior sustenta que a iniciativa privativa do Presidente da República diz respeito à *elaboração de normas que remodelem as atribuições de órgão pertencente à estrutura da Administração Pública*²⁸.

Igualmente, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça Monteiro defende que, *nesses casos [de formulação de políticas públicas], pode o Poder Legislativo dar início ao processo legislativo. (...) a iniciativa parlamentar é perfeitamente válida e livre de vícios*. Na verdade, assim como entendemos, a autora considera que :

o que não se admite é que, a pretexto de legislar sobre matéria a cuja iniciativa não foi reservada ao Executivo, a propositura de iniciativa parlamentar adentre nessas matérias, criando atribuições a órgãos do Executivo ou até mesmo dispondo sobre matérias de cunho eminentemente administrativo²⁹.

Um segundo argumento a favor da possibilidade de criação de política pública por iniciativa parlamentar pode ser extraído do § 1º do art. 5º da CF. Segundo esse dispositivo, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (entre as quais se incluem as que definem direitos sociais) têm aplicação imediata³⁰.

²⁸ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Jurisdicional da Atuação do Poder Legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2007, p. 260 (sem grifos no original).

²⁹ MONTEIRO, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça. **Limites à iniciativa legislativa e o princípio da reserva da administração**. In: Revista de administração municipal, v. 57, n. 278, pp. 66-68, out./dez 2011.

³⁰ Vale lembrar que, *no entanto, (...) esta afirmação não basta para resolver o problema da aplicação dos preceitos constitucionais, antes suscita uma série de questões normativas*. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 192.

De acordo com a doutrina, uma das emanções normativas desse dispositivo relaciona-se à obrigatoriedade de que os poderes públicos – Legislativo inclusive³¹ – atuem de modo a realizar os direitos fundamentais da forma mais ampla possível³². Essa vinculação do Legislador impõe que os direitos fundamentais sejam legislativamente desenvolvidos, inclusive por meio das chamadas leis *promotoras* desses direitos, assim entendidas aquelas que, segundo José Carlos Vieira de Andrade, visam a *criar condições favoráveis ao exercício dos direitos*³³.

Ora, os direitos fundamentais vinculam o Legislativo, que tem a obrigação até mesmo de editar leis que os promovam. Quando aplicada essa afirmação genérica ao caso específico dos direitos fundamentais sociais, cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas, chega-se à conclusão de que o legislador tem não só a possibilidade, como até mesmo a *obrigação* de formular políticas governamentais que promovam tais direitos. Pode-se perfeitamente falar em um dever-poder de formular políticas públicas para a efetivação de direitos sociais.

Obviamente, o art. 5º, § 1º, não é a única fonte normativa dessa obrigação, podendo ser apontados, ainda, o inciso III do art. 1º³⁴ e o próprio art. 3º, que elenca os objetivos fundamentais da República, dentre os quais o de *promover o bem de todos* (art. 3º, IV).

Por fim, é possível apontar um terceiro argumento favorável à interpretação que admite a iniciativa legislativa de políticas públicas. Trata-se da prerrogativa geralmente atribuída ao Legislativo de formular tais políticas.

Se é verdade que as políticas públicas são também um *conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades*³⁵, então resta claro que essa atuação pode ser exercida, se não de forma exclusiva, pelo menos de forma concorrente, pelo Legislativo.

³¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

³² Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 180.

³³ Idem, *ibidem*, p. 215.

³⁴ Aqui se tem uma hipótese de aplicação direta do princípio da dignidade humana, embora sejamos forçados a reconhecer que essa norma sofreu uma incrível banalização.

³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 264.

Com efeito, embora o constituinte de 1988 não se tenha comprometido com uma visão de independência e harmonia dos órgãos da soberania à moda de Montesquieu (ou da leitura que tradicionalmente se faz d'O Espírito das Leis); e não obstante a atualidade mostre uma verdadeira reorganização das funções estatais para além do tradicional modelo tripartite, é inegável a importância do preceito do art. 2º como garantia do Estado de Direito e dos direitos fundamentais³⁶.

Na realidade, a própria formulação de *políticas* – em geral – é tarefa atrelada à função legislativa. Desde que se superou o paradigma liberal do Estado de Direito, em que a política era considerada um elemento fora do Direito, pela formulação do chamado Estado Democrático (e Constitucional) de Direito, que se reconhece o exercício da função política por meio de um *entrelaçamento* entre Legislativo e Executivo.

Nuno Piçarra, ao comentar as novas conformações do princípio da separação de poderes, afirma que a função política abrange *a orientação e a direcção da sociedade política em geral, a determinação do interesse público, a interpretação dos fins do Estado, a fixação de suas tarefas e a escolha dos meios (...) adequados para as realizar*³⁷. Para exercer essa tarefa, exige-se um entrelaçamento e uma atuação conjunta entre Legislativo e Executivo, numa verdadeira *conexão de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares*³⁸.

Em um contexto como esse, cabe ao Legislativo formular as políticas públicas, ao menos em linhas gerais, e ao Executivo cabe operacionalizá-las, concretizando os objetivos traçados pelo legislador. Obviamente, a dinâmica dessa interação é, como vimos, muito mais matizada, mas esse pode ser apontado como um esquema geral.

Nesse mesmo sentido, Maria Paula Dallari Bucci afirma ser *relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo, e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob a forma de leis*³⁹. E o Ministro Celso de Mello, ao decidir monocraticamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 783.

³⁷ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e como Princípio**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 252.

³⁸ Idem, *ibidem*, p. 253.

³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Op. Cit.**, p. 269 (sem grifos no original).

(ADPF) nº 45/DF, registrou que *a atribuição de formular e de implementar políticas (...) reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.*

Logicamente, o fato de residir no Legislativo a prerrogativa de – reafirmamos, se não exclusivamente, ao menos concorrentemente com o Executivo – formular políticas públicas não significa, *ipso facto*, caber ao Congresso Nacional a iniciativa de tais projetos de lei.

Porém, se levarmos em conta, *além desse aspecto*, o fato de que a iniciativa parlamentar é a regra – e sua vedação, a exceção –, cumulada com a vinculação que os direitos sociais têm em relação ao próprio legislador, é possível sustentar uma interpretação que não retire do Legislativo a iniciativa de projetos de lei sobre formulação de políticas públicas.

4.3 OS LIMITES À FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR INICIATIVA DO LEGISLATIVO

Inicialmente, um limite à iniciativa legislativa acerca de políticas públicas é a já citada impossibilidade de se remodelar, por lei de origem parlamentar, órgãos ou entidades integrantes da estrutura do Executivo.

Não se pode, segundo entendemos, criar novas atribuições para órgãos ou entidades existentes, muito menos criar novas pessoas jurídicas ou unidades desconcentradas, sob pena de violação à alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF.

Da mesma maneira, inconstitucional é lei de iniciativa do Legislativo que crie ou institua fundos, ou que exija imediatos aportes orçamentários diretos, por contrariedade ao inciso III do art. 165 (combinado com o inciso I do § 5º do mesmo artigo). É possível, contudo, coordenar a atuação de órgãos ou entidades já existentes, ou fixar-lhes os objetivos de atuação, ou ainda especificar-lhes as tarefas, dentro do quadro normativo já existente.

Outro limite imposto ao Legislativo é a vedação à edição de leis meramente *autorizativas*.

Na definição de Sérgio Resende de Barros:

Autorizativa é a ‘lei’ que – por não poder determinar – limita-se a autorizar o Poder Executivo a executar atos que já lhe estão autorizados pela Constituição, pois estão dentro da competência constitucional desse Poder. O texto da “lei” começa por uma

expressão que se tornou padrão: ‘Fica o Poder Executivo autorizado a...’. O objeto da autorização – por já ser de competência constitucional do Executivo – não poderia ser ‘determinado’, mas é apenas ‘autorizado’ pelo Legislativo. Tais ‘leis’, óbvio, são sempre de iniciativa parlamentar, pois jamais teria cabimento o Executivo se autorizar a si próprio, muito menos onde já o autoriza a própria Constituição. Elas constituem um vício patente⁴⁰.

Não se pode, obviamente, autorizar o Executivo a exercer função que já lhe é constitucionalmente conferida, sob pena de se ter uma verdadeira *lei didática*, algo incompatível com o próprio instrumento da lei e com o princípio da legalidade (art. 5º, II). Desse modo, é preciso evitar que o Legislativo, para escapar de uma possível inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, incida em outra, por editar uma lei despicienda e, mais que isso, inócua e desprovida de qualquer efeito prático⁴¹.

Retomando o esboço histórico das hipóteses de iniciativa privativa a que já nos referimos anteriormente, o autor citado alerta que:

Porque faz parte do processo legislativo, do qual é o princípio, a iniciativa era reservada exclusivamente aos membros do Legislativo e negada aos demais Poderes. Assim foi a proposta de Montesquieu. Assim é a Constituição norte-americana, fiel a essa proposta, há mais de duzentos anos. O Presidente dos Estados Unidos, carente de iniciativa, propõe leis por meio de deputados ou senadores, em geral os líderes do governo. No entanto, as constituições intervencionistas mudaram esse quadro original. Abriram as portas para outorgar ao Executivo a iniciativa de leis de seu interesse, entre elas as leis intervencionistas. Retirou-se dos legisladores nesses casos a exclusividade e, na seqüência, a própria faculdade de propor leis. Hoje a Constituição reserva ao Presidente da República a iniciativa privativa nas matérias previstas no § 1º do art. 61, para as quais o art. 63 veda aumentar despesa, reduzindo enormemente a competência parlamentar. Essa redução é, patentemente, abusiva. **Reagindo a tal *capitis diminutio*, os parlamentares buscam meios de contorná-la. Contra o abuso, outro abuso: um desses meios é a ‘lei’ autorizativa**⁴².

Vale lembrar que o STF, recentemente, reiterou a tradicional jurisprudência pela inconstitucionalidade de tais atos legislativos *autorizativos*, baseando-se na reserva constitucional de iniciativa legislativa (Pleno, ADI nº 3.176/AP, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe de 5.8.2011).

⁴⁰ BARROS, Sérgio Resende de. “Leis” autorizativas. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 29, pp. 259-265, ago./nov. 2000.

⁴¹ No mesmo sentido: MONTEIRO, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça. **Op. Cit.**, p. 67.

⁴² Idem, *ibidem*. Original sem grifos.

Por fim, é possível apontar como um limite imanente à iniciativa legislativa sobre políticas públicas o princípio da reserva de administração⁴³ – uma emanção do próprio princípio constitucional da independência e harmonia dos órgãos da soberania (CF, art. 2º).

Assim, não pode o Legislativo, por iniciativa própria, aprovar leis que caracterizem ingerência na atividade tipicamente administrativa, como são exemplos diplomas que impõem a celebração de contrato ou a prática de ato, ou condicionam o aperfeiçoamento destes ao consentimento do Legislativo, ou, mesmo, leis que determinem ao Executivo o exercício de competência que lhe é exclusiva.

Sobre o tema, o STF já decidiu que:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. (...) Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredir o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais⁴⁴.

É bem verdade, entretanto, que o conteúdo da chamada *reserva de administração* ainda não se encontra devidamente aprofundado na doutrina, a quem cabe apontar os casos em que se verifica essa limitação à iniciativa legislativa parlamentar.

Ademais, vale registrar a advertência de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem, *mesmo a existir esta reserva de concretização constitucional do governo, (...) a tarefa de concretização das necessidades coletivas pertence também ao legislador, que, assim, em termos preferentes e de princípios, pode reduzir a margem de administração do governo. O que não se admite, nessa quadra, é o legislador conformar normativamente certas matérias com a abusiva adoção da forma de lei em lugar de actos administrativos*⁴⁵.

⁴³ MONTEIRO, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça. **Op. Cit.**, p. 68.

⁴⁴ STF, Pleno, MC na ADI nº 2.364/AL, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 14.12.2001.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 743.

4.4 DOIS EXEMPLOS DE FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR INICIATIVA DO LEGISLATIVO

Recentemente, o Congresso Nacional passou a exercer a iniciativa de projetos de lei formulando políticas públicas, sem a necessidade de criar novos órgãos públicos (respeitando-se, portanto, a reserva de iniciativa do art. 61, § 1º, II, e).

Um dos casos foi a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, que *Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista*. Originada de projeto de lei proposto pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH) – Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 168, de 2011 – a Lei define quem são as pessoas com Transtorno do Espectro Autista (art. 1º), atribuindo-lhe direitos específicos (art. 3º), e estabelece diretrizes da política nacional de proteção (art. 2º). Não cria órgão, e sequer estabelece novas atribuições para aqueles já existentes: na formulação de uma política pública em sentido estrito, *coordena* a atuação de diversos setores do Poder Público em função de um objetivo específico⁴⁶.

Outro caso que merece atenção é o da Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012, que *dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início*. De acordo com a Lei, *o paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, no Sistema Único de Saúde (SUS), todos os tratamentos necessários* (art. 1º), e *tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico* (art. 2º).

A Lei resultou da aprovação do PLS nº 32, de 1997, de autoria do então Senador Osmar Dias. Uma vez mais, tem-se um caso de legislação de iniciativa parlamentar que cria política pública, sem precisar instituir novo órgão: apenas detalhou, especificou e, principalmente, ampliou a efetividade de uma atribuição já prevista em Lei.

⁴⁶ Há, porém, um dispositivo dessa Lei que pode ser acoimado de inconstitucional, por vício de iniciativa: o art. 6º, que altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pois a iniciativa de projeto de lei sobre o regime jurídico dos servidores públicos é privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, c). O dispositivo foi vetado pela Presidente da República (corretamente, diga-se de passagem), e o veto pende de apreciação pelo Congresso Nacional.

5 CONCLUSÕES

A partir da análise da evolução histórica das hipóteses de iniciativa legislativa privativa, percebe-se um crescimento das previsões constitucionais que atribuem exclusivamente ao Executivo a propositura de projetos de lei.

Especificamente em relação ao atual ordenamento, cabe ao Presidente da República, com exclusão de outros legitimados, propor projetos de lei que disponham sobre criação e extinção de órgãos da Administração Pública federal (CF, art. 61, § 1º, II, *e*).

Contudo, essa cláusula deve ser interpretada de forma restritiva, por conta de fatores históricos e dogmáticos. Não se pode nela ver uma inconstitucionalidade (por vício de iniciativa) de qualquer projeto de lei proposto pelo Legislativo e que trate sobre políticas públicas.

Isso é assim porque o Legislativo tem a prerrogativa – e o dever – de concretizar os direitos fundamentais sociais, aos quais está constitucionalmente vinculado (art. 5º, § 1º). Dessa maneira, é possível defender uma interpretação da alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 que seja compatível com a prerrogativa do legislador de formular políticas públicas.

O que não se admite é que, por iniciativa parlamentar, se promova o redesenho de órgãos do Executivo, ou a criação de novas atribuições (ou mesmo de novos órgãos). Do mesmo modo, é inadmissível que o legislador edite meras *leis autorizativas*, ou, ainda, que invada o espaço constitucionalmente delimitado para o exercício da função administrativa (reserva de administração).

Nesse sentido parece também caminhar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Realmente, a Corte, após vedar qualquer iniciativa parlamentar sobre *Administração Pública* (1ª fase) e proibir que Deputados ou Senadores propusessem projetos de lei que criassem órgãos ou atribuições (2ª fase), dá indícios – ainda que tímidos – de encaminhar-se para uma terceira fase, em que é permitido ao Legislador iniciar projetos de lei instituindo políticas públicas, desde que não promova o *redesenho* de órgãos do Executivo.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. “**Leis**” autorizativas. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 29, pp. 259-265, ago./nov. 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil, vol. 4, tomo 1**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2007.

MONTEIRO, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça. **Limites à iniciativa legislativa e o princípio da reserva da administração**. *In: Revista de administração municipal*, v. 57, n. 278, pp. 66-68, out./dez 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.

NETO, Luísa. **O Estado de Direito Democrático e as Leis de Valor Reforçado**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LNeto2003.pdf. Acesso em: 29.1.2013.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e como Princípio**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Processo Legislativo**. Edição atualizada por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 16.1.2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **O Supremo Tribunal Federal e o Controle Jurisdicional da Atuação do Poder Legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2007.