

**DA LEI COMPLEMENTAR
NA ESTRUTURA ESCALONADA
DAS NORMAS JURÍDICAS**

João Manoel S. Reigota*

1. Nota preliminar

É meu intento, neste escrito, a perquirição sobre qual é – no Direito Constitucional brasileiro – o posicionamento hierárquico das *leis complementares*.

Não pretendo ser *original*. Se bem que muito de mim estará aqui consignado – falsa modéstia seria não reconhecê-lo.

Todavia, em grande parte das passagens, estarei reproduzindo lições de autores com os quais – amiúde – converso. (Na leitura de um livro pode se travar um diálogo entre o escritor e o leitor: depende do leitor; depende do escritor.)

E isto – estar a reproduzir ensinamentos –, nenhum desconforto intelectual me causa. É que estou com Gofredo Telles Jr. –¹ mestre dos mestres – que ao tratar das *interações humanas*, diz: “nenhum homem seria o que é se não fosse a ação que ele exerce sobre os outros homens, e a ação dos outros homens sobre ele”.

Sobre não estar preocupado em ser *original*, não me preocupa, também – de modo algum –, a possível *falta de originalidade* do tema.

Decerto, para muitos, o tema há de se afigurar demasiado “óbvio”.

Calha, aqui, a *ensinança* – da qual me valho em resposta a tais doutos – do genial Alfredo Augusto Becker:²

“O Direito Tributário está em desgraça e a razão deve buscar-se – não na superestrutura – mas precisamente naqueles seus fundamentos que costumam ser aceitos como demasiado ‘óbvios’ para merecerem a análise crítica.”

Se me permite, Mestre Becker, digo que não é só o Direito Tributário. O Direito Público, no geral, está em desgraça. Tudo por conta do “sistema dos fundamentos óbvios”.

* Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

¹ TELLES Jr., Gofredo. *O Direito quântico*. 5 ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1980. p. 342.

² BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 10.

Inaugurarei o trabalho versando sobre a questão da *eficácia* das normas constitucionais. Cumpro fazê-lo, pois a questão das leis complementares (em acepção ampla) é, por sem dúvida, conseqüência lógica da diversidade de graus de eficácia das normas constitucionais.

De seguida, estarei a tecer breve esboço histórico sobre a espécie legislativa em pauta.

Ao depois, passando para a *lei complementar* – na fisionomia delineada pela Constituição – buscarei demonstrar o que, sob o prisma técnico-jurídico, a singulariza.

Como fecho, estarei a perscrutar o posicionamento hierárquico da *lei complementar* – tema deste trabalho. Não sem antes – já que de todo necessário – abordar a questão da estrutura *escalonada das normas jurídicas*.

2. Da eficácia das normas constitucionais

São justapostas as duas questões: *complementaridade* normativa e *eficácia* das normas constitucionais. Indispensável, destarte, análise, embora breve, deste aspecto – o da *eficácia*.

Outros, decerto, haverão de existir. O da psicologia social, *exempli gratia*. Dois, contudo, são os principais prismas sob os quais pode ser vista a *eficácia normativa*: o sociológico e o jurídico.

Empregarei as expressões *eficácia social* e *eficácia jurídica*. Julgo aceitoso fazê-lo. Quando menos, porque de tais expressões se vale José Afonso da Silva,³ insigne publicista.

Tem-se por *eficácia social* o fenômeno consistente em adequar-se, a conduta dos destinatários da norma, à vontade nela contida. É o assentimento do povo em relação à norma que a faz dotada de *eficácia social*.

Num exemplo banal,⁴ de fato, é manifesta a *eficácia social* da norma jurídica quando, na parada de ônibus, inúmeras pessoas estão fumando; o coletivo chega e, antes de nele entrar, todos apagam seus cigarros. De pronto. Visível a olho nu, no caso, a *eficácia social* da norma que proíbe que se fume no interior dos ônibus.

Há uma corrente teórica – o sociologismo jurídico –, que imputa grande importância à *eficácia social* da norma jurídica. Tanto é que sustenta só ser possível falar em *vigência* da norma se esta for ser provida de *eficácia social*: *vigente*, “é o direito que obtém, em realidade, aplicação eficaz, o que se imiscui na conduta dos homens em sociedade e não o que simplesmente se contém na letra da lei, sem ter conseguido força real suficiente para impor-se aos indivíduos e grupos sociais”. Eis o magistério de Evaristo de Moraes Filho.⁵

³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 55.

⁴ Adaptado de outro, dado por Lourival Gonçalves de Oliveira, em artigo denominado “Eficácia normativa” (*Revista dos Tribunais*, n. 554, p. 21).

⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema de uma sociologia do Direito*. Rio de Janeiro, [s. n.], 1950, p. 34.

Miguel Reale⁶ aparentemente comunga dessa corrente. Porque, para ele, não podem ser positivas leis a cujas determinações a sociedade não se ajuste.

Entretantes, vê-se em seu precioso *Lições Preliminares de Direito*⁷ o que, na verdade, defende: “não há norma jurídica sem um *mínimo de eficácia*, de execução ou de aplicação no seio do grupo”.

Aliás, esse *mínimo de eficácia* também foi defendido (quem diria?) por Kelsen.⁸ Disse o mestre de Viena:

“Uma norma jurídica é considerada objectivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efectivamente, pelo menos em certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz *em uma certa medida*, não será considerada como norma válida (vigente). Um *mínimo de eficácia* (como soi dizer-se) é a condição da sua vigência.” (Grafia original. Grifos apostos.)

Reale⁹ explica:

“Kelsen tinha inicialmente uma posição radicalmente normativa, sustentando que o elemento essencial do Direito é a validade formal. Escreveu ele as suas primeiras obras sob a influência do meio austríaco, onde o primado da lei escrita é tradicional. Para subtrair-se à perseguição racial do nazismo, mudou-se para os Estados Unidos e lá entrou em contato com um tipo de Direito que, antes de ser escrito, é de base costumeira e jurisprudencial, vendo-se, assim, obrigado a reconhecer que o Direito, tomado na sua acepção ampla, *pressupõe um mínimo de eficácia*.”

Despicienda me parece, nos limites deste trabalho, exposição mais detalhada a respeito da chamada *eficácia social*.

Desnecessária, outrossim, tomada de posição sobre *ser ou não ser* – no plano da ciência do Direito –, dotada a *eficácia social* da importância que, não raro, se lhe atribui.

Indispensável, entretanto, abordagem mais detida sobre a questão da *eficácia jurídica*.

Em especial no concernente aos dispositivos constitucionais.

Porque – repito – é a esta problemática que se conecta a necessidade de existirem normas complementares à Constituição.

Pode ser dito que a *eficácia jurídica* consiste na capacidade que tem uma norma de produzir efeitos, de ser aplicada a casos concretos, já que preenche os requisitos para tanto. Será, pois, juridicamente eficaz aquela norma que, por assim dizer, pode ter aplicação prática.¹⁰

⁶ REALE, Miguel. *Enciclopédia Saraiva do Direito* – vol. 30 – verbete *Eficácia* (Filosofia do Direito).

⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 113.

⁸ KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 4 ed. Coimbra: Amênio Amado Editor, 1979, p. 31.

⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 115.

¹⁰ Tal idéia decorre dos ensinamentos de doutrinadores da maior suposição: BASTOS, Celso. *Curso de Direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 87; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: RT, 1973. p. 172; e FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 58.

DA LEI COMPLEMENTAR NA ESTRUTURA
ESCALONADA DAS NORMAS JURÍDICAS

Passando para a questão da eficácia das normas constitucionais, tem-se que a idéia de eficácia jurídica, suso enunciada, pode levar à conclusão de que grande parte deste tipo de normas são destituídas do mencionado atributo (eficácia jurídica).

E isto, aliás, já foi asseverado doutrinariamente. Com suporte na clássica distinção talhada pela doutrina norte-americana e transposta para o Brasil por Rui Barbosa: normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing*.

Tal orientação doutrinária é – em tudo e por tudo – inadmissível.

Porque todas as normas constitucionais são, em verdade, dotadas de eficácia jurídica. A despeito de algumas delas não disporem da totalidade de elementos normativos imprescindíveis à aplicabilidade imediata.

De efeito, a carência de alguns elementos normativos, não significa ausência de *eficácia jurídica*; nenhum Jurista iria concluir pela inexistência de eficácia jurídica numa norma constitucional. (Observe-se que, Jurista – segundo Eros Grau –¹¹ é “aquele que cogita do Direito, não das normas, umas destacadas das outras...”.)

Seria o “fim da picada”!!! Resoluções, Instruções Normativas, Pareceres Normativos e quejandos, todos dotados de eficácia jurídica. Contudo, um preceito constitucional – sublinho: um preceito constitucional – destituído de tal atributo.

Como ensina Celso Bastos,¹² a falta de alguns elementos normativos não autoriza se conclua pela ineficácia de uma norma constitucional. Porque, a admitir-se normas constitucionais destituídas de eficácia, se estaria admitindo, dentro da Constituição, normas não jurídicas e, portanto, não cogentes. Isto representaria não só enfraquecimento do Texto Constitucional mas, também – o que é mais grave –, negativa de caráter jurídico a dispositivos do texto magno da hierarquia jurídica.

José Afonso da Silva¹³ também se opõe à doutrina que – ao classificar as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis –, transmite a idéia de que as *not self-executing* sejam destituídas de eficácia jurídica. E, por consequência, não são imperativas. Essa classificação, segundo o Mestre, não corresponde às necessidades práticas de aplicação das normas constitucionais. Mais: o fato de as chamadas normas não auto-aplicáveis requererem outras normas que lhes complete o sentido, não autoriza se as tenha como destituídas de eficácia. Mesmo porque, nem as auto-aplicáveis produzem – por si mesmas – todos os efeitos.

Rosah Russomano¹⁴ leciona que, se partirmos do pressuposto de serem todos os preceitos constitucionais cogentes, todos serão executáveis em si, embora dentro de certo limite: o limite em que possam projetar-se.

¹¹ Contrato de Obrigações – “falsa reserva de mercado”; livre concorrência e soberania nacional; o princípio da igualdade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, Jun. 1994, p. 110.

¹² Obra citada [nota 9], p. 88 e 89.

¹³ Obra citada [nota 2], p. 65.

¹⁴ RUSSOMANO, Rosah. Das Normas Constitucionais Programáticas. In: *Tendências atuais do Direito público – estudos em homenagem a Afonso Arino de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 271 e 272.

É dizer, seguindo o escólio de Geraldo Ataliba:¹⁵ as normas constitucionais não são todas iguais quanto à eficácia; do próprio exame do texto emerge tal desigualdade. Decorre da própria letra dos dispositivos constitucionais que vão desde a proibição categórica até a fixação de um princípio.

De efeito, no que tange à eficácia das normas constitucionais, o que se constata é a existência de uma gradação. Ou seja: as normas constitucionais não se igualam quanto à eficácia. Eficácia em grau distinto, sim, porém presente em todos os dispositivos constitucionais.

Na literatura jurídica brasileira, essa dessemelhança quanto ao grau de eficácia foi tratada, com inquestionável rigor científico, em duas monografias: de José Afonso da Silva¹⁶ e de Celso Bastos e Carlos Ayres de Brito.¹⁷

Parece-me não ser o caso de, aqui, expor em maiores detalhes os ensinamentos dos juristas supracitados. Vou, pois, me ater, à exposição do imediatamente útil para o desenvolvimento do trabalho.

Celso Bastos e Carlos Ayres de Brito propõem uma classificação das normas constitucionais não só quanto à *eficácia*, mas também quanto ao modo de incidência (“maneira pela qual a norma constitucional regula a matéria sobre que incide e, ao mesmo tempo, a forma como a sua vontade objetiva se relaciona com a vontade subjetiva dos seus endereçados”).

Nesse passo, as normas constitucionais classificam-se, quanto ao *modo de incidência*, em *normas integráveis* (de conteúdo e imperatividade reforçáveis e de conteúdo e imperatividade irreforçáveis) e, quanto à *eficácia* em “*normas de eficácia parcial*” (completáveis) e *normas de eficácia plena* (normas inintegráveis e normas restringíveis).

A classificação, suso trazida à estampa, demonstra que, para os autores, certas normas constitucionais requerem comando secundário. Enquanto outras, não.

Quanto à classificação esculpida por José Afonso da Silva, tem – sem dúvida – por pressuposto, a idéia (já enunciada, linhas antes) de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Embora em graus diferentes.

E decorre (a classificação) de, ao insuperável Mestre, se ter afigurado insuficiente a classificação – *tout court* – das normas constitucionais em *de eficácia plena* e *de eficácia limitada*, subdividida esta em *normas de legislação* e *normas programáticas*.

Para José Afonso da Silva, as normas constitucionais classificam-se em: normas de eficácia plena; normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, subdividindo-se, estas, em *declaratórias de princípios institutivos* ou *organizativos* e *declaratórias de princípios programáticos*.

¹⁵ ATALIBA, Geraldo; *Lei complementar na constituição*. São Paulo: RT, 1971. p. 17.

¹⁶ Obra citada [nota 2].

¹⁷ BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

As de *eficácia plena* são de aplicabilidade direta, imediata e integral. Contêm todos os elementos para tanto requeridos. Não carecem de qualquer normação ulterior.

As de *eficácia contida* – embora de aplicabilidade direta e imediata (independente, portanto, de intervenção do legislador ordinário) –, pedem norma inferior delimitadora de limites.

As de *eficácia limitada* dependem – todas elas – de normação ulterior que venha a lhes completar. Friso, contudo, de novo, que isto não permite se as tenha por ineficazes (do ponto de vista jurídico).

Foi exposto, bem sucintamente, que da diversidade – quanto à eficácia jurídica – decorre a necessidade de normas integrativas da vontade constitucional.

Feito isto, passarei à análise deste tipo de norma jurídica.

3. Da lei complementar no direito constitucional brasileiro

3.1 Considerações preliminares

Constata-se estreito elo entre a existência de diferentes categorias – quanto à eficácia jurídica – de normas constitucionais e a idéia de *lei complementar* à Constituição.

Com efeito, inúmeras normas constitucionais dependem, para que tenham completa aplicabilidade, de ulterior normação.

O tipo de norma cuja finalidade é completar um dispositivo constitucional – para o qual o complemento é indispensável –, foi denominado, pela doutrina, de *lei complementar*.

Lei Complementar é, pois, aquela que complementa um dispositivo constitucional que, por si só, não é plenamente aplicável.

Esta a idéia clássica de *lei complementar*.

Devo, entretanto, verificar se ela (a idéia) foi plenamente adotada por nosso direito constitucional positivo.

Posso, de início, dizer que nosso direito constitucional não a repudiou de todo. De fato, encontramos dispositivos constitucionais requerendo leis que, ontologicamente, são, em tudo, complementares.

Muito embora, contudo, não tenha rejeitado o conceito clássico de lei complementar, em verdade criou, por assim dizer, outro tipo de lei complementar.

Deveras, determinados assuntos, consoante o próprio texto constitucional, somente podem ser normatizados (infraconstitucionalmente) por leis elaboradas mediante processo legislativo que exige, para aprovação, *quorum* especial: maioria absoluta dos votos dos membros que compõem as duas Casas Legislativas.

Temos, pois, em nosso Direito Constitucional duas espécies de lei complementar: as que o são sob o ponto de vista ontológico e as que o são sob o ponto de vista formal.

Em idêntico sentido, a bem-soante e iluminativa lição de Roque Antonio Carrazza:¹⁸

“A expressão “lei complementar” pode ser tomada em dois sentidos: a saber: um, *lato*, agasalhando todas as leis que completam normas constitucionais não auto-executáveis (sentido ontológico) e, outro, *estricto*, referindo-se às leis que, sobre possibilitarem a plena eficácia de preceitos da Lei Maior, têm conteúdo (matéria) e processo de elaboração (forma) especiais (sentido ontológico-formal).”

Com a Emenda Constitucional nº 4 (à Constituição de 1946 e que instituiu o parlamentarismo) passamos a ter uma, espécie de lei complementar cuja definição não mais passou a conectar-se com o papel por ela representado (completar a Constituição) mas a suas características formais (*quorum* próprio e matéria própria).¹⁹

Tratando da Lei Complementar neste sentido, à luz da Constituição anterior (o que não faz que seu ensinamento deixe de ser atual), Aliomar Baleeiro²⁰ diz:

“Leis complementares da Constituição estão compreendidas como uma das modalidades do processo legislativo do Congresso (Constituição, artigo 46, II) e serão votadas por maioria absoluta dos Deputados e Senadores, observados os demais termos da votação das leis ordinárias (Constituição, artigo 50, na redação de 1969).”

Essa distinção (sentido ontológico/sentido formal), se me aparenta do maior relevo. Posto que, do art. 69²¹ da Carta Magna, se extrai a exigência de processo legislativo específico – em razão do *quorum* –, para as leis complementares.

A importância do *discrimen* foi – com a mestria de sempre – revelada por Geraldo Ataliba:²²

“E a distinção é importante, não só porque umas são expressamente requeridas e outras só implicitamente admitidas – o que importa fazer supor mais importantes aquelas do que estas – mas também, porque a Constituição atribuiu regimes diversos a cada espécie. Com efeito, as leis complementares exigidas explicitamente somente podem ser elaboradas pelo processo especial previsto na Constituição – o que lhes dá cunho formal próprio – enquanto as demais, sob tal perspectiva (a formal) se confundem com a lei ordinária.”

Ora bem, o certo é que não se tendo presente a distinção proposta, poder-se-á supor que, para uma lei ontologicamente complementar, o processo legislativo qualificado se faça necessário.

E isto, obviamente, não é verdade. Porque o processo legislativo especial e qualificado só é exigido para leis que tratem de matérias – relacionadas no texto constitucional – como devendo ser objeto de *lei complementar*.

¹⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito constitucional tributário*, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 414.

¹⁹ Nesse sentido: BASTOS, Celso. *Dicionário de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 99.

²⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 64

²¹ “As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

²² ATALIBA, Geraldo. *Lei complementar na constituição*. São Paulo: RT, 1971. p. 28 e 29.

Devo consignar, finalmente, que tanto não se confundem os conceitos clássico e jurídico-positivo de lei complementar que, muitas que o são por este prisma (jurídico-positivo) não o são, em verdade, sob o enfoque ontológico.

3.2 Lei complementar: esboço histórico

Parece-me conveniente anotar algo sobre a história da lei complementar no direito constitucional brasileiro. É do que passo a cuidar, tomando como ponto de partida a Constituição de 1891.

A sobredita Carta, em seu artigo 34[34], diz competir privativamente ao Congresso Nacional decretar as *leis orgânicas* para a execução completa da Constituição.

A de 1934, no artigo 39[1], preceitua competir privativamente ao Poder Legislativo, com a sanção do Presidente da República decretar *leis orgânicas* para a completa execução da Constituição.

Pois bem, essas chamadas *leis orgânicas* – na acepção cabível à época – é possível atribuir (no sentido ontológico), a natureza de *leis complementares*. No sentido ontológico, insistimos. Não no sentido formal.

Nas Constituições de 1937 e de 1946 não são encontráveis referências (explícitas ou implícitas) às *leis complementares*. Seja no sentido ontológico, seja no sentido formal.

A Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, definiu espécie de lei cujo processo legislativo era diferente do normal. Destinava-se a complementar normas relativas ao parlamentarismo e requeria, para aprovação, voto favorável das duas Casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta de seus membros.

Restabelecido o presidencialismo, essa espécie de *lei complementar* foi abolida de nosso ordenamento jurídico.

Na Emenda Constitucional 17/65 vê-se expressa referência às *leis complementares*. Tal emenda, entretanto, só fala nos prazos a serem obedecidos para projetos de *leis complementares* à Constituição. Quanto ao *quorum*, todavia, nenhuma diferença em relação ao prescrito para as leis ordinárias.

Diante de tal quadro, infere-se que, à exceção da Emenda Constitucional nº 4/61, nos demais casos só se concebe a idéia de *lei complementar* em seu sentido ontológico. No sentido técnico-jurídico, as *leis complementares* só passaram a fazer parte do Direito Constitucional Brasileiro com a Constituição de 1967, emendada em 1969.

3.3 Da lei complementar a partir da Carta de 1967, emendada em 1969

Penso que ao passar ao estudo da *lei complementar* a partir da Carta de 1967 (emendada em 1969), devo me desvincular do conceito ontológico. Porque a partir daí, as leis complementares passaram, em nosso Direito Constitucional, a nada mais ter a ver com as leis complementares *tradicionais*.

Muito embora continuemos a ter leis complementares *em sentido ontológico*, estas não se confundem com aquelas das quais passarei, doravante, a falar.

Aliás, embora possa estar sendo “exagerado”, penso que – tendo em vista o cuidado que devemos ter com a terminologia –, *lei complementar*, a partir da Carta de 67 emendada em 69, é designação privativa daquelas assim rotuladas pelo Constituinte.

A *lei complementar* tem por meta dar tratamento mais rígido a determinadas matérias. Rigidez que decorre do *quorum* exigido para sua aprovação.

Em nosso Direito Constitucional, são diferenciadores da *lei complementar*, em relação à *lei ordinária*, os seguintes pontos: (a) *material* – somente as matérias relacionadas na Constituição podem ser objeto de lei complementar e (b) pertinente ao *quorum* – que é mais rígido do que o exigido para aprovação de lei ordinária.

Quanto ao âmbito material, é determinado pela Constituição que prescreve – taxativamente – o que deverá ser disciplinado por *lei complementar*.

De maneira que, caso seja observado processo legislativo especial para tratar de matéria não relacionada pela Constituição, teremos, como produto final, uma lei ordinária federal, não uma lei complementar. A despeito de haver sido observado processo legislativo mais rígido do que o prescrito para as lei ordinária.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho,²³ alerta para a hipótese de se supor que a lei complementar não tenha matéria própria. Noutro falar, pode-se pretender que, sendo toda e qualquer lei uma complementação à Constituição, uma vez observado o processo legislativo próprio ter-se-ia uma *lei complementar*.

Manifesta-se o autor pela inaceitabilidade de tal entendimento, posto que até mesmo o bom senso o repudia. Lembra que ao resguardar certas matérias contra mudanças constantes e apressadas, o constituinte o fez de forma a impedir que o legislador aditasse, às matérias relacionadas, outras que, a seu arbítrio, julgasse devessem, também, ser dotadas de estabilidade. *Lei Complementar* – insisto – só cabe nos casos indicados expressamente pela Constituição.

Roque Antonio Carrazza²⁴ também enfoca a questão, formulando a hipótese de uma *lei complementar tributária* dispor sobre os chamados “deveres instrumentais tributários”.

Tal matéria, como se sabe, é estranha ao âmbito material do tipo de espécie normativa ora tratado.

Assim, para o autor, essa lei – ainda que aprovada mediante processo legislativo próprio das *leis complementares* – nada mais seria que lei ordinária federal, não obrigando Estados e Municípios

Tecidas estas considerações sobre o âmbito material da lei complementar, passarei a outro elemento que permite extremá-la dos demais tipos de normas: o processo legislativo específico.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 261.

²⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *O regulamento no Direito tributário brasileiro*. 1 ed. São Paulo: RT, 1981. p. 42.

Não sem antes, embora à *vol d’oiseau*, falar algo sobre o *processo* em geral e, ao depois, sobre o *processo legislativo*.

Embora a doutrina tradicional e conservadora, formulada por *processualistas*, pretenda que *processo* seja conceito privativo do Direito Processual, chegando ao ponto de, conforme anota Alberto Xavier²⁵ alguns autores sugerirem que a expressão “processo judicial” envolve em si mesma uma tautologia, o certo é que o termo *processo* pode, perfeitamente, ser visto num sentido amplo e, assim, extrapolar os limites do Direito Processual.

Destarte, é lícito entender processo como um conjunto de normas que dispõe como devem ser feitas outras normas.

Temos, assim, o *processo administrativo*, do qual resulta o ato administrativo, o *processo judicial*, do qual resulta uma sentença ou um acórdão e o *processo legislativo*, do qual resulta a lei.

Realmente, como averba Carlos Ari Sundfeld,²⁶ ao tratar do fenômeno processual do Direito Público, “no Estado Democrático de Direito, o exercício das diferentes funções estatais – e, em consequência, a produção dos atos de direito público – exige a observância de processo perfeitamente regulado pelas normas jurídicas”.

Didático como sempre, continua Sundfeld:

“A lei, a sentença e o ato administrativo são unilaterais, sua produção não estando condicionada à concordância dos particulares. Essas duas características das atividades públicas – constituírem função [o poder outorgado a alguém para o obrigatório atingimento de bem jurídico disposto na norma] e gerarem atos unilaterais invasivos da esfera jurídica dos indivíduos – exigem a regulação do *processo* formativo da vontade que expressam.” (grifo nosso)

De se trazer à tona, outrossim, a lição de José Afonso da Silva²⁷ no sentido de que “a noção de processo envolve, em sentido geral, um momento dinâmico de certo fenômeno no seu vir a ser...” temos – ainda segundo o mestre – que “no processo de formação das leis, essa meta de chegar é exatamente o ato legislativo, geral, abstrato, obrigatório e modificativo da ordem jurídica preexistente”.

A peculiaridade relativa ao processo legislativo da lei complementar – peculiaridade que a extrema das demais espécies normativas –, se assenta no *quorum* exigido para sua formação.

Deveras, para que aprovada, a lei complementar exige a favorabilidade da maioria absoluta dos membros das duas Casas, que compõem o Congresso Nacional.

Evidente, pois, a exceção à regra geral segundo a qual o Poder Legislativo delibera por maioria de votos, presente a maioria de seus membros. Não ocorre com a lei complementar o que ocorre com a lei ordinária. Noutro falar, aquela não

²⁵ XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito público*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 88 e segs.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo da formação das leis no Direito constitucional*. São Paulo: RT, 1964. p.26 e 27.

requer apenas, tal como esta, a presença de metade mais um dos membros e o voto favorável de metade mais um destes, como ocorre com esta (lei ordinária).

Expostos os elementos que tipificam a *lei complementar*, afigura-se-me oportuno, como fecho deste tópico, trazer à colação o conceito formulado por Pinto Ferreira:²⁸ “a lei complementar, no sistema da Constituição de 1969²⁹ é aquela expressamente estatuída na lei magna com um processo específico e qualificado de elaboração”.

A esta altura, já me parece possível passar à proposta que elegi como nuclear deste desprezioso escrito, que ora trago à estampa: o posicionamento hierárquico da lei complementar no sistema jurídico brasileiro.

4. Posicionamento hierárquico da lei complementar

4.1 Da hierarquia das normas jurídicas

É de Kelsen,³⁰ a lição no sentido de que o direito tem a particularidade de dispor sobre sua própria criação.

Assim é, que uma norma determina a forma pela qual outra deve ser elaborada, bem como, por vezes, seu conteúdo. Segundo Kelsen a particularidade do Direito regular sua própria criação “...pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo porque outra norma é produzida. Mas também é possível ainda – em certa medida – o conteúdo da norma a produzir”.

De efeito, uma norma jurídica só será válida se e quando mantiver consonância com o que, por outra norma, foi prescrito.

Esta será, pois, o fundamento de validade daquela. Uma norma jurídica não será válida caso venha a contrariar seu fundamento de validade.

Porque, como leciona Themistocles Brandão Cavalcanti,³¹ “a regra maior limita sempre a menor quanto à sua extensão e conteúdo e, portanto, não é válida a menor quando colide com preceito expresso da norma maior”.

Essa particularidade de o Direito regular sua própria criação, às claras, o extrema dos demais sistemas normativos.

Porque nestes, os preceitos estão dispostos horizontalmente, uns ao lado dos outros.

Com efeito não se vê, por exemplo, uma norma de etiqueta dispondo sobre outra de igual natureza.

No Direito temos o Processo Legislativo (previsto na Lei Maior) e a Lei de Introdução ao Código Civil (prefiro *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*) que outra finalidade não têm que não dispor sobre outras normas jurídicas.

²⁸ FERREIRA, Pinto. A lei complementar na Constituição. *Revista do Ministério Público do Estado de Pernambuco*, n. 1, p. 94

²⁹ Embora tenha escrito sob a égide da Constituição anterior, seu ensinamento continua atual.

³⁰ KELSEN. *Teoria pura do Direito*, obra citada, p. 309.

³¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 20.

São – é possível dizer –, normas sobre normas.

Maria Helena Diniz,³² com brilhantismo ímpar, fala na Lei de Introdução ao Código Civil como sendo um conjunto de normas sobre normas, já que “disciplina as próprias normas jurídicas, assinalando-lhes a maneira de aplicação e entendimento, predeterminando as fontes do direito positivo, indicando-lhes as dimensões espaço-temporais”.

Assim é que a Lei de Introdução ao Código Civil – apesar do nome (e é sempre bom lembrar que o rótulo não muda a natureza das coisas) –, não é privativa do Direito Civil, não é norma de direito privado, como – num penaroso equívoco – pensam alguns.

Vai mais longe. Vincula-se tanto ao Direito Privado quanto ao Direito Público.

Contém, na lição de Maria Helena Diniz, “normas de sobredireito ou de apoio que disciplinam a atuação da ordem jurídica”. Trata-se de um “código de normas”.

Também cuidou do tema Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.³³

Refere-se o grande administrativista a tais normas como sendo “Leis sobre Leis”. E explica que

“relativamente à mediatividade ou imediatividade da disciplina das relações jurídicas e mesmo os processos para sua efetivação, e leis que disciplinam a incidência e aplicação das primeiras”. “Enquanto aquelas dão colorido jurídico às relações da vida social e ao processo para sua efetivação, estas disciplinam a aplicação de outras leis, indicando-lhes as dimensões espaço-temporais. Regulam a vigência das outras leis no ordenamento jurídico interno ou com relação a outros ordenamentos.” “São os textos da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõem sobre a vigência e o conhecimento da lei sobre a aplicação no tempo e no espaço, e os processos de sua interpretação.”

As lições supraconsignadas, embora se refiram à LICC, têm total aplicabilidade – sob a perspectiva da Teoria Geral do Direito (disciplina tão importante quanto, lamentavelmente, relegada ao olvido) – à parte em que a Carta Magna trata do Processo Legislativo.

A questão da existência das chamadas *normas sobre normas* introduz-nos na problemática da hierarquia das normas jurídicas.

É, deveras, intuitivo que uma norma que dispõe sobre como deve ser outra é hierarquicamente superior a esta.

Para Celso Bastos³⁴ é da fundamentação recíproca que surge a *estrutura escalonada das normas jurídicas*, a pirâmide jurídica, na ótica kelseniana.

Existe, pois, um escalonamento. Onde se constata normas inferiores buscando seu fundamento de validade em normas superiores.

É da consonância da regra menor com a regra maior, que decorre a validade daquela.

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro (teoria geral do direito civil)*. São Paulo: Saraiva, 1982. p.20.

³³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. I. p. 258.

³⁴ Obra citada [nota 10], p. 32 e 33.

Existe, entre as normas do sistema jurídico – diferentemente do que ocorre nos demais sistemas (onde todas as normas estão no mesmo plano) –, a verticalidade.

À luz da teoria kelseniana, as normas jurídicas de um Estado não têm o mesmo valor. Não se encontram dispostas em pé de igualdade, umas ao lado das outras, num mesmo plano, num mesmo nível.

E é percorrendo os degraus dessa verticalidade para, v. g., verificarmos a validade de uma Portaria, que chegaremos à Constituição.

Com efeito, é de se auscultar se a Portaria de nosso exemplo está em conformidade com a norma que lhe é imediatamente superior, e assim por diante, até chegarmos ao topo da pirâmide jurídica, à Carta Magna.

Paulo Dourado de Gusmão,³⁵ bem expõe o tema, ao dizer que

“acima de todas as demais normas jurídicas está a Constituição, que delimita o poder legislativo do Estado e que é fonte de validade de todas as demais normas, pois se estas forem incompatíveis com ela, serão inconstitucionais, isto é, não terão vigência e eficácia, inexistindo juridicamente.”

Ainda segundo o autor,

“abaixo da Constituição, no sistema continental (sistema de direito escrito ou sistema de direito codificado), encontra-se a lei ordinária [...], enquanto no do ‘Common Law’ (sistema anglo-americano), o costume (direito consuetudinário) no mesmo nível do precedente (‘case law’) ou da lei (‘statute’)”.

Como já foi dito, a hierarquia se configura no fato de uma norma buscar seu fundamento de validade noutra, que lhe é superior.

Isto até chegar à Constituição. Intuitivo, pois, se deva verificar qual o fundamento – na teoria kelseniana – da Constituição. Kelsen responde tal questão falando na *norma hipotética fundamental*. Norma que não é posta, mas pressuposta e tem, segundo Celso Bastos³⁶ o seguinte conteúdo: “obedece a tudo que emana do Poder Constituinte”.

Assentada, em rápidas pinceladas, a noção de hierarquia, de estrutura escalonada das normas jurídicas, devo verificar onde se localiza, em tal estrutura, a lei complementar.

4.2 Da lei complementar na estrutura escalonada das normas jurídicas

São encontráveis, na doutrina, entendimentos no sentido de que a *lei complementar* é hierarquicamente superior à *lei ordinária*.

Wilson Accioli,³⁷ proclama que a lei complementar se insere entre a Constituição e a lei ordinária. Assim, a lei complementar não pode contestar a Constituição, da mesma forma que a ela (lei complementar) está subordinada a lei ordinária.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁸ diz, que a lei ordinária está sujeita à lei complementar, não prevalecendo contra ela.

³⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 150 e 151.

³⁶ Obra citada [nota 10], p. 34.

³⁷ ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 357.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 210.

Também José Afonso da Silva,³⁹ na primeira edição de sua monumental obra, diz que “as leis ordinárias são inferiores às leis complementares, pelo que têm de respeitá-las”.

É certo que, na segunda edição,⁴⁰ José Afonso teceu comentários sobre trabalhos que refutaram sua tese. Todavia, se bem entendi, a despeito dos esclarecimentos, manteve intacta sua posição.

José Souto Maior Borges⁴¹ relata o que levou alguns doutrinadores (Geraldo Ataliba, Pinto Ferreira e José Afonso da Silva) a concluírem pela superioridade hierárquica da lei complementar. São os seguintes:

- a) o simples fato de a Constituição ter colocado logo abaixo das Emendas as Leis Complementares e, em seguida, a Lei Ordinária, já denota a superioridade daquela em relação a esta;
- b) a impossibilidade de a lei ordinária revogar a lei complementar (não sendo verdadeira a recíproca) revela a lei complementar como sendo hierarquicamente superior;
- c) o processo legislativo mais rígido que é previsto para a lei complementar a coloca em posição hierarquicamente superior.

De fato, Geraldo Ataliba⁴² alerta que, no texto constitucional, logo abaixo das Emendas foram colocadas as Leis Complementares.

E lembra ser de boa técnica legislativa que, ao se relacionar diferentes tipos de normas jurídicas, se o faça de forma que as superiores antecedam as inferiores. E tal recomendação, segundo o autor, teria sido perfeitamente observada para elaboração do dispositivo constitucional que relaciona as espécies legislativas.

Juízo semelhante emitiu Pinto Ferreira⁴³ ao falar da colocação das leis ordinárias abaixo das leis complementares disto decorrendo, segundo ele, a superioridade destas em relação àquelas. Em idêntico rumo, José Afonso da Silva.⁴⁴

O fato de ser impossível a lei complementar vir a ser revogada por lei ordinária, Geraldo Ataliba⁴⁵ tem-no como conseqüente da superioridade da lei complementar. Segundo ele, pode se falar que as leis complementares estão para as ordinárias tal como as constitucionais estão para as complementares.

Para Pinto Ferreira,⁴⁶ as leis complementares tem evidente superioridade sobre as ordinárias, razão pela qual estas não podem “revogar a lei complementar sendo evidentemente nula toda lei ordinária ou parte dela que contrastar com a lei complementar”; mais: “à maneira inversa, a lei complementar por força de sua posição hierárquica, revoga as ordinárias, impondo-lhes homogeneidade e integração à sua letra e a seu espírito”.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 231-233.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 19 e 20.

⁴² Obra citada [nota 21], p. 29 e 30.

⁴³ Artigo citado [nota 27].

⁴⁴ Obra citada [nota 38], p. 240.

⁴⁵ Obra citada [nota 21], p. 29 e 30.

⁴⁶ Artigo citado [nota 27].

Quanto à superioridade decorrente do *quorum* é sustentada por José Afonso da Silva⁴⁷ e Geraldo Ataliba.⁴⁸ Lembra Ataliba que o normal é que o Poder Legislativo delibere por maioria de votos, presente a maioria de seus membros. O caso das leis complementares representa uma exceção, já que normas deste tipo somente serão aprovadas por maioria absoluta de votos favoráveis.

4.3 Em conclusão

Estará mesmo a lei complementar num patamar hierárquico superior ao da lei ordinária?

É inaceitável – de meu ponto de vista – a doutrina que propugna pela superioridade hierárquica das leis complementares em relação às leis ordinárias. Tenho como inexistente a superioridade, sem embargo de ser ela fruto da reflexão de juristas da maior suposição.

Ouso discordar! E julgo extrema ousadia discordar, principalmente, de Geraldo Ataliba – publicista maior⁴⁹ que nos deixou em 15 de novembro de 1995, aos 59 anos – quando era “cedo... demais pra dizer adeus, pra dizer jamais”...

Quando, como disse Osires Lopes Filho,⁵⁰ professor na Universidade de Brasília, “fraquejou na parte em que era mais vulnerável: o coração. Coração generoso, grande, de imensidão tão significativa que o traço marcante das causas que defendeu e das posições que assumiu foi a paixão.”

Tranqüiliza-me, contudo, saber que Geraldo Ataliba amava a ousadia. E preferia os que dele discordavam (não – óbvio – por ignorância ou pelo patológico prazer de discordar), aos áulicos para os quais o que ele (Ataliba) dizia, era dogma, não suscetível nem de discussão, quanto mais de contestação.

Além disso, sinto-me um pouco mais tranqüilo ao estar discordando de Geraldo Ataliba, porque o faço com base em lições de juristas respeitáveis.

Com efeito, Celso Bastos⁵¹ é dos que não aceitam a idéia da superioridade de que a lei complementar seja hierarquicamente superior em à ordinária. E o faz com argumentos de sobejo. Ao seu lado, Souto Maior Borges⁵² e Michel Temer.⁵³

Eu aceito –⁵⁴ por irrefutável – a impossibilidade de a lei ordinária revogar a lei complementar. Trata-se do óbvio. Porque assente no âmbito da Teoria Geral do Direito, só ser possível a revogação de um ato por outro que tenha sido aprovado com observância do mesmo rito.

⁴⁷ Obra citada [nota 38], p. 225.

⁴⁸ Obra citada [nota 21], p. 33.

⁴⁹ Segundo o Ministro Carlos Velloso (com o qual concordo), *Folha de S. Paulo*, 19/11/95.

⁵⁰ *Folha de S. Paulo*, 17/11/95.

⁵¹ Obra citada [nota 10], p. 161 a 165.

⁵² Obra citada [nota 40], p. 19 a 29.

⁵³ TEMER, Michel. *Elementos de constitucional*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 148-150.

⁵⁴ As notas 48, 49 e 50 também servirão de referência, doravante, sempre que eu mencionar os autores aos quais elas dizem respeito.

Tal fato não pode, pois – como quer a doutrina que contesto –, levar à conclusão de que a lei complementar seja hierarquicamente superior à lei ordinária.

Deveras, segundo Celso Bastos, a inderrogabilidade da lei complementar por parte da lei ordinária, nada tem a ver com superioridade hierárquica.

Na verdade, o que ocorre é o seguinte: leis complementares e leis ordinárias têm matérias próprias. De igual modo que as leis federais, distritais, estaduais e municipais, cujas matérias lhes são próprias, específicas.

De sorte que, o que pode haver – isto sim – é invasão de competência. E, *ipso-facto*, inconstitucionalidade.

Michel Temer também fala da inexistência de hierarquia. Para ele, o que existe são âmbitos materiais diferentes.

Inegável – segundo José Souto Maior Borges –, a impossibilidade de a lei complementar ser revogada pela lei ordinária. Mas, segundo o mestre pernambucano, isto não pode levar a concluir pela superioridade hierárquica da lei complementar. Até porque as leis complementares também não revogam as leis ordinárias. Quando muito – e em casos muito especiais – paralisam a eficácia destas.

Outrossim, não deve impressionar a disposição em que os atos normativos foram arrolados no art. 59 da Constituição. O só fato de a lei complementar vir mencionada acima da lei ordinária, não reflete posicionamento hierárquico superior.

É certo que a melhor técnica legislativa determina se observe a hierarquia, quando se relaciona as espécies legislativas.

Isto, entretanto, não pode ser tomado de forma dogmática.

Até porque, ao se prestigiar tanto – no caso – a técnica legislativa, estar-se-á incorrendo no vício, tão criticado, de se levar em conta a intenção do legislador.

Explicando melhor, no caso o constituinte teria manifestado sua intenção de que as leis complementares fossem superiores às leis ordinárias. Intenção que estaria sendo prestigiada pelo intérprete.

A disposição dos atos – para fins de interpretação – não pode ser tida, assim em tão alta conta. Até porque, em diversas passagens se vê grafado: União, Estados, Municípios, e Distrito Federal, ou federal, estadual e municipal.

E não passa pela cabeça de ninguém, minimamente versado em direito constitucional, que existam, em nosso sistema, níveis de governo ou hierarquia entre os entes que compõem a Federação.

De igual modo, também o fato de o processo legislativo das leis complementares ser específico, não lhes dá superioridade hierárquica. A exigência de tal processo decorre, apenas, da certeza que se tem de que certas matérias devem ter estabilidade legislativa mais acentuada.

Tenho para mim, que nenhum dos argumentos utilizados pelos defensores da superioridade da lei complementar se enquadra na idéia que se tem de hierarquia das normas jurídicas.

Como vimos, linhas acima, a estrutura escalonada das normas está ligada à idéia de fundamentação.

É dizer: são normas inferiores buscando seu fundamento de validade em normas que lhes são hierarquicamente superiores.

No caso das leis complementares e ordinárias, isto não ocorre. Ambas buscam seu fundamento de validade na Constituição.

Destarte, é impossível falar em superioridade hierárquica da lei complementar.

Porque, como leciona Michel Temer, para o Direito hierarquia é “a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade, numa norma superior”.

Na lição de Celso Bastos, só há falar-se em hierarquia quando exista campo material comum. E, entre as leis complementares e as leis ordinárias, o que se vê são campos materiais absolutamente distintos.

O campo da lei ordinária é, pode se dizer, residual. O da lei complementar, específico: matérias relacionadas pela Constituição, somente são expressáveis por lei complementar

Finalizando este estudo conclui – e isto já deixei patente – que não existe hierarquia entre as leis complementares e as leis ordinárias. Mais: não se aplica, para solução de antinomias, no caso das normas em questão, o critério hierárquico.

Porque leis complementares e leis ordinárias têm campos materiais distintos.

De maneira, pois, que havendo antinomia entre uma lei complementar e uma lei ordinária, cientificamente, estará ocorrendo invasão de competência. E, por conseguinte, inconstitucionalidade.

